REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXVII

1981

SALA DE CASACION PENAL

BOGOTA, D. E., — IMPRENTA NACIONAL — 1986

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

SALA PLENA

Doctores PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA, Presidente.
GERMAN GIRALDO ZULUAGA, Vicepresidente.
Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario General.

SALA CIVIL

Doctores RICARDO URIBE HOLGUIN, Presidente.
Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores José María Esguerra Samper.
Germán Giraldo Zuluaga.
Héctor Gómez Uribe.
Humberto Murcia Ballén.
Alberto Ospina Botero.
Ricardo Uribe Holguín.

SALA PENAL

Doctores DARIO VELASQUEZ GAVIRIA, Presidente.
Alberto Mora Cogollos, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Fabio Calderón Botero.
Dante Luis Fiorillo Porras.
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Alfonso Reyes Echandía.
Pedro Elías Serrano Abadía.
Darío Velásquez Gaviria.

SALA LABORAL

Doctor FERNANDO URIBE RESTREPO, Presidente.
Señora Berta Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS: Doctores Jerónimo Argáez Castello.
César Ayerbe Chaux.
José Eduardo Gnecco Correa.
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.
Juan Hernández Sáenz.
Fernando Uribe Restrepo.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores JORGE VELEZ GARCIA, Presidente.
Luis F. Serrano A., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Manuel Gaona Cruz.
Mario Latorre Rueda.
Ricardo Medina Moyano.
Carlos Medellín Forero.
Humberto Mesa González.
Oscar Salazar Chaves.
Servio Tulio Pinzón Durán.
Jorge Vélez García.

RELATORIA

Relatores Amelia Barrera de Gifuro, Sala Civil.
Gloria Flórez de Sabogal, Sala Penal
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral.
Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DOCTOR MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO
RELATORA SALA PENAL	DOCTORA HELDA G. DE CHARRY
RELATORA SALA CIVIL	DOCTORA AMELIA BARRERA DE GAFARO
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA ESPERANZA I. MARQUEZ O.

TOMO CLXVII — Bogotá - Colombia — Enero a Diciembre de 1981 — Número 2404

DETENCION ARBITRARIA

La ley señala en forma taxativa los precisos casos en que los ciudadanos pueden ser privados de su libertad, y por ende, si el juez los desconoce, incurre en este delito

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26423.

Aprobado: Acta número 2.

Bogotá, D. E., enero 22 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Palermina.*

Vistos

A virtud del recurso de apelación interpuesto por el procesado y su defensor, corresponde a la Corte revisar el auto del 1º de agosto del año pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al propio tiempo que residencia en juicio al doctor Luis Eduardo Echeverri Vásquez por un delito de detención arbitraria cometido en ejercicio de las funciones de Juez Veintisiete Penal Municipal de esa ciudad, decreta su detención preventiva y le concede el beneficio de excarcelación caucionada.

El defensor sustenta el recurso para solicitar "una resolución que desvincule al doctor Echeverri Vásquez definitivamente, mediante el sobreseimiento que consagra el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal" y, en subsidio, un sobreseimiento temporal que "abra una cuarentena para que la investigación agote los importantes puntos de que adolece para una mejor comprensión del caso cuestionado".

Por su parte, la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal estima que la decisión de instancia debe ser confirmada, pues "resulta evidente que se satisfacen en autos los requisitos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para avocar a juicio al doctor Luis Eduardo Echeverri por el delito de detención arbitraria".

Hechos

Son, en síntesis, los siguientes:

El Juez Veintisiete Penal Municipal de Medellín, doctor Luis Eduardo Echeverri Vásquez, en atención a pedimento extraproceso del señor Gregorio Lizcano, quien como Gerente de la firma "Distridiesel Limitada" había recibido del abogado Darío Eliécer Valoyes Mena un cheque por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) como parte del precio de una mercancía que le

había sido dada en venta y que el banco girado no pagó por razón de "cuenta cancelada" de la firma giradora, libró oficio número 084 de 21 de febrero de 1979 al Sipec de la Policía Nacional de Medellín, solicitando la captura de Valoyes Mena, por lo que habiendo sido comisionado para tal efecto el agente Mario de Jesús Angel Araque; la captura se materializó al día siguiente. El día 23, Valoyes Mena fue recluido en las dependencias del F-2 y al otro día, después de llegar a un arreglo con Lizcano, el juez dispuso su libertad y entregándole constancia indicativa de que "ante la presentación directa que al despacho hizo, solucionó la controversia que le aparece en el juzgado instaurada por Gregorio Lizcano Vasco. En consecuencia, la orden de captura número 084 de 21 de los corrientes queda sin efecto".

Decisión del Tribunal

Después de considerar plenamente establecidos en el informativo los hechos sucintamente presentados, el *a quo* concluye que el funcionario acusado al proceder como lo hizo "no puso en práctica claros apuntes procedimentales de nuestra norma adjetiva en cuanto a la captura se refiere", por lo que al privar "de la libertad al doctor Darío Eliécer Valoyes Mena, en las circunstancias que se vienen de anotar, sin autorización legal, mas sí por el capricho del funcionario, a sabiendas de que su acto era contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, atentatoria de los derechos ajenos", adecuó su conducta al precepto del artículo 295 del Código Penal que describe y sanciona el delito de detención arbitraria. Por ello, en consecuencia, llamó a juicio.

Alegaciones de las partes

En sustento del recurso, el defensor admite que su patrocinado ejecutó los hechos que se le imputan, pero para apuntar que un principio de sana economía procesal hacía aconsejable que el funcionario procediera conforme a lo que hizo, en la medida en que "no hay por qué negarles a los jueces el que contemplen esas posibilidades de arreglo y se abstengan de tramitar previamente por escrito una actuación que conducirá a igual resultado", por lo que "sancionar al doctor Echeverri Vásquez porque solucionó un asunto por la vía verbal, constituiría una oposición extravagante a la orientación de los Códigos de Procedimiento Penal modernos".

La Procuraduría, por el contrario, expone que "sentado el hecho de que en el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín no se inició proceso penal alguno contra el abogado Darío Eliécer Valoyes Mena por el asunto de que se trata, surge de bulto la arbitrariedad de la captura de éste, como quiera que si bien se puede capturar para indagatoria, ésta se recibe dentro de un proceso en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el mismo o en condiciones de flagrancia o cuasiflagrancia que permitan inferir responsabilidad penal de una persona, como lo dispone el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Es la captura opcional para indagatoria legítima sólo dentro de un proceso cuando se procede por delitos sancionados con presidio o prisión (artículo 426, inciso 1º del Código de Procedimiento Penal), o bien por renuencia para rendir indagatoria (artículo 426, inciso 2º ibídem).

Agrega el Ministerio Público, además, que la explicación dada por el juez sobre que no dio orden a su secretario para que elaborara orden de captura contra el doctor Valoyes, sino tan sólo petición de comparendo y que por tanto aquélla fue suscrita por él inadvertidamente, es a todas luces infantil y con la clara finalidad de pretender con ella eludir la responsabilidad, pues deja sin explicación la constancia expedida posteriormente sobre cancelación de esa misma orden de captura por haber llegado el capturado a un arreglo con el tenedor del título-valor, amén de que el testigo Orlando Escobar, empleado de Lizcano y acompañante del policial en las diligencias de localización de Valoyes, es enfático en manifestar que lo que se perseguía era la captura de éste y no su cita. En opinión del Agente Fiscal es clara, entonces, la comisión del delito de detención arbitraria, por lo que el llamamiento a juicio merece confirmación integral.

Consideraciones de la Corte

En los términos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, cabe el proferimiento del auto de proceder cuando en el proceso aparece plenamente demostrado el cuerpo del delito y señalado su autor.

En el asunto sub examine se imputa al Juez Veintisiete Penal Municipal de Medellín, doctor Luis Eduardo Echeverri Vásquez, la conducta descrita y sancionada en el artículo 295 del Código Penal y, en opinión de la Corte, aciertan al respecto el Tribunal y Agente del Ministerio Público en su auto y concepto respectivamente.

En el proceso no se discute que para la época de los hechos el acusado estaba revestido de la investidura de juez y que en tal carácter los ejecutó. De consiguiente, si dentro del concepto de proceder reglado que rige en nuestro sistema institucional no es dado a los jueces ejecutar actos diversos de aquéllos que el estatuto procedimental les señala, obvia es la arbitrariedad en la conducta atribuida al incriminado. La ley señala de manera taxativa los precisos casos en que los ciudadanos pueden ser privados de su libertad. Trátase de un canon de imperioso cumplimiento por parte de los funcionarios, quienes en manera alguna, sin incurrir en comportamiento arbitrario, pueden alegar su desconocimiento. La captura y la detención constituyen recorte a esa libertad y de allí que el juez penal no los pueda disponer sino en los específicos casos indicados por la Carta y la ley. Luego, si el juez procesado, haciendo tábula rasa *de las situaciones expresas normadas en el Estatuto de Procedimiento Penal, dispuso y logró que se hiciera efectiva la captura del abogado Darío Eliécer Valoyes, es apenas natural la imputación a título de detención arbitraria.*

Esta Corporación tiene establecido que el elemento subjetivo de esa conducta delictuosa radica "en la intención o propósito de privar de su libertad a una persona, sabiendo el funcionario o empleado público que su acto es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, que viola los derechos ajenos" (Sala Penal, 5 de marzo de 1971, 9 de diciembre de 1980). En el evento de las sumarias ninguna duda sobre el particular existe, puesto que el acusado en su calidad de funcionario público, libró orden de captura extraproceso contra un ciudadano con el abierto propósito de beneficiar los intereses de un comerciante afectado por aquél con el giro de un cheque en descubierto; y la conciencia del proceder contra la ley, la evidencia, el hecho de que el mismo funcionario se hubiese apresurado, una vez logrado el arreglo perseguido, a expedir constancia de que la orden de captura había dejado de regir.

Síguese de lo expuesto, entonces, que el enjuiciamiento decretado por el juzgador de instancia corresponde a la realidad procesal y jurídica, pues que no es de recibo la buena fe en el proceder del acusado como acertadamente lo relieva el *a quo*. Por lo demás, ningún reparo cabe hacer al mandamiento de detención precautelar y a la concesión del beneficio de libertad provisional.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA en todas sus partes la providencia materia de apelación de origen y fecha indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMPETENCIA PARA JUZGAR A LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL EN ESTADO DE SITIO

La Corte ratifica su doctrina en el sentido de que el juzgamiento de los policiales por delitos comunes o por delitos que tienen relación con el carácter de que están investidos, corresponde a la Justicia Penal Militar, siempre que el país se encuentre en estado de sitio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 3 de 27 de enero de 1981.

Bogotá, D. E., enero 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Entre el Comando de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional y el Comando del Departamento de Policía, ambos con sede en Medellín, se ha trabado colisión de competencia negativa en este proceso por homicidio, seguido al Agente de Policía, Pedro Alonso Ramírez Gómez.

Los hechos ocurrieron en Medellín el 2 de noviembre de 1979 cuando fueron muertos a bala Eustorgio Arango Urrego y Oscar Espinosa Tabares, Agentes del F-2 de la Policía y Pedro María Delgadillo. Como autor material único de los tres homicidios aparece Pedro Alonso Ramírez Gómez, quien se hallaba en uso de permiso y vestía de civil el día en que consumó los hechos.

Considera el provocador, que es el Comando de la Cuarta Brigada, que cuando el sindicado cometió los tres homicidios, así disfrutara de franquicia, hecho éste que no suspende su condición de policía, actuó en ejercicio de las funciones inherentes al cargo. Se hace aplicable, en este caso, el artículo 2º del Decreto 2347 de 1971. Se citan también los artículos 16 de la Constitución Nacional y 1º del Decreto 1355 de 1970, y un largo fragmento de la providencia de 19 de febrero de 1980 del Consejo Superior de la Judicatura.

Replica el Comando del Departamento de Policía que "ninguna labor altruista cumplían los citados uniformados (Eustorgio Arango Urrego, Oscar Espinosa Tabares y Pedro Alonso Ramírez Gómez, se agrega) aquel dos (2) de noviembre de 1979, y por ende, mal puede ampararse el juzgamiento de Ramírez Gómez con un fuero que legalmente no le pertenece". Esto porque, según el Comando de la Policía los tres agentes se habían confabulado para "quitar la vida a un ciudadano del cual se desconocía su identidad". Niega, en consecuencia, que el policial procesado obrara en las condiciones previstas en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971.

Las consideraciones de la Sala en orden a la solución del conflicto así planteado, son las que a continuación aparecen:

Cabe advertir que la muerte del civil Pedro María Delgadillo se debió al hecho de quedar en la línea de fuego en el exacto momento en que el procesado Ramírez Gómez disparaba en contra de su compañero de armas Oscar Espinosa Tabares en el interior de la heladería o bar "La Cabaña", de propiedad de Sacramento Múnera. De allí salió y disparó para matar al policial Arango Urrego que se encontraba sentado al timón de un automóvil de servicio que les esperaba en la calle.

Y debe agregarse que en su versión de indagatoria el procesado afirma que disparó en contra de sus colegas porque éstos le tenían amenazado desde el momento en que él no quiso dar muerte a un desconocido que aquéllos le señalaron y que manejaba un campero. Esta versión no la cree el Juez Cincuenta y Seis de Instrucción Penal Militar que dictó el auto de detención para Ramírez Gómez, pues afirma que resulta posible que

los dos homicidios se debieron al propósito del procesado por procurar la impunidad de los autores de un "robo millonario" sobre cuyas pistas se hallaban los dos policiales victimados.

Sea lo que fuere, el homicida pertenece a la Policía Nacional y los dos occisos prestaban sus servicios a la misma Institución en el llamado "F-2". Delgadillo, ya se dijo, recibió los mismos balazos que estaban destinados a Espinosa Tabures.

Tiene establecido la Sala que el juzgamiento de los policiales sindicados por delitos comunes o por delitos que tienen relación con el carácter de que están investidos, se juegan por la Justicia Penal Militar si el país se encuentra en estado de sitio como acontece en el momento en que esta decisión se dicta, por contraposición a lo que sostiene el Consejo Superior de la Judicatura en providencia de 15 de febrero de 1980 y con lo que sobre el mismo tema sostuvo el extinguido Tribunal Disciplinario. Así aparece en providencia de 22 de febrero de 1979, se repite en otros casos, y tiene su última expresión en sentencia de 17 de junio de 1980.

Se fundamenta la Sala en la existencia del artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar que dice: "Para efectos de este Código, los términos militar, o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II", y en el hecho de que dicha disposición fue declarada exequible por sentencia de Sala Plena que lleva fecha del 29 de septiembre de 1973. A pesar de que el artículo 34 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) dice en su inciso segundo que "los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones", disposición ésta que se encuentra en vigencia, resulta bien claro que el artículo 284 ya citado y transcrito no dice que los miembros de la Policía Nacional son militares sino que las denominaciones de militar o militares se les aplican "para efectos" del Código castrense.

Basta entonces revisar el artículo 11 del Código de Justicia Penal Militar para saber cuáles son las materias que regula y, de la misma manera, deducir para cuáles "efectos" se aplica el término "militar o militares" a los miembros de la Policía. De donde se deduce, como lo dice la providencia últimamente citada de esta Sala, que "basta saber que una disposición que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la guarda de la Constitución, ha declarado exequible, establece que donde el Código de Justicia Penal Militar dice 'militar o militares' está sometiendo a esa jurisdicción también, por un simple proceso de extensión terminológica, a los miembros de la Policía Nacional". Por tanto, sobra la discusión de si los policiales son o no son militares.

De lo dicho se concluye así: "Y como quiera que las denominaciones (militar o militares) citadas en primer término no se encuentran en el artículo 308 de dicho ordenamiento, significa que esa norma es también aplicable a la Policía Nacional", y se agrega: "En consecuencia, los miembros de este cuerpo armado son justiciables, bien sea civil o militar su naturaleza, por los Tribunales castrenses cuando cometen delitos 'establecidos por las leyes comunes en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior', porque el encabezamiento de esa disposición establece que, entre otros delitos, la Justicia Penal Militar conoce de tal clase de infracciones penales". Debe recordarse que el país viene en estado de sitio por virtud de lo dispuesto en el Decreto 2131 de 1976.

Sobre la base de todo lo anteriormente dicho y con fundamento en el artículo 309 del Código de Justicia Penal Militar, que dice: "Por regla general, los sindicados serán juzgados por los miembros de la misma fuerza a que pertenezcan, salvo las excepciones de este Código", excepciones que no aparecen aquí, el competente para conocer del presente proceso es el Comandante del Departamento de Policía Nacional de Antioquia con sede en Medellín.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

DIRIMIR la presente colisión de competencia en el sentido de declarar que ella corresponde, en el caso de autos, al Comando del Departamento de Policía Nacional de Antioquia con sede en Medellín y que es a dicho organismo a quien debe enviarse el expediente.

Dése aviso de lo aquí resuelto al Comando de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional con sede en Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez (salvedad de voto), *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía* (salvamento de voto), *Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Reiteramos en esta oportunidad nuestra opinión consignada ya en varios salvamentos de voto, conforme a la cual consideramos que los miembros de la Policía Nacional —oficiales, suboficiales y agentes— no deben ser juzgados por tribunales militares en razón de delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por fuera de ellas en cualquier tiempo (de normalidad o en estado de sitio), porque la institución a la que pertenecen es de carácter civil y consecuencialmente a sus miembros no los alcanza el fuero militar consagrado en el artículo 170 de la Constitución Nacional.

La naturaleza eminentemente civil de la función policial, que los propios ordenamientos legales de la institución reiteran claramente (Decretos 1365 de 1979 y 2347 de 1971) constituye, por lo demás, supuesto esencial del Estado de Derecho y garantía de las libertades personales; el constante y acentuado alejamiento de estos senderos de civilidad y la peligrosa militarización que se le impone, han contribuido a lamentables y trágicos abusos de poder, cuya secuela inmediata es el desgaste de prestigio y eficacia institucionales. De nada valen entonces las precipitadas e injurídicas declaraciones de condena que se fulminan contra aisladas unidades, ni las promesas de exhaustivas investigaciones; lo que ha de hacerse es regresar a los cauces que la propia Constitución señala.

En el presente caso y con fundamento en nuestros reiterados planteamientos, el conflicto suscitado debió resolverse con el envío a la jurisdicción penal ordinaria (jueces superiores de Medellín) del proceso que se adelanta contra el agente de policía.

Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

CUESTIONARIOS EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO DE CONCIENCIA

Ha sido doctrina constante de la Corte, que el cuestionario no es simple acto ritual, sino uno de los más decisivos del proceso, debiéndose hacer en él síntesis completa de los hechos para que el jurado afirme o niegue la responsabilidad del acusado, y sirva, con idoneidad, de fundamento a la sentencia definitiva; en consecuencia, se incurre en nulidad de tipo supralegal, si en su elaboración se contradice lo dispuesto por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 5 de 29 de enero de 1981.

Bogotá, D. E., enero 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez, contra la sentencia de 18 de diciembre de 1979, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali, al decidir la apelación formulada contra la proferida por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito, los condenó a la pena principal de diecinueve (19) años de presidio, como responsables de los delitos, en concurso material, de homicidio agravado en la persona de Pedro Antonio Cardona, e imperfecto en María Nohelia Santa, Carmen Franco Arias y Rafael Ricardo Acevedo Agudelo.

El recurso se admitió por auto de 18 de marzo de 1980, y, dentro del término legal por conducto de apoderado judicial designado al efecto, los recurrentes presentaron sendas demandas de casación, las que en su oportunidad se declararon ajustadas a los requisitos formales de ley.

Hechos y actuación procesal

Aquéllos y ésta los resume acertadamente la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, así:

"... El 2 de junio de 1975 los sujetos Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez llegaron a la casa de Pedro Antonio Cardona y su familia —en donde atendían además un pequeño negocio de cantina—, situada en la vereda 'El Canchal' del Municipio de Dagua, y tras hacer un pequeño consumo de gaseosas y galletas consiguieron que aquél les diera posada por esa noche aduciendo que viajaban hacia Cali, pero había derrumbres que obstaculizaban la vía. Fueron alojados en el mismo recinto en que dormían el señor Cardona y don Ricardo Acevedo.

"Entregados todos al reposo, hacia las nueve de la noche Nohelia Santa, hija del dueño de casa, fue despertada por los quejidos de su padre al que pudo ver herido, y al gritar en demanda de auxilio fue agredida con arma blanca, como también lo fue su señora madre Carmen Emilia Franco —con quien dormía en cuarto vecino—, al igual que lo fue don Ricardo Acevedo. Los agresores, que resultaron ser los sujetos a quienes confiadamente el señor Cardona recibió en su habitación, emprendieron la huida cuando un vecino acudió atendiendo las voces de ayuda, pero fueron capturados al día siguiente cuando esperaban bus a la orilla de la carretera. El señor Cardona falleció antes de recibir atención médica, víctima de las graves lesiones recibidas.

"La investigación fue iniciada por el Juzgado Penal Municipal de Dagua el 4 de junio y en

desarrollo de la misma se oyó en indagatoria a los procesados Rodríguez y Mosquera y se les dictó auto de detención. Fueron llamados a juicio por delitos de homicidio consumado en Pedro Antonio Cardona y homicidio imperfecto en Nohelia Santa, Carmen Franco viuda de Cardona y Ricardo Acevedo.

"Al notificarse de la decisión recurrió en apelación Jesús Antonio Rodríguez y nombró defensor al doctor Ricardo Maya Correa; a Mosquera se le designó defensor de oficio el abogado Celso Santiago Peña López, que también apeló del auto de proceder. Días después Rodríguez cambió de representante judicial y señaló en reemplazo al profesional Guido Quintana Orozco, con facultades de 'recibir, transigir, sustituir, desistir y reasumir el presente poder'. Este, al igual que su cliente cuando se notificó, interpuso el recurso de apelación contra el auto enjuiciatorio, pero desistió del mismo 'de conformidad con las facultades expresamente conferidas en el poder'.

"También de la impugnación presentada por su abogado, desistió el procesado Mosquera, y admitidas las renuncias al reclamo (sic), el proceso fue devuelto al juzgado del conocimiento que lo fue el Tercero Superior de Cali.

"Surtida la primera vista pública, en que el jurado de conciencia absolvió a los encartados por falta de pruebas, el juzgado declaró la contraevidencia en auto confirmado por consulta, convocó a nuevo debate público, y dictó sentencia condenatoria acogiendo la decisión del juez de hecho que en esta ocasión declaró la responsabilidad de los procesados en los mismos delitos por los cuales fueron comprometidos en juicio, imponiendo a cada uno la pena principal de 19 años de presidio. Esta nueva determinación, apelada, fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Cali en sentencia materia de este recurso extraordinario ...".

Las demandas

En nombre y representación de los encausados Rodríguez y Mosquera, el apoderado especial de éstos presentó sendas demandas de casación con invocación en ambos casos de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por haberse proferido la sentencia en proceso viciado de nulidad constitucional.

Los fundamentos de una y otra demanda son sustancialmente iguales, por lo cual, en gracia a la brevedad, cabe la referencia conjunta.

Aduce el censor la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional con expresión de dos motivos: primero, porque los procesados carecieron de eficaz y adecuada defensa; y segundo, por cuanto se infringió el principio del debido proceso al someterse a consideración del jurado cuestionarios elaborados sin sujeción a las exigencias procedimentales y sin que se sepa siquiera "quién los suscribió como juez y quién los atestó como secretario".

Respecto del primer motivo, el demandante arguye que quienes actuaron como defensores en la causa no fueron diligentes en el cumplimiento de su misión. El de Mosquera, quien fue posesionado sin identificación previa, no concurrió a la secretaría del juzgado a notificarse personalmente del auto de apertura del juicio a pruebas, dejando precluir la oportunidad para solicitarlas; y tanto éste como el de Rodríguez demostraron despreocupación por notificarse de otras resoluciones de impulso procesal, como las relativas al sorteo general y parcial de jurados de conciencia, señalamiento de fecha para audiencia pública y de aplazamiento de ésta debido a su inasistencia. Tanta fue la desidia que el defensor de Rodríguez "tampoco se enteró nunca del contenido del acta de la diligencia pública, pues no se acercó al juzgado a leerla y por ende a firmarla ni tampoco supo cuál sentencia se produjo, según se desprende del folio 459 en donde es visible la falta de firma del señor defensor".

Apunta igualmente el casacionista que se impidió el correcto ejercicio del derecho de defensa al admitirse la desistencia de los recursos de apelación interpuestos contra el auto de proceder, al no ponerse en conocimiento de las partes el dictamen pericial producido en el trámite del sumario y al practicarse diligencia de reconstrucción de los hechos sin la asistencia de los apoderados de los procesados, quienes no la suscribieron, actitud no salvada mediante constancia de intervención de testigos "que indiquen claramente que los inculpados sí estuvieron en tal acto, pero que se negaron a firmar", y al no practicarse la totalidad de las diligencias probatorias requeridas por el defensor de Rodríguez al ser abierta la causa a prueba. Señala que era improcedente admitir el desistimiento de las apelaciones formuladas contra el auto de proceder, porque el sindicado Mosquera no podía hacerlo ya que la impugnación no la hizo él sino por su defensor y, así mismo, el defensor de Rodríguez no podía actuar en este sentido careciendo como carecía de facultad expresa para ello y menos

restarle valor al formulado directamente por su poderdante, sin la anuencia de éste.

Con relación al segundo motivo de nulidad, las demandas indican que los cuestionarios base de la veredicción son violatorios de sustanciales normas procesales, en la medida en que los atinentes a la muerte de Pedro Antonio Cardona no dejan saber claramente por "cuál responsabilidad" se pregunta ni a quién apunta la agravación que de ella se predica al señalarse que "actuó con cobardía, en forma perversa", pues que "si se tiene en cuenta que a la víctima no se la puso en cualquier circunstancia para quedar en condiciones de indefensión o inferioridad sino que se encontró de tal manera", la mala redacción del cuestionario es indudable. También fue incorrecta, rezan las demandas, la elaboración de los cuestionarios que aluden a los homicidios imperfectos por cuanto en ellos se pregunta por "homicidio frustrado" sin referencia alguna a los hechos en sí y al elemento subjetivo, siendo imperativo procesal determinar los hechos en el cuestionario, pero sin darles denominación jurídica.

Concluyen los libelos destacando que de conformidad con el ordinal tercero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal se case la sentencia impugnada, se declare en qué estado queda el proceso y se disponga su devolución al Tribunal Superior de Cali para que proceda en consecuencia.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de referirse a los hechos y actuación procesal, al igual que en afortunada síntesis a los cargos hechos a la sentencia del Tribunal, con argumentos citados cuando se decidan aquéllos, considera infundada la causal de nulidad alegada.

Consideraciones de la Corte

Dado que los fundamentos de impugnación de la sentencia del Tribunal Superior de Cali son esencialmente uniformes en ambas demandas, nada impide realmente la estimación simultánea al igual que se hizo con la presentación de las mismas.

Dos son los cargos formulados al amparo de la causal cuarta de casación:

Primero. *Los procesados carecieron de eficaz y adecuada defensa.*

Al respecto, por encontrarlas ajustadas a derecho y a la realidad procesal, la Sala acoge las razones presentadas por la Procuraduría Delegada y que por lo mismo transcribe:

"... Los episodios a que se contrae el censor para señalar lo que en su opinión constituyó falta de defensa, y por ende desconocimiento de las formas propias del juicio en detrimento de Eugenio Mosquera, constituyen en verdad personales puntos de vista del profesional o meras irregularidades que no alcanzan la entidad de nulidad de orden constitucional, e incapaces por tanto de generar los efectos característicos de este especial vicio de procedimiento.

"Así p. e., sabido es que el representante del sindicado, si bien es persona que interviene en el proceso, no constituye una entidad independiente del acusado; integra con él una sola parte que propugna por un único interés: la defensa, aunque obviamente es él quien debe proveer en rigor al aspecto técnico-legal de la misma. El artículo 116 del Código de Procedimiento Penal autoriza determinados actos al acusado en procura de su defensa, sin necesidad de apoderado; y ninguna disposición procedimental se opone a que aquél, como principal interesado en demostrar su inocencia, rechace las reclamaciones de su representante si estima menos beneficioso para sí que el superior revise determinado pronunciamiento judicial de primera instancia, como en los casos de autos, en que la renuncia a los recursos contra el auto de proceder impetrados tanto por el defensor de Mosquera como por el sindicado Rodríguez —y exteriorizada respecto de éste por su defensor— evidencia ser consecuencia de simple táctica defensiva.

"De otra parte, no encuentra el Ministerio Público ningún atropello a los derechos de los procesados porque el Tribunal no hubiera revisado el auto de proceder, y ningún indicio aparece de que de haberlo hecho, esta Corporación habría revocado la determinación del juez del conocimiento, o mejorado la situación de aquéllos.

"La glosa que hace el profesional a la diligencia de reconstrucción de los hechos —efectuada en la etapa sumarial— carece también de fundamento, pues no es cierto que se hubiera desconocido en la diligencia la presencia de los acusados, particularmente la de Eugenio Mosquera, y que por tanto no se hubiera dejado constancia de que su negativa a firmar determinó la suscripción del acta por testigos, pues al folio 187 del cuaderno principal se encuentran las firmas que el censor extraña, y que ciertamente corresponden a testigos llamados a suplir las de los

incriminados renuentes. Por tanto, no se desconoció ninguna formalidad procesal; ni esta circunstancia vino a inclinar en contra de éstos el fallo adverso que a través de este recurso extraordinario se acusa. Tampoco el no haberse dado traslado a la contraparte del dictamen rendido por los peritos que asistieron a la inspección judicial agotada en los parajes por donde, según los acusados, anduvieron la noche de los hechos delictuosos, constituyó una irregularidad o un vicio de trascendencia probatoria contraria a los intereses de los encartados, cuya responsabilidad en los mismos se hizo evidente desde el primer instante y con probanzas serias y contundentes.

"De otro lado, el término probatorio del juicio no podía prorrogarse indefinidamente como pretende el distinguido demandante, pues consta en el expediente la diligencia desplegada a ese respecto por los juzgados del conocimiento y comisionado. Aquí tampoco indica el censor la trascendencia adversa de las pruebas solicitadas por el defensor de Rodríguez, no agotadas, limitándose a exponer una situación fáctica de común ocurrencia en la tramitación de los procesos, y no por ello decisoria del fallo de condena impugnado.

"La posesión del nuevo defensor de Mosquera sin identificación previa, como lo relieva el demandante, es cierto, constituye una irregularidad atribuible seguramente a fallas de la Secretaría del juzgado, pero no una situación capaz de viciar la validez del acto, ni menos aún de la defensa que el abogado debía desplegar en ejercicio del mandato recibido del juez. Además, es cierto que ambos defensores, tanto el de Mosquera como el de Rodríguez, dejaron de notificarse personalmente de algunas providencias —que no forzosamente debían ser puestas así en su conocimiento— y las cuales se notificaron por estados; y que en el preciso caso de Mosquera su defensor no impetró pruebas, pero el libelo que se estudia no explica —y a la honorable Corte no le es dado deducirlo de los planteamientos que se le presentan— ni la incidencia perjudicial de tales situaciones, ni el daño que por ellas recibieron sus patrocinados; ni señala las pruebas que el abogado Mosquera hubiera podido solicitar y no lo hizo, ni indica la importancia de tales pruebas en la exclusión o atenuación de la responsabilidad de su cliente. Lo anotado, sin dejar de observar que ambos procesados alegaron ser inocentes y presentaron la misma coartada —respecto de la cual incurrieron en graves divergencias al detallarla—, y finalmente fueron declarados responsables en igual grado ante la ley.

"Tan cierto es que los dos defensores estuvieron pendientes de cumplir con su deber, y que por tanto no abandonaron la causa que se les había confiado ni causaron desmedro en los derechos de sus patrocinados, que ambos asistieron a la audiencia pública como lo ordena la ley, e intervinieron reclamando la declaratoria de inocencia de éstos, demostrando así estar empapados del contenido de los autos y convencidos de la labor que se les había confiado. De ello da cuenta el acta de la vista pública, en donde aparece transcrita cada una de las intervenciones, y que si bien presenta ausencia de la firma del defensor de Rodríguez, aparece suscrita y autenticada por juez y secretario, amén de que en ningún momento su autenticidad fue puesta en duda ...".

A lo expresado por el Agente del Ministerio Público conviene recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte en torno al alcance de las garantías que en favor del procesado prescribe el artículo 25 de la Carta y de la nulidad supralegal que se deriva del quebranto de las mismas. Constituye criterio uniforme señalar que si ésta es la máxima sanción imponible a un proceso adelantado con lesión de esas prerrogativas o con menoscabo de las bases mismas del juzgamiento, es apenas natural que tales gravámenes aparezcan plenamente demostrados para que prospere el pedimento de nulidad. No es esta la situación, sin embargo, en el asunto *sub examine*, puesto que la pretendida infracción del derecho de defensa de los procesados aducida en el primero de los cargos de ambas demandas, está lejos de corresponder a la realidad, como bien lo puntualiza el concepto fiscal. Es que el ejercicio de la defensa en las varias etapas del proceso constituye labor compleja; lo mismo puede realizarse interponiendo recursos que absteniéndose de hacerlo; solicitando pruebas o no haciéndolo; propugnando en el debate público por la presentación de unas tesis o eludiendo el planteamiento de otras. Todo depende, empero, de cómo haya sido planificada y, en este caso, ninguna constancia procesal indica que los defensores hubieran intervenido con descuido o sin preparación alguna de sus puntos de vista, para sacar avante la inocencia alegada por los incriminados. Que esta pretensión resultara infructuosa no es motivo que sirva de soporte al cargo en estudio, pues entenderlo así sería dejar en manos de los particulares la estabilidad del or-

den jurídico, por la simple razón de estar en desacuerdo con un proceder o una resolución judiciales.

El cargo en consecuencia, no prospera.

Segundo. *Los cuestionarios sometidos a consideración del jurado fueron mal elaborados.*

Sobre este motivo de impugnación del fallo de instancia, el concepto del Agente del Ministerio Público, expresa:

"... Los cuestionarios relativos al homicidio agravado en Pedro Antonio Cardona ningún defecto sustancial evidencian, capaz de confundir o distraer a los miembros del jurado. Es obvio, y aquí aparece de bulto la falta de seriedad del proponente, que cuando se pregunta a los jueces de hecho si 'Eugenio Mosquera es responsable, sí o no, de haber dado muerte, con intención de matar al señor ... agravando su responsabilidad por cuanto actuó con cobardía ...', la segunda proposición, esto es, la que se refiere a la agravación de la responsabilidad, se predica de la responsabilidad del sindicado en el homicidio, pues es a él a quien se juzga, no a la víctima ni a sujeto ajeno al proceso. No merece comentario adicional esta acusación.

"Ahora bien, no es cierto que en los cuestionarios referentes al homicidio agravado se hubiera suprimido o variado la agravante de responsabilidad consignada en el auto de proceder y allí explicada fehacientemente. En primer término, los miembros del jurado debieron enterarse oportunamente y de forma íntegra, del contenido del auto enjuiciatorio —así consta en la parte del acta correspondiente a la primera sesión de la vista pública—, y en segundo lugar, el obrar 'con cobardía, en forma perversa y sin correr riesgo' significa ni más ni menos que obrar con alevosía, ya que de la forma como se realizó el delito se aseguraron sus autores la ausencia de todo riesgo, esto es, obraron con la cobardía y la perversidad de que habla el cuestionario. Por tanto, la agravante consignada en el auto enjuiciatorio permaneció incólume en los cuestionarios.

"Además, y con relación a los cuestionarios en que se indagó por los homicidios imperfectos, respecto de los cuales afirma el censor no se interrogó a los jurados por la intención de los agresores, aunque sí se les preguntó si eran o no responsables, reitera este despacho, tampoco prospera la censura al fallo de segundo grado, pues los cuestionarios fueron elaborados conforme a lo previsto en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, amén de que, como en el evento anteriormente estudiado, los jueces de facto fueron enterados oportunamente y en detalle de los cargos que a través del auto enjuiciatorio se hicieron a los incriminados.

"La claridad y legalidad de estos cuestionarios no admite duda en cuanto allí se habló de homicidio frustrado. Este término —que el censor califica de jurídico exclusivamente— del cual pregona no ha debido presentarse a los jueces de conciencia, es una palabra de uso corriente en el lenguaje popular y por tanto de conocimiento extendido y preciso, que no plantea confusión o perplejidad a individuos de las características comunes a cualquier miembro de la sociedad seleccionado como juez de hecho y por tanto ocasional administrador de justicia. Por lo demás, este término no figura en los artículos del Estatuto Penal que se ocupan del delito imperfecto.

"Ni puede prosperar la acusación basada en la duda que plantea el censor sobre la autenticidad de los cuestionarios porque en ellos no se incluyeron las antefirmas del juez y del secretario. Los caracteres manuscriturales del juez en ningún momento fueron blanco de ataques por posible falta de autenticidad, aparecen constantes a lo largo del proceso, y constituyen lo que normalmente se conoce como firma. Tampoco las observaciones sobre el texto verdadero de estos cuestionarios tienen cabida, pues sin ningún esfuerzo se infiere que las correcciones mecanográficas en la denominación del delito fueron hechas antes de que el jurado conociera el texto de las preguntas, ya que ni éstos ni los defensores hicieron constar circunstancia originaria de duda al respecto ...".

Pues bien: en opinión de la Sala asiste razón al colaborador fiscal, en cuanto afirma la improcedencia de la censura hecha a la forma en que fueron elaborados los cuestionarios relativos al homicidio en la persona de Pedro Antonio Cardona. Se dio cumplimiento en su redacción a lo normado en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, pues si en el auto de proceder se puntualizó la calificación de ese homicidio "porque se abusó de las condiciones de indefensión o inferioridad del ofendido, habiéndosele dado muerte cuando se encontraba durmiendo, lo cual agrava la responsabilidad por la cobardía con que se actúa, la perversidad y el ningún riesgo que corre el sindicado", no se ve la antinomia entre ese aserto y la pregunta formulada al jurado sobre si los procesados eran responsables de esa muerte en forma agravada al proceder

"con cobardía, en forma perversa y sin correr ningún riesgo". Existiendo, entonces, armonía entre los hechos relacionados en el vocatorio a juicio y la presentación que de ellos se hizo al *iuri* en los cuestionarios alusivos a la muerte del señor Cardona, la corrección de éstos es evidente.

Por lo demás, llama a perplejidad que el censor después de alegar la incorrecta confección de esos cuestionarios, pretenda aducir la inexistencia de los mismos por carencia de firmas, pues afirma que como tales no pueden entenderse los "garabatos" en aquéllos estampados. Semejante argumentación pugna con el principio de no contradicción. Pero al margen de esa desafortunada alegación, conviene anotar, no obstante, que es doctrina de esta Corporación admitir por firma entera, ya que no se da una precisión judicial al respecto, la usualmente empleada por el funcionario en sus actos públicos o privados y representada por los signos gráficos que acostumbra para ellos, aceptándose por tales los que aparecen en la actuación, a menos de eficaz prueba en contrario o precepto legal de indubitable pertinencia. Por modo que si ninguna de estas eventualidades se dan en el proceso, mal puede dudarse de la autenticidad de las firmas que aparecen en los cuestionarios como del juez y del secretario.

Pero si bien no cabe reparo sustancial alguno a la forma como el *a quo* confeccionó los cuestionarios para preguntar al jurado por el homicidio en la persona del señor Cardona, no acontece igual con los relativos a los homicidios imperfectos de que fueron víctimas María Nohelia Santa, Carmen Franco Arias y Ricardo Acevedo Agudelo. En éstos se interroga al juzgador en conciencia si los procesados son o no responsables "conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar anotadas en el auto de proceder, de *homicidio frustrado*". Su elaboración aparece de bulto, contraviene el precepto consignado en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, ya que *no es dable al juez de derecho preguntar al jurado por el delito mismo, puesto que con ello se desnaturaliza su función. Sostener que la expresión "homicidio frustrado" es del conocimiento general de las gentes, como lo anota el Procurador Delegado, es ir demasiado lejos. La sola voz "homicidio" es la expresión jurídica con que el Código Penal denomina la infracción prevista en el Capítulo I, Título XV, del Libro II de ese estatuto.*

La doctrina constante de la Corte enseña que el cuestionario no es simple acto ritual, sino uno de los más decisivos del proceso, debiéndose hacer en él síntesis completa de los hechos para que el jurado afirme o niegue la responsabilidad de los acusados, y sirvan con idoneidad de fundamento a la sentencia definitiva. Desde luego, la relación sintética de los hechos que ellos contengan no sólo debe ser armónica con los admitidos en el auto de proceder, sino ajenas a su calificación jurídica. *Y esto fue precisamente lo que no atendió el juez de derecho en las preguntas que sobre los homicidios frustrados presentó al jurado. Es más, ni siquiera inquirió en ellas por el elemento subjetivo de la conducta. Aludió, es cierto, "a las circunstancias de tiempo, modo y lugar anotadas en el auto de proceder". Pero ello no subsana el yerro, porque como lo enseña la Corte en sede de casación de 5 de diciembre de 1978, al examinar situación semejante, las palabras "conforme al auto de proceder" no fueron colocadas allí (en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal), para que se reprodujeran al momento de expedirlo (el cuestionario) sino para indicar al juzgador de derecho que debía elaborarlo de conformidad con las circunstancias del hecho o hechos materia de la causa puntualizados en el auto de calificación".*

Al apartarse el funcionario de la regla del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, incurrió en anomalía que pugna con el artículo 26 de la Constitución, y, por tanto, hace nulo lo actuado a partir del debate público, pero sólo en lo pertinente a los homicidios frustrados, puesto que el defecto procesal no tiene por qué comunicarse a la actuación relacionada con ambos procesados por el homicidio consumado en Pedro Antonio Cardona, aunque la nulidad sí irriga la totalidad de la sentencia censurada, en guarda de la armonía que debe reinar entre el auto de convocación a juicio, veredicción y sentencia. Se anulará, en consecuencia, conforme al precepto del artículo 583-3 del Código de Procedimiento Penal, el trámite de audiencia pública del 25 de septiembre de 1979, en lo concerniente a los homicidios frustrados, para que con sorteo de nuevos jurados y elaboración de nuevos cuestionarios que consulten lo mandado por el artículo 533 ibidem, se repita el debate, se obtenga nueva veredicción a este respecto y se dicte sentencia unificada.

El cargo prospera parcialmente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, en desacuerdo parcial con el concepto de la Procuraduría Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la

sentencia recurrida y declara, en consecuencia, la nulidad de la audiencia pública iniciada el 25 de septiembre de 1979, pero únicamente en lo que ésta se relaciona con los homicidios frustrados, debiéndose reponer la actuación teniendo en cuenta lo expuesto en la parte final de la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION

No puede pedirse la nulidad de un proceso porque los jueces no declararon contraevidente un veredicto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 5.

Bogotá, D. E., enero 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

El Tribunal Superior de San Gil, mediante sentencia del 30 de abril de 1980 confirmó el fallo absolutorio que dictara el Juzgado Cuarto Superior del Socorro en favor de los hermanos Julio, José Miguel y Clementina Velandia Bonilla, llamados a juicio por delitos de homicidio. Contra tal providencia el representante de la parte civil interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos

En las horas de la mañana del 7 de octubre de 1977, en la vereda "El Porvenir" del Municipio de Landázuri, se suscitó violento altercado entre los hermanos Julio, José Miguel, Alejandrina y Clementina Velandia, de una parte, y Alfonso Patiño, su hijo Pedro Antonio, Reinaldo Duarte, Andrés Pardo y Marco Julio Peña, de otra, por problemas de servidumbre; como resultado del incidente, Marco Julio Peña y Pedro Antonio Patiño resultaron muertos por arma de fuego, y heridos Alfonso Patiño, José Miguel, Alejandrina y Clementina Velandia.

Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Landázuri inició la correspondiente investigación, que fue continuada por el Tercero de Instrucción Criminal. Precluida la fase inicial del proceso, el Juzgado Cuarto Superior del Socorro dictó auto de proceder contra los hermanos Velandia, Julio, José Miguel y Clementina, como coautores de homicidio en Marco Julio Peña y Pedro Antonio Patiño y de homicidio tentado en Alfonso Patiño, a quien sobreseyó temporalmente de las lesiones que presentaban Clementina Velandia; se dictaron, además, otros sobreseimientos. Al desatar recurso de apelación, el Tribunal confirmó el llamamiento a juicio y convirtió el sobreseimiento temporal de Alfonso Patiño en uno de carácter definitivo.

Al culminar la audiencia pública el jurado respondió a algunos cuestionarios negativamente por falta de pruebas; respecto de otros la respuesta fue afirmativa pero con aceptación de legítima defensa y en cuanto a la responsabilidad de Julio Velandia por el homicidio tentado en Alfonso Patiño, la respuesta fue: sí, pero de lesiones personales. El juzgado acogió integralmente los veredictos y emitió sentencia absolutoria respecto de todos los procesados. Tal decisión fue integralmente confirmada por el Tribunal de San Gil, como ya se indicó.

Demanda

Tres causales de casación plantea el recurrente, la primera, la tercera y la cuarta, así:

a) *Causal primera.* "La sentencia es violatoria de la ley sustancial por violación directa y errada interpretación de los hechos, errónea o indebida aplicación de la misma". Señala el recurrente que se violaron directamente los artículos 19, 365 y 385 del Código Penal en concordancia con el artículo 362 ibídem, porque el jurado negó la responsabilidad de los hermanos Velandia por los dos homicidios consumados, y

al propio tiempo, dedujo responsabilidad por lesiones personales en el caso del homicidio frustrado en Alfonso Patiño, con lo que se produjo un veredicto contradictorio; dice también que esta última respuesta del jurado es contraria a la realidad procesal y que por eso el juez de derecho ha debido dar aplicación al artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. De aquí deduce que "resulta evidente que la interpretación dada por el *ad quem* al veredicto y su acogida en la sentencia en lo concerniente al homicidio imputado a Julio Velandia en la persona de Alfonso Patiño, en las circunstancias de los artículos 371 y 385 del Código Penal condujo a que se violaran por indebida y errónea aplicación las normas sustantivas citadas y los artículos 17, 19 y 362 del Código Penal".

A manera de segundo cargo, dice el demandante que el Tribunal incurrió también en "violación de la ley sustantiva por error en la persona física del autor de las lesiones en Clementina Velandia Bonilla"; este error, indica, "se materializó en el auto de proceder, en el que, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, revocó el sobreseimiento temporal proferido por el *a quo* en el auto calificatorio a favor de Luis Alfonso Patiño por el delito de lesiones personales en Clementina Velandia Bonilla; señaló a los hermanos de ésta (Julio y José Miguel) como los autores de esas lesiones y erróneamente interpretó, por falta de apreciación de las pruebas de imputabilidad de esas lesiones, el artículo 371 del Código Penal". Transcribe luego apartes del auto de proceder para demostrar el cargo y termina con la afirmación de que entonces la sentencia "es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea de la misma, puesto que lo imputable a una persona probatoriamente se lo imputó a otra";

b) *Causal tercera*. La hace consistir en que "la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado". Sin embargo, a manera de fundamentación del cargo, sostiene que la sentencia se emitió sobre veredicto contradictorio "lo que la hace acusable por interpretación errónea de las normas contenidas en los artículos 19, 371 y 385 del Código Penal en conformidad a la contenida en el ordinal 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal". Afirma que tal contradictoriedad se desprende del hecho de que el jurado contestara que Julio Velandia era responsable de lesiones personales en Alfonso Patiño y luego sostuviera que José Miguel y Clementina habían actuado en legítima defensa frente al mismo hecho;

c) *Causal cuarta*. Consistiría en que "la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad". Precisa, enseguida, que la nulidad no es realmente procesal sino de carácter constitucional por violación de los artículos 1º y 36 (sic) de la Constitución Nacional. De la lectura de este aparte de la demanda se desprende que habría tres irregularidades generadoras de nulidad, el no haberse decretado responsabilidad en el auto de proceder contra José Miguel Velandia como autor de las lesiones en su hermana Clementina, el haberse dictado dicho auto con pretermisión de las formalidades exigidas en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y el no haberse declarado la contraevidencia del veredicto. Pretende demostrar tales cargos con la transcripción de apartes de la sentencia del Tribunal a los que hace reparos de carácter probatorio.

Concepto de la Procuraduría

En relación con la causal cuarta, opina el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que aunque en la parte motiva del auto de proceder, el Tribunal sobreseyó definitivamente a Luis Alfonso Patiño de las lesiones en Clementina Velandia, que atribuyó a su hermano José Miguel, lo cierto fue que tal cargo no se le hizo en la parte resolutiva de la providencia y que aún reconociendo la existencia de tal omisión, ella no generaría nulidad porque bastaría disponer que tal hecho se investigase separadamente. Respecto de la no contraevidencia del veredicto recuerda que se trata de una determinación reservada a la autonomía del juzgador y que es cuestión ajena al recurso extraordinario de casación.

Cuanto a la causal primera, observa que ha sido planteada de manera antitécnica porque no se precisa la naturaleza de la violación de la ley sustancial y porque se alegan simultáneamente las tres formas de infracción directa. Agrega que la interpretación del veredicto hecha por el juez de derecho fue correcta y que el cargo de errores probatorios con fundamento en esta causal en juicios en que interviene el jurado no es procedente. Recuerda que el error sobre la persona del autor de las lesiones de Clementina ya había sido planteado con fundamento en la causal 4ª y que no tiene asidero alguno.

Frente a la causal tercera indica que la contradicción del veredicto no existe realmente porque la responsabilidad penal es de carácter indivi-

dual "y por lo tanto diferentes pueden ser las respuestas que se den con relación a cada procesado".

Concluye, pues, con solicitud de no casar la sentencia recurrida.

Considerandos

Causal cuarta. Aunque el casacionista plantea inicialmente violación de ley procesal y luego la transforma en nulidad supralegal con citación equivocada del artículo 36 de la Constitución Nacional, se ocupará la Sala de los cargos formulados, así:

a) *No se llamó a juicio a José Miguel Velandia por las lesiones de su hermana Clementina.* Lo que realmente ocurrió fue que el Tribunal transformó el sobreseimiento temporal que favorecía en primera instancia a Luis Alfonso Patiño por aquellas lesiones, en uno de carácter definitivo, al considerar que el arma que portaba —escopeta de perdigones— no pudo haber ocasionado la herida que aquélla presentaba; y al preguntarse por el origen de la misma, supuso que en la confusión de los hechos al parecer resultó lesionada por sus propios hermanos (folios 51 y 70, cuaderno 6). En la parte resolutiva de la providencia no se imputó el cargo de estas lesiones a ninguno de los procesados; no se sabe entonces de dónde deduce el casacionista que el autor de ellas fue José Miguel Velandia. Pero aún aceptando la existencia de informalidad procesal de este caso, ella no genera nulidad legal ni constitucional porque no está prevista como tal en el Código de Procedimiento Penal ni constituyó preterm isión de las formas propias del juicio, ni conculcó del derecho de defensa de los procesados; bastaría disponer, como lo sugiere el Ministerio Público, que se compulsen copias para investigar concretamente aquellas lesiones;

b) *Se violó el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.* Nada dice el demandante sobre la naturaleza de tal supuesta irregularidad; no obstante, de la simple lectura del auto de proceder surge evidente que se cumplieron todas las formalidades que la norma en cuestión exige en la redacción de tal providencia;

c) *No se declaró la contraevidencia del veredicto. Es ésta una cuestión que ha de ser debatida y resuelta en las instancias ordinarias del proceso y que escapa a la especial naturaleza del recurso extraordinario de casación, entre cuyas causales no aparece. Pretender que se anule un proceso porque los jueces (de primera o segunda instancia) no declararon contraevidente el veredicto del jurado, sería acabar con la autonomía de los juzgadores en el análisis de la prueba y convertir el recurso de casación en tercera instancia.*

No prosperan, pues, estos cargos.

Causales primera y tercera. Mencionanse conjuntamente porque habrán de ser desestimadas en razón de los siguientes ostensibles errores de técnica que la Corte no puede subsanar:

a) El demandante plantea simultáneamente violaciones directa e indirecta de la ley sustancial, aquélla por "errónea e indebida aplicación" y ésta por "errada interpretación de los hechos", lo que riñe con elementales normas de técnica en la elaboración de una demanda de casación, como reiteradamente lo ha dicho esta Sala;

b) En relación con la violación directa de la ley sustancial también yerra al presentar, igualmente de manera simultánea, cargos por aplicación indebida y por errónea interpretación de aquélla, cuestiones éstas que siendo diferentes no pueden plantearse en relación con unos mismos hechos, sin violar el principio de no contradicción, puesto que respecto de idéntica norma legal no es lógico afirmar que se interpretó erróneamente y que ha debido aplicarse otra distinta;

c) La demanda se limita a citar normas sustanciales supuestamente violadas (artículos 17, 19, 362, 371, 365 y 385 del Código Penal) sin puntualizar en qué consiste tal violación en cada caso;

d) Resulta extraño y fuera de lugar plantear como forma de violación directa de la ley sustancial una supuesta o real contraevidencia del veredicto, como lo hace el casacionista, que, por lo demás, realiza igual cargo con fundamento en la causal cuarta;

e) Como quiera que el llamado por el demandante "error en la persona física del autor de las lesiones" constituye realmente un ataque al análisis probatorio que de los hechos hizo el Tribunal y como ya se indicó que tal estudio es ajeno al recurso de casación, despréndese que esta pretensión es improcedente;

f) Por lo que respecta a la causal tercera, empieza por confundirla con la segunda, pues a ésta pertenece el desacuerdo entre veredicto y sentencia, y en cuanto a la contradictoriedad del veredicto de que luego se ocupa, vasta recordar que ésta puede darse respecto de una sola respuesta del jurado, pero que resulta vano alegarla ante plurales verodicciones en relación con va-

rios enjuiciados, como que la responsabilidad penal es de carácter individual;

g) También es antitécnico plantear con fundamento en la causal tercera, como lo hace el demandante, interpretación errónea del juzgador de normas sustanciales (artículos 19, 371 y 385 del Código Penal), cuestión esta que corresponde a la causal primera.

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

Resuelve:

DESECHAR el recurso impetrado.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONFESION — Su valor

La confesión tiene valor cuando, además, el cuerpo del delito aparece demostrado y en la relación con otras pruebas se deduce su fuerza procesal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 17 de marzo de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 027.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de 3 de julio de 1980, revocó la de primer grado, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de El Guamo, el 29 de abril de ese año, que había absuelto al procesado José Yezid Ospina Méndez y, en su lugar, le condenó a la pena principal de dos (2) años de presidio como autor responsable del delito de peculado que le fue imputado en el auto de proceder, a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y publicación especial de la sentencia e, *in genere*, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el defensor del procesado Ospina Méndez, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su apoderado presentó la correspondiente demanda, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando

I. Los hechos fundamentales materia del proceso, aparecen resumidos por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"... En el mes de agosto de 1977 la Contraloría General del Departamento del Tolima, por medio de sus visitadores practicó visita fiscal a la Tesorería Municipal de El Guamo, pues dicha entidad tuvo conocimiento de que esta Oficina estaba recaudando, por delegación de la Recaudación local de Impuestos Nacionales, el valor del timbre nacional establecido en el Decreto 1593/66 y la Ley 2ª/76, para los recibos de caja que expiden las Tesorerías Municipales —por concepto del impuesto municipal a vehículos automotores de servicio particular—, y el valor del impuesto —por los certificados de saneamiento con destino al hospital de la localidad—, sin que tales recaudos fueran fiscalizados por entidad alguna ni reclamados por la Recaudación. Se procedió al correspondiente arqueo de fondos y se determinó un faltante global de $ 67.969 ...".

"... Los funcionarios fiscales atribuyeron el faltante al Secretario de Tesorería, José Yezid Ospina Méndez, pues era él quien directamente recibía los dineros y expedía los comprobantes respectivos, además de que de esta actividad no tenía conocimiento el Jefe de la Oficina, es decir, el Tesorero Municipal. De todas maneras el señor Ospina procedió al inmediato reintegro del dinero que faltaba, haciéndolo llegar el mismo día de la visita. La copia de la resolución mediante la cual fueron suspendidos del cargo, tanto el Secretario como la Cajera de la Oficina y multado el Tesorero, fue enviada al Juzgado Penal del Circuito de El Guamo y sirvió de base a la presente investigación ...".

(Fls. 17 a 18, Cuad. Corte).

II. La sentencia ha sido impugnada con base en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan los siguientes cargos:

Causal cuarta

Cargo único. "... La sentencia de 3 de julio del presente año fue proferida sobre un proceso viciado de nulidad teniendo en cuenta que José Yezid Ospina Méndez no tenía dentro de sus funciones ni recaudar, pagar, administrar o guardar puesto que la función de secretaría es diferente a esas actividades. Las funciones que se acaban de expresar le corresponde directamente al tesorero y por la función misma a los cajeros, quienes reciben y deben guardar para entregar posteriormente al que debe administrar. La actividad a que se refiere la norma del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 debe estar adscrita por mandato legal, o por acto administrativo, etc., pero no debe ser actividad caprichosa ...".

Causal primera

Primer cargo. "... Nos dice el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal que la confesión libre y expontánea hecha por el procesado ante el juez instructor, 'se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario', siempre que esté probado el cuerpo del delito ...".

"... En el caso que nos ocupa se han cumplido todos estos requisitos para tener por verídica la confesión del procesado, pero no se hizo en el auto de proceder y no se consideró en la sentencia censurada ...".

"... Si se hubiera dado el valor legal que la comentada confesión tiene no se hubiera condenado al hoy condenado Ospina Méndez, porque no se ha apropiado de dinero o bien alguno, sino que lo perdió y como funcionario cuidadoso y diligente lo repuso en beneficio del patrimonio del Estado ...".

"... Al haber tenido todo el acervo de los testimonios en concordancia y armonía con la confesión del sindicado, en cuanto que los dineros los perdió, y que tal hecho está dentro de la posibilidad de lo afirmado, puesto que ya se había dado, por el hecho de no haberlos entregado a su destinatario el delito hubiera sido peculado culposo y no el imputado de apropiación o uso indebido ...".

"... La sentencia recurrida erróneamente dio el valor probatorio a la confesión y los testigos del proceso, que no tienen y con tal actividad de medio violó normas de derecho sustancial que han causado perjuicio al condenado, porque lo fue por un delito que no se ha tipificado en el proceso o por una modalidad atenuada del mismo, como sería el peculado culposo ...".

(Fls. 11 a 12).

Segundo cargo

"... Al proceso no se allegó el acta mediante el cual se nombró a José Yezid Ospina Méndez, como Secretario de la Tesorería de El Guamo, sino simplemente copia del acta de posesión que no es suficiente para establecer tal calidad, puesto que el requisito previo es la designación. Se podría dar el caso de una persona que exhiba decreto o resolución falsa de nombramiento y se posesione legalmente, en cuanto a la forma, y se tenga, así por funcionario público, si bastara con el acta de posesión para establecer la calidad de funcionario público ...".

"... Frente a esto la sentencia dice, la de segunda instancia, que esa calidad está probada con los dichos de los empleados ...".

"... Resulta que la prueba documental, acta de posesión, se le dio el valor que no tiene, o sea, el valor de plena prueba de la calidad de funcionario público, cuando es semiplena con lo cual nada se establece. La calidad de funcionario público debe estar acreditada, plenamente, para la estructuración del delito de peculado ...".

"... Al dar el valor antes dicho al acta de posesión, se violó el citado artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, e igualmente el artículo 412 del Código Penal, que tipifica el delito que se hubiera cometido en caso de tenerse por sustracción de los dineros, el hecho comentado en el cargo anterior, por no tener la calidad de funcionario público el condenado ...".

(Fls. 13 a 14).

III. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sin embargo, de criticar justamente la absoluta falta de técnica y aun de lógica en la presentación de los cargos, se refiere *in extenso* al de nulidad, con base en las consideraciones que en el estudio de ese cargo citará la Corte más adelante.

Considerando

Como muy atinadamente lo advierte la Delegada de la Procuraduría, en efecto, la demanda adolece de fallas técnicas y aun de ausencia de simple lógica jurídica, defectos insubsanables por la Corte, de suyo suficientes para rechazarla de plano:

"... La demanda de casación no se ajusta a la lógica jurídica. Con apoyo en el primer cargo —causal 4ª— el actor solicita la invalidación del proceso, por haberse incurrido en el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción. El hecho ilícito atribuido a Ospina es abuso de confianza y no peculado, por no haberse probado que entre sus funciones de Secretario de la Tesorería Municipal de El Guamo estuviese la de recaudar, pagar o administrar, en los términos del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 ...".

"... Sin embargo, para el segundo cargo con base en la causal primera de casación, sostiene que como el dinero 'se extravió' o 'lo perdió Ospina', se trata de un peculado culposo y al efecto cita como infringido el artículo 154 del Código Penal ...".

"... Y, finalmente, a propósito del tercer cargo —causal 1ª—, reitera su primitiva afirmación de tratarse del delito de abuso de confianza, pero, obvio, ya no solicita la anulación del proceso, sino que la honorable Sala de Casación Penal dicte sentencia conforme a esa petición ...".

"... Si bien la técnica de casación permite la formulación de varios cargos a una sentencia, es lo cierto que la impugnación debe guardar lógica, pues resulta inadmisible proponer varias acusaciones contradictorias que revelan inconsistencia e inseguridad jurídica en el demandante. No es tarea de la honorable Corte Suprema de Justicia examinar el libelo para eliminar las contradictorias y escoger el cargo que más convenga a los intereses del actor ...".

(Fls. 24 a 25).

No obstante las anteriores consideraciones, que la Sala prohíja, se estudiarán los argumentos de la demanda referentes al cargo de nulidad, tema sobre el cual, conforme a ya reiterada jurisprudencia, la Corporación ha reconocido que puede proceder aun de oficio.

Causal cuarta

El proceso es nulo, afirma el casacionista, a causa de haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que ha debido calificarse como abuso de confianza y no como peculado, dado que el procesado no tenía el encargo de recaudar, pagar o administrar los dineros oficiales.

La Delegada de la Procuraduría, al responder el cargo, considera infundada la acusación:

"... La demanda de casación sostiene que como no existe ley, decreto o reglamento con fundamento en el cual Ospina tuviese la función de recaudar, pagar, guardar o administrar dicho impuesto, no cometió el delito de peculado, sino el de abuso de confianza ...".

"... A este planteamiento se replica con la doctrina de la Sala de Casación Penal lo siguiente: Ospina se desempeñaba como empleado de la Tesorería de El Guamo, desde hacía veinte años y era la persona más entendida en las actividades propias de la oficina. Los Tesoreros Municipales se sucedían, pero él permanecía en su cargo primero como Cajero y luego como Secretario. Todos los empleados de esta oficina y el mismo acusado admiten que él, como Secretario, atendía todo lo relativo al impuesto de timbre nacional ya precisado, y los dineros que los cajeros recibían por este concepto le eran entregados a él. El hecho es incontrovertible, pues al iniciarse la visita fiscal se le encontró dinero correspondiente a ese impuesto y el faltante se apresuró a cubrirlo. Esto significa que ningún otro empleado de la Tesorería de El Guamo tenía como función la de administrar, en el más amplio sentido, el impuesto de timbre nacional causado por el pago del impuesto municipal de rodamiento ...".

"... No se trata por tanto del delito de abuso de confianza, pues el dinero de los contribuyentes no se entregaba al acusado en consideración a su persona, sino porque la ley creó un impuesto, confió a las Tesorerías Municipales su recaudo y en el caso en estudio Ospina era el empleado encargado de administrarlo, en el sentido de recibir el dinero y entregarlo a la Administración de Impuestos Nacionales ...".

"... Es cierto que no se agregó al expediente un reglamento en que se señalen con toda claridad y precisión las funciones y atribuciones de cada uno de los empleados de la Tesorería Municipal de El Guamo (Tolima), como seguramente no existe para el noventa por ciento de los municipios del país. Esta omisión no puede constituir motivo para que se desvirtúe la protección especial a los bienes del Estado y la obligación del funcionario de manejar con pulcritud los dineros que los contribuyentes entregan con destino a la administración pública. Se repite: el acusado en este proceso percibió esos dineros por razón del cargo que desempeñaba y no por otro motivo. En su indagatoria relató todo lo relativo al recaudo del impuesto, la obtención de los com-

probantes y las razones por las cuales conservaba el dinero en su escritorio, sin entregarlo oportunamente a la Recaudación de Impuestos Nacionales de esa localidad ...".

"... En sentir de esta Procuraduría Delegada la relación jurídica entre el cargo público que el acusado desempeñaba, el origen de los dineros percibidos y el hecho de ser la persona encargada de administrarlos, en sentido general, es suficiente para dar por configurado el delito de peculado y no el de abuso de confianza ...".

Se considera

No es cierto, como lo afirma el casacionista y parece entenderlo la Procuraduría Delegada, que el procesado José Yezid Ospina Méndez ejerciera las funciones de simple Secretario de la Tesorería Municipal de El Guamo, bajo cuyo supuesto el recurrente estima que no podía imputarse a Ospina Méndez el delito de peculado y el Procurador que, no obstante ser esas sus funciones, desempeñaba, en la práctica, actos propios de los empleados de manejo.

De conformidad con las pruebas del proceso, en efecto, el procesado José Yezid Ospina Méndez ejercía, simultáneamente, las funciones de Secretario y de Contador de la Tesorería Municipal de El Guamo:

"... Al Despacho de la Alcaldía Municipal de El Guamo, Tolima, hoy primero de mayo de mil novecientos setenta y uno, compareció el señor Yezid Ospina Méndez, con el fin de tomar posesión del cargo de Secretario Contador de la Tesorería Municipal del lugar para el que fue nombrado por Resolución número 02 de febrero veintisiete del año en curso, emanada de la Tesorería Municipal. Seguidamente el señor Alcalde, por ante su secretario, le recibió el juramento de rigor, previas las formalidades de ley y bajo tal gravedad, prometió cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le impone a su leal saber y entender ...".

(Acta de posesión, Fol. 157).

"... ... ...".

"... 1. ... ...

Tal situación fue, de otra parte, admirablemente comprendida en el auto de proceder, a juicio de la Corte con innegable acierto:

"... José Yezid Ospina Méndez, era el Secretario-Contador de la Tesorería Municipal del lugar y el encargado del recaudo, contabilización y entrega de los dineros que entraran a la Tesorería por concepto de todos los impuestos que en ella se cobran, habiendo omitido dar aviso al Tesorero, respecto de los recaudos obtenidos por concepto de impuestos de los vehículos automotores de servicio particular y de entregarlos oportunamente a la Recaudación de Impuestos Nacionales de esta ciudad, en cumplimiento de preceptos legales; omitiendo también reflejar su movimiento en la cuenta mensual a la Contraloría, lo mismo que los dineros percibidos por concepto de impuestos de degüello de ganado mayor y menor con destino al hospital de esta ciudad ...".

(Fol. 209).

No hubo en consecuencia, error alguno relativo a la denominación jurídica de la infracción, que se calificó correctamente en el auto de proceder.

No prosperan, pues, este cargo ni, por ostensible falta de técnica, los formulados al amparo de la causal primera.

No sobra advertir, sin embargo, que aun de haber sido debidamente presentada la demanda, las objeciones que en ésta se formulan al valor de la confesión y a la falta de la prueba del nombramiento del condenado, carecen de todo fundamento.

1. *La confesión:*

Sobre el valor de la confesión ha dicho hace poco la Corte:

"... *Por confesión se entiende, en materia criminal, el reconocimiento solemne y expreso que de su propia responsabilidad hace libre y espontáneamente el sindicado de la comisión de un delito, ya lo haga en forma plena o completa, bien atenuada o restringidamente, lo que quiere decir que, en suma, para que exista realmente confesión, ésta debe producir, en mayor o menor grado, consecuencias procesales respecto del reconocimiento de la responsabilidad penal del confeso ...*".

"... *Cuando ello ocurre y, en consecuencia, existe confesión, ésta no vale, en sí misma, ni como prueba del delito, ni, tampoco, para demostrar la responsabilidad del confeso, pues para que el dicho de éste pueda ser creído es condición insustituible la de que el cuerpo del delito aparezca de otro modo demostrado y, además, que no se presente prueba atendible contra la veracidad de la confesión: ...*".

"... *Artículo 364.* Su valor probatorio. *La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito ...*".

"... *Es por esa desconfianza que despierta en el legislador la confesión, que el Código de Procedimiento Penal, para darle o negarle mérito, dispone perentoriamente: ...*".

"... *Artículo 399.* Procedimiento en caso de confesión. *Si el procesado reconociere francamente su participación en el hecho que se investiga, el funcionario continuará practicando las diligencias conducentes* para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión *y averiguar las circunstancias del hecho: interrogará al procesado acerca de si hubo otros autores o partícipes, si conoce algunas personas que hubieren presenciado el hecho o tuvieren conocimiento de él,* y, en general, sobre todo aquello que pueda aclarar o confirmar la confesión ...".

(Subraya la Sala).

"...*Otro tanto ocurre cuando el procesado, so pretexto de una confesión, expone hechos o circunstancias, con apoyo en los cuales lo que pretende es explicar o justificar su conducta y descargarse de su responsabilidad, pues si esto sucede y el procesado pretende eludir los cargos que se le hacen, su dicho tampoco basta legalmente, por sí solo, para demostrar su inocencia o irresponsabilidad ...*".

"... *Es por ello que el Código dispone, igualmente, que el juez debe proceder a la verificación procesal de sus descargos y a la comprobación igualmente procesal de sus aseveraciones: ...*".

"... *Artículo 393. Constancias y verificación de citas del indagado. No podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos,* y se verificarán con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones ...".

(Subraya la Sala).

"... En todo caso, ni la confesión, ni los descargos hechos por el procesado pueden ser admitidos o rechazados sin la adecuada comprobación procesal y, en su defecto, de la atendibilidad de cada uno de ellos, lo que significa, en consecuencia, que aquélla y éstos deben ser razonablemente estudiados por los funcionarios correspondientes en sí mismos o en relación con otras pruebas, para deducir su inconsistencia o su fuerza procesales ...".

"... Esta manera de analizar el dicho del procesado frente a los cargos que se le formulan ha sido precisada por Carlos Franco Sodi ('El Procedimiento Penal Mejicano', 3ª edición, editorial Porrúa, S. A., Méjico, 1946, páginas 249 y siguientes), citado por Antonio Rocha (De la prueba en derecho, Universidad Nacional, 1949, página 83), de esto modo: ...".

"... A mi modo de ver, dice, la postura más lógica es la de quienes sin preocuparse por la divisibilidad o indivisibilidad teórica de la confesión, ante una calificada, procuran cerciorarse de su veracidad analizándola junto con las demás pruebas obtenidas en el caso concreto, para aceptar o rechazar la confesión o sus modalidades, según su convicción así obtenida (página 252, obra citada) ...".

"... Ante una confesión calificada en cuanto a la responsabilidad, es decir, cuando un individuo confiesa ser el autor del hecho, pero en determinadas circunstancias que modifican y hasta pueden excluir su responsabilidad, dice, el caso se resuelve con el criterio acabado de sustentar. 'Si el individuo confiesa ser el autor del homicidio, pero en legítima defensa, hay que averiguar si esto es o no cierto. Si las demás pruebas lo confirman, se admitirá la confesión en todas sus partes; pero si las mismas pruebas demuestran lo contrario, se desechará la causa de justificación propuesta. Mas puede acontecer, agrega Franco Sodi, que la única prueba obtenida sea la confesión calificada, entonces basta con examinarla en sí misma y si resulta verosímil y propone una causa de atenuación, entonces, por equidad, se impondrá la pena atenuada correspondiente, y si de justificación o inimputabilidad se trata, entonces ... hay que absolver por duda sobre la existencia de la responsabilidad' (página 253, autor y obra citados) ...".

"... Conforme con esta doctrina, la Corte ha sostenido que la confesión está sujeta, como prueba oral que es, a los mismos requisitos, análisis y valoración que la ley otorga a la prueba testimonial ...".

(Sentencia, 7 de octubre de 1980).

Fue así como procedió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de El Guamo, al proferir el auto de proceder contra el procesado Ospina Méndez, providencia en la cual dio las siguientes razones, de suyo suficientes para desestimar las exculpaciones suministradas por el inculpado:

"... Que el sindicado diga que él no se apoderó ni hizo uso indebido de los dineros que tuvo que reintegrar y que cree que le fueron sustraídos de su escritorio, ello no es aceptable bajo ningún aspecto: en primer lugar, porque los dineros que reintegró los puso a disposición de los visitadores al iniciarse la visita y antes de que se estableciera el faltante; además y en segundo lugar, según consta en el acta de la visita fiscal, él mantenía su escritorio con las seguridades del caso y era donde guardaba esos dineros, ya que parte de ellos fueron encontrados ahí y sacados previa la solicitud de los visitadores de las llaves correspondientes, que les entregó el propio Ospina Méndez; en tercer lugar, la sustracción de esos dineros por una tercera persona, necesariamente tenía que efectuarse de manera continuada, lo que, también, necesariamente debía haberse hecho patente al efectuarse los arqueos de caja diarios, dando lugar a que él mismo se alertara y tomara las medidas del caso para atrapar a la persona o personas que tuvieran (sic) efectuando tal sustracción y, además, para que le diera aviso a su inmediato superior de lo que estaba pasando y aun formulara la denuncia correspondiente, lo que no hizo; en cuarto lugar y según las conclusiones de la visita fiscal, en su numeral 9º, 'el Secretario de la Tesorería no presentó esos fondos al visitador en la diligencia de arqueo de fondos, ni siquiera reveló tenerlos en su poder y, por el contrario, firmó la diligencia en la que consta que no hay más fondos por relacionar'. En quinto lugar, el recaudado por concepto de los fondos ya dichos durante los meses de junio, julio y agosto de 1977, no fueron relacionados en las cuentas mensuales a la Contraloría ni entregados oportunamente en la Recaudación de Hacienda Nacional, aduciendo de esto último como disculpa el argumento pueril de que cuando había ido a llevarlos a la Recaudación no encontró a su titular, pero esto, en primer lugar, fue desmentido y en segundo lugar en caso de que no estuviera personalmente el Recaudador, cualquiera de los empleados de tal entidad podía recibirlos, puesto que no era una entrega perso-

nal, sino a la Recaudación de Hacienda Nacional ...".

(Fls. 209 a 209 v.).

2. La falta de prueba de la calidad de funcionario:

Dos documentos públicos, ya citados al estudiar el cargo de nulidad, demuestran de manera plena o completa que el procesado José Yezid Ospina Méndez, fue nombrado Secretario-Contador de la Tesorería Municipal de El Guamo, mediante Resolución número 02 de 27 de febrero de 1971, y que de ese cargo tomó debida posesión en el Despacho de la Alcaldía Municipal del lugar el 1º de mayo del mismo año:

"... Respecto al Oficio citado en la referencia, he de informar a usted sobre la información que reposa en los archivos de esta Tesorería, respecto al tiempo de servicio del señor José Yezid Ospina, así: ...".

"... ... ...".

"... 2. Mediante Resolución número 02 de febrero 27 de 1971, fue nombrado como Secretario-Contador de esta Tesorería, y posesionado ante la Alcaldía Municipal el día 1º de marzo del mismo año ...".

"... ... ...".

"... (Fdo.) Marco Fidel Vega Avilez.

"... Tesorero Municipal ...".

(Fol. 154).

"... ... ...".

"... Al Despacho de la Alcaldía Municipal de El Guamo, Tolima, hoy 1º de mayo de 1971, compareció el señor Yezid Ospina Méndez, con el fin de tomar posesión del cargo de Secretario-Contador de la Tesorería Municipal del lugar para el que fue nombrado por Resolución número 02 de febrero 27 del año en curso, emanada de la Tesorería Municipal. Seguidamente el señor Alcalde, por ante su secretario, le recibió el juramento de rigor, previas las formalidades de ley y bajo tal gravedad, prometió cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le impone a su leal saber y entender. El posesionado presentó los siguientes documentos: C. C. Nº 161211 expedida en Bogotá; libreta de servicio militar Nº 161387 del D. M. Nº 7 de Ibagué. No se le exigen más documentos por encontrarse afiliado a la Caja de Previsión Social Municipal. Se adhieren y se anulan estampillas de timbre nacional, por valor de ochenta y tres pesos ($ 83.00), así: $ 80.00 correspondientes al 4% sobre su sueldo mensual de $ 2.000.00: $ 2.00 por sanidad, $ 1.00 por paz y salvo y una estampilla pro-Desarrollo del Tolima, por el valor de $ 2.00. Para constancia, se firma la presente diligencia, por todos los que en ella intervinieron, después de leída y aprobada. El Alcalde, (Fdo.) ilegible. El posesionado, (Fdo.) ilegible. El Secretario, (Fdo.) ilegible. Hay sellos. Es fiel copia tomada de su original respectivo. Guamo, septiembre 12 de 1977".

"... (Fdo.), J. Fernando Arciniegas M.".

"... Secretario ...".

(Fol. 157).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO casa la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE ROBO

La Corte reitera que la circunstancia agravante del robo con armas, puede cometerse en poblado o despoblado, porque la inclusión de la "o" en el texto del numeral 1º del artículo 404 del Código Penal anterior, es conjunción disyuntiva que denota alternativa o diferencia

---

DELITO DE ROBO

Circunstancia de agravación contenida en el número 4º del artículo 404 del anterior Código Penal. La violencia como medio de comisión de este ilícito puede ser antecedente, concurrente o subsiguiente al aprovechamiento. El empleo de armas, el amordazamiento, la utilización de ataduras, implican por sí violencia, y de tal naturaleza, que no sólo satisface la que es propia del delito tipo (artículo 402 del Código Penal), sino que estructura la específica del tipo agravado (artículo 404 del Código Penal)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 3 (27 de enero de 1981).

Bogotá, D. E., enero 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Leonardo de Jesús Rojas Páez, Pablo Botero Velásquez, Luis Armando Rincón Pimiento, Nicéforo Hastamorir Vele y Francisco Luis Ortiz Peña, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, por medio de la cual, al revisar, por consulta, la dictada por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de esta ciudad el día dieciocho de agosto de mil novecientos setenta y nueve, la confirmó pero con modificaciones en cuanto a las penas que le fueron impuestas por el juzgado en razón de los delitos de robo agravado (artículo 404, ordinales 1º y 4º), por el que fueron condenados todos ellos, y hurto en su modalidad de uso, por el que, además, fue sentenciado Francisco Luis Ortiz Peña. La pena impuesta a este último, que había sido de setenta y seis meses de presidio la disminuyó el Tribunal a sesenta y siete, y, en cambio, elevó la de los demás procesados, que había sido de cincuenta y dos meses de presidio, a cincuenta y cinco meses.

El recurso fue admitido por auto de seis de marzo de mil novecientos ochenta (folio 2 del cuaderno de la Corte) y fue sustentado por el apoderado común de todos ellos en demanda que se declaró ajustada a las prescripciones legales (folio 18 ibídem).

Hechos y actuación procesal

La relación de los hechos se toma del concepto del Procurador Delegado en lo Penal, quien, a su vez, los presenta como lo ha hecho el Tribunal y los comparte la demanda:

"El 20 de mayo de 1978 antes de las siete de la mañana los sujetos Francisco Luis Ortiz Peña, Leonardo de Jesús Rojas Páez, Pablo Botero Velásquez, Luis Armando Rincón Pimiento y Nicéforo Hastamorir Vela llegaron en una camioneta a la casa-tienda de la señora María Cecilia Barrantes de León, ubicada en la zona urbana del Municipio de Guasca (Cundinamar-

ca). Con el pretexto de que eran empleados de la Empresa de Energía Eléctrica y que iban a revisar la instalación, lograron el acceso al interior; con armas de fuego intimidaron a la dueña de casa y a su hija Luz Isabel León, las amordazaron y amarraron, procediendo a llevarse mercancías, licores, $ 3.000.00, el cabezote de una máquina de coser y el revólver del esposo de la primera. Luego de la intrusión huyeron, pero más adelante la policía logró su aprehensión. Los objetos sustraídos y recuperados fueron avaluados en $ 32.000.00".

"Es útil complementar la anterior reseña, como lo hace correctamente el censor, con el siguiente aparte: 'La camioneta del Instituto Nacional de Salud le había sido asignada a Francisco Luis Ortiz Peña para que la manejara en calidad de chofer en diligencias propias de dicho Instituto y esta persona la utilizó sin consentimiento de sus superiores, no con el propósito de apropiársela sino de usarla indebidamente para el transporte de sus compañeros de causa al Municipio de Guasca'" (folios 21 y 22 del cuaderno de la Corte).

La investigación fue iniciada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, con base en las diligencias adelantadas por la Alcaldía de Guasca y funcionarios de Policía Judicial y en razón de haberse estimado en un comienzo que se trataba también del delito de asociación para delinquir (folio 37). La instrucción la llevó adelante el Juzgado Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá por comisión de la Brigada y de la Seccional de Instrucción Criminal (folios 37 a 39) y, al calificarse la situación y advertirse que no se trataba de delitos adscritos al conocimiento de la jurisdicción penal militar, se remitió el proceso a los jueces ordinarios, quienes se hicieron cargo de él hasta su culminación (folios 340 a 342).

Cerrada la investigación, se llamó a responder en juicio a todos los procesados por el delito de robo agravado (artículo 404, ordinales 1º y 4º) y a Francisco Luis Ortiz Peña además por el delito de peculado, en concurso con aquél (folios 386 a 406).

Esta decisión fue apelada, y el Tribunal al confirmarla, la modificó únicamente en cuanto el segundo delito atribuido a Francisco Luis Ortiz Peña, el cual consideró como un hurto por uso y no como un peculado (folios 439 a 453).

Rituada la etapa de la causa se profirió la sentencia condenatoria que, consultada, fue confirmada por el Tribunal con las modificaciones ya anotadas, mediante la sentencia que fue objeto del recurso de casación que ahora se resuelve.

La demanda

Dos cargos formula a la sentencia el recurrente, todos ellos al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo primero, por violación directa de la ley en razón de indebida aplicación de las normas que se tuvieron en cuenta para condenar a los procesados, desestimando las que debieron haber sido aplicadas.

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 404, ordinales 1º y 4º del Código Penal, en lugar del artículo 402 del mismo estatuto.

Lo enuncia así: "Existió la aplicación indebida del artículo 404, numerales 1º y 4º, por cuanto esta norma no ha debido aplicarse a la conducta de todos los procesados y en cambio sí hubo exclusión evidente de una norma aplicable al caso pertinente cual es el artículo 402 del Código Punitivo que trata del robo simple. En efecto, el juez de segunda instancia condenó por robo agravado debiendo haber dictado el fallo condenatorio para todos los procesados por robo simple. Se estructuró, pues, para el caso, una falsa adecuación típica de la conducta de todos los enjuiciados".

Para fundamentar la censura, afirma que el tipo penal que contempla el artículo 404 del Código Penal no es autónomo sino subordinado del que se describe en el artículo 402, de donde, para su procedencia, debe acreditarse que se dieron los elementos que estructuran el delito de robo simple, entre ellos la violencia como medio del apoderamiento.

A este respecto anota: "Tenemos entonces obviamente que la sustracción de cosas dentro de las modalidades del artículo 404 *sin previa violencia*, no es suficiente para agravar el delito de robo por manera que si se amordaza y amarra a las personas sin previa violencia el reato es de robo simple y no agravado. Por tanto el tipo contenido en el artículo 404 es subsidiario o accesorio, pues él depende del tipo especial, el artículo 402. El primer artículo es subordinado o complementado y señala circunstancias o aspectos que cualifican la conducta; por esta razón no podría aplicarse en forma independiente el artículo 404 en relación con el 402, porque la vida jurídica del robo agravado depende del tipo es-

pecial del robo simple "apoya sus opiniones en el salvamento de voto que, sobre ese punto, presentara en el año de 1969 el doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez como Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte y en la sentencia de 14 de septiembre de 1976, que se profirió siguiendo los argumentos que se habían expuesto en ese salvamento de voto.

Refiriéndose en concreto a la indebida aplicación de los ordinales 1º y 4º del citado artículo 404, expresa la demanda:

Ordinal 1º. El tipo penal que encierra el ordinal 1º del artículo 404 es cerrado "en despoblado y con armas", no abierto, esto es, "en despoblado o con armas". El demandante se basa, para hacer esta aseveración, en los antecedentes del Código Penal vigente (Ley 95 de 1936) y en el espíritu y sentido de la norma, a la vez que apela, para sostener su tesis, al principio de favorabilidad que debe privar cuando se está en presencia de dos interpretaciones parificables.

Así desenvuelve la argumentación central de su planteamiento:

"Y eso resulta lógico, ya que un sano criterio de hermenéutica jurídica nos determina que la sola utilización de armas no agrava el delito de robo, pues si así fuere casi todos los robos resultarían agravados, evento que sería aberrante. Debemos entender que la intención del legislador fue hacer más punible el hecho cuando el robo se cometiere en despoblado y con armas, es decir, en un lugar poco habitado y mediante la utilización de armas. El espíritu y sentido de este numeral no podría ser otro que hacer más gravosa la pena cuando se comete el robo en estas concretas circunstancias, máxime si se tiene en cuenta que la utilización de armas constituye violencia, elemento fundamental en el delito de robo simple".

"Insisto en que al numeral 1º del artículo 404 del Código Punitivo no se le debe interpretar exegéticamente, toda vez que consultando los antecedentes de la Ley 95 de 1936 (Código Penal Vigente) he encontrado que en el proyecto original del Código Penal, firmado con puño y letra de los comisionados aparece el artículo 424, que hoy corresponde al artículo 404 del Código Penal en vigencia, utilizando el texto siguiente: 1º) Cuando se cometiere en despoblado y con armas (folio 00465 de la Ley 95 de 1936 y sus antecedentes) y en la exposición de motivos y en los debates sobre esta norma no se advierte la modificación. Todo parece indicar que el yerro se produjo en el montaje tipográfico del mencionado proyecto".

Como los hechos se sucedieron en la zona urbana del Municipio de Guasca, aunque del contexto de la demanda se desprende que acepta que se procedió con empleo de armas, el recurrente rechaza la aplicación de este agravante por no haberse presentado la simultaneidad de circunstancias que, a su juicio, la integran.

Ordinal 4º. También este dispositivo penal encierra un tipo "cerrado" que se refiere a dos hipótesis de agravación que son el "maniatar" o el "amordazar" al sujeto pasivo, siempre que, como consecuencia de cualquiera de esos medios, se produzca en éste la imposibilidad de obrar. Esto se deduce de la forma como fue adoptado el texto por los comisionados que redactaron el Código y de la manera como apareció inserto en el "Diario Oficial" número 23316 de 24 de octubre de 1936, en el cual se hizo la publicación de la Ley 95 de 1936 sobre Código Penal. En la redacción que tiene el ordinal 4º en estos documentos se emplea, a continuación de las expresiones "maniatarlas" o "amordazarlas" (a las personas), el gerundio "poniéndolas" en imposibilidad de obrar, en lugar de la locución subjetiva "o las ponga" en imposibilidad de obrar que aparece en el "Diario Oficial" número 23320 de 29 de octubre de 1936, en el que se publicó el Decreto 2300 de ese año, por el cual se adoptó el texto que se conoce del Código Penal. Esta nueva forma de redacción ha dado base para hablar de una hipótesis más de agravación en el mencionado ordinal 4º del artículo 404, convirtiéndose, así, de "cerrado" en "abierto" el tipo penal, contradiciendo la historia y el espíritu de la norma.

Concluye la censura manifestando que, por cuanto la imposibilidad de obrar debe ser consecuencia del amordazamiento o de la acción de maniatar a la víctima, y esa relación causal no se acreditó, ni el Tribunal hizo alusión a ella, la conducta de los procesados no puede ubicarse dentro del citado ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal y, por tanto, al haberse procedido así, se aplicó indebidamente esa norma en lugar del artículo 402 que era el indicado y, por ello, se violó directamente la ley sustancial.

Los apartes fundamentales de su argumentación en relación con este punto son los siguientes:

"Hasta el presente se ha creído que se dan (tres) hipótesis en el numeral 4º del artículo 404: "maniatarlas", "amordazarlas", o poner-

las en imposibilidad de "obrar"; pero si consultamos las actas de la Comisión Redactora y los Diarios Oficiales números 23316 y 23320 de 1936, tenemos que sólo hay dos hipótesis contempladas en tal numeral "maniatarlas" "amordazarlas" y que como consecuencia de estas hipótesis se dé la imposibilidad de obrar o actuar, es decir, la imposibilidad de obrar ha de ser consecuencia del amordazamiento o maniatamiento; esta imposibilidad de obrar debe ser absoluta porque sino todo robo sería agravado".

"Por tanto, para el caso que nos ocupa se tiene que el juez colegiado de segunda instancia (Tribunal) *no probó y aun más ni siquiera se refirió* a la consecuencia que debía conllevar el amordazamiento y el maniatamiento: la *imposibilidad de obrar*; luego no se dio la correcta adecuación típica y por esta razón se aplicó indebidamente el numeral 4º del artículo 404 del estatuto represivo (subrayas fuera de texto).

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 397 del Código Penal, en lugar del artículo 412, inciso segundo del mismo estatuto que era el indicado.

Lo formula únicamente respecto del procesado Francisco Luis Ortiz Peña y en relación con el delito de hurto de uso por el cual fue también condenado.

Lo fudamenta de la siguiente manera:

"El procesado utilizó la camioneta del Instituto Nacional de Salud que tenía a título no traslaticio de dominio en forma indebida porque no medió permiso de sus superiores para usarla fuera de las horas de trabajo. El delito de hurto de uso requiere entre otros elementos de la sustracción de una cosa mueble con el fin momentáneo de hurtarlo y aparece claramente en el proceso que Ortiz Peña no tenía la intención de hurtar la camioneta, sólo su conducta se dirigía a usar temporalmente el vehículo, conducta que encaja perfectamente en el inciso 2º del artículo 412, norma que se refiere al abuso de confianza. En este orden de ideas la sentencia condenatoria por el delito conexo debe haberse dictado por uso indebido con perjuicio de tercero y nunca por hurto de uso. En consecuencia, el aumento de pena correspondía a tres meses de prisión y no a doce meses de prisión, tal como lo hizo el Tribunal Superior de Bogotá. Se aplicó el artículo 397 cuando ha de haberse aplicado el inciso 2º del artículo 412 del Código Penal".

El recurrente concluye solicitando la casación parcial de la sentencia, con el fin de que, respecto de todos los procesados, se sustituya el fallo acusado para condenarlos no por robo agravado, *sino* por robo simple; y a Francisco Luis Ortiz Peña, además, por abuso de confianza en su modalidad de uso indebido, en lugar de hurto por dos en su contra.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, por estimar que no prospera ninguno de los cargos formulados.

Responde la primera censura recordando que la controversia jurisprudencial acerca de la aplicación del artículo 404 del Código Penal y que ha dado base a encontradas interpretaciones, una de las cuales sirve de apoyo a la alegación del recurrente, ha estado siempre referida a aquellas circunstancias de agravación que, en sí mismas no implican violencia real, como el actuar en despoblado, o el proceder mediante escalamiento o con el empleo de llave falsa, pero no respecto de las que evidencian una manifestación de fuerza, como la utilización de armas, o el uso de mordazas o ataduras.

Agrega que el recurrente, al exigir que, además de haber sido amarradas y amordazadas las víctimas, se debió haber acreditado una violencia previa para que pudiera predicarse la perpetración de un robo agravado al tenor del artículo 404, ordinal 4º, está olvidando que "ambas acepciones gramaticales traducen específicos actos de violencia material, pues mientras la primera implica impedir que una persona hable por fuerza de la mordaza, la segunda significa atar las manos inhibiendo su accionar".

En cuanto a la causal de agravación del ordinal primero del artículo 404, manifiesta que su enunciación es disyuntiva de tipo alternativo y no copulativa, de donde cada miembro de la oración vinculado por la conjunción *o*, puede darse independientemente del otro.

Aludiendo al caso que se analiza, exprosa que "la prueba es completa sobre la violencia ejercitada contra las personas mediante el empleo de armas, lo mismo que respecto de su maniatamiento y amordazamiento".

La desestimación del cargo segundo la fundamenta el Procurador en la consideración de que el pedimento del impugnante implica una modificación en el *nomen juris* o calificación genérica de la infracción, lo cual se traduce en la aseveración de que se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica

del delito, lo cual genera una nulidad que debió haber sido alegada con base en la causal cuarta de casación, no en la primera, pues, además de prosperar ésta, habría que dictar el fallo correspondiente, lo que implicaría proferir una sentencia desprovista de consonancia con el cargo formulado en el auto de proceder.

Consideraciones de la Corte

No sería del caso entrar a dilucidar la tesis de carácter general que el recurrente plantea en cuanto a la naturaleza del tipo penal que contiene el artículo 404, pues las circunstancias de agravación que se tuvieron en cuenta al hacer la adecuación típica de la conducta de los procesados, en orden a determinar su penalidad, entrañan por sí mismas, como lo analiza el Procurador, violencia efectiva y ésta, como medio de comisión del delito de robo, puede anteceder al apoderamiento o concurrir con él, y aún ser subsiguiente, en aquellos casos en que expresamente lo prevé la ley (inciso 2º del artículo 402, Ley 21 de 1975, artículo 8º). Lo importante es que ella esté vinculada con el apoderamiento mediante una relación de causalidad tanto de naturaleza subjetiva, como objetiva. Esto es, que haya sido empleada con el fin de apoderarse de la cosa y que efectivamente haya facilitado el apoderamiento de la misma o determinado su entrega.

Medios tan calificados para impedir la resistencia de la víctima o para neutralizarla si ya se presentó, como el empleo de armas, el amordazamiento, la utilización de ataduras, implican por sí violencia, y de tal naturaleza, que a la vez que satisface los requerimientos de la que es propia del tipo básico de robo, estructura la específica del tipo agravado.

La respuesta a la censura se orientará, por tanto, a establecer si las críticas que el impugnante hace respecto de los ordinales 1º y 4º en concreto, están o no llamadas a prosperar.

En relación con el ordinal 1º, aunque es cierto, como lo estudia el recurrente, que los comisionados que redactaron el proyecto de Código concibieron y aprobaron la circunstancia de agravación sobre los dos supuestos concurrentes de la naturaleza del lugar y el empleo de las armas (Acta Nº 198, correspondiente a la sesión del día 13 de junio de 1935), no lo es menos que en las dos publicaciones oficiales que se hizo del texto del nuevo Código Penal ("Diario Oficial", números 23316 y 23320 de 24 y 29 de octubre de 1936), esta agravante aparece redactada en forma copulativa, no disyuntiva.

La Corte, en reciente providencia, relativa a un caso similar, analizó pormenorizadamente el interesante punto. Dijo en esa ocasión:

"El Código Penal vigente fue adoptado mediante la Ley 95 de 24 de abril de 1936, que aparece publicada en el Diario Oficial número 23316 de 24 de octubre del mismo año, y allí, en su artículo 405, numeral 1º, se lee: 'Si se cometiere en despoblado o con armas'. Más tarde se emitió el Decreto 2300 de 14 de septiembre de 1936, 'por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal' y se reproduce la Ley 95 con la variante, en relación con el tema que ocupa a la Sala, consistente en que el artículo 405 se convierte en el 404, pero en su numeral 1º se conserva la expresión: 'Si se cometiere en despoblado o con armas', según se ve en el Diario Oficial número 23320 correspondiente al jueves 29 de octubre de 1936.

"Así quedaron las cosas y de allí en adelante, en todas las ediciones oficiales y particulares del Código Penal aparece la 'o', cuya existencia pretende negar el censor. De acuerdo con lo dicho y comprobado en el párrafo que antecede resulta imposible tratar de poner frente a frente un acta de la Comisión con el texto escrito de la ley. Aquello de un posible error de 'montaje tipográfico' no pasa de ser fruto de la imaginación del censor que no tiene demostración alguna.

"En consecuencia, la agravante del robo con armas puede ocurrir en poblado o en despoblado, porque las dos posibilidades surgen del texto del numeral 1º del artículo 404 por la inclusión de la 'o' que constituye, como bien lo dice el Ministerio Público, conjunción disyuntiva que denota alternativa o diferencia" (sentencia de 20 de noviembre de 1980).

En cuanto al ordinal 4º del artículo 404, el recurrente admite, pues así se desprende del contexto de su demanda, que los procesados amarraron y maniataron a la dueña de casa y a su pequeña hija, sólo que echa de menos la prueba que acredite la relación causal entre el empleo de esos medios y la imposibilidad para obrar en que, a consecuencia de ellos, hubieren quedado las víctimas. Así lo enfatiza en su demanda, cuando dice: "para el caso que nos ocupa se tiene que el juez colegiado (Tribunal) no probó y aun más ni siquiera se refirió a la consecuencia que debía conllevar el amordazamiento y el maniatamiento: la imposibilidad para obrar".

En otros términos, el censor parte de la base de que el juzgador presumió la existencia de una prueba de tal naturaleza, que sin ella, para él, no puede predicarse la procedencia de la circunstancia de agravación que se dedujo a sus patrocinados.

Está, en esta forma, desconociendo las bases probatorias que sirvieron al Tribunal para fundamentar la sentencia en este aspecto, lo cual no es permitido a quien alega, como él lo hizo, la violación directa de la ley. Sólo en el caso de que hubiese propuesto la violación indirecta de la misma, podría controvertir, con la amplitud que quisiese, los soportes probatorios del fallo, para comprobar, en ese evento, el error de hecho en que se habría incurrido al suponer la existencia de una prueba de evidente valor conclusivo en la decisión desfavorable.

Lo anotado es suficiente para desestimar el cargo por no ajustarse a la rígida técnica que regula la causal primera de casación.

Pero no está por demás recordar que la Corte, en un caso semejante, en el cual los autores de los hechos emplearon medios idóneos, aunque no fueron ni amordazas ni ataduras, para privar de todo recurso de defensa a los habitantes de la casa en donde perpetraron el robo, sostuvo que era procedente la aplicación de la circunstancia de agravación contenida en el ordinal 4º del artículo 404. Dijo la Corte en esa providencia:

"La deducción probatoria que informa la sentencia, en cuanto al robo agravado, es la de que la familia Villegas fue puesta en imposibilidad de obrar. La noticia que al respecto suministraron las personas que recibieron la directa acción de tan calificados criminales, permite esta inferencia y tolera una apreciación jurídica del hecho en la forma señalada por el Tribunal. No es dable aceptar, como lo pretende el recurrente, que toda la actividad de la familia Villegas se cumplió voluntaria o espontáneamente y que para nada influyó el comportamiento coactivo de quienes contra ella actuaron. Los autores del ilícito emplearon medios suficientes para impedirles toda reacción de defensa. El número de las personas que irrumpieron en su habitación, la fingida orden de autoridad competente (aspecto decisivo para anular protestas y excluir toda posibilidad de protección y amparo), la proximidad de otro refuerzo policivo (la radiopatrulla estaba por llegar) y el mandato de recluirse primero en un sanitario y luego en la pieza del servicio, siempre bajo la vigilancia de uno de los asaltantes, dispuesto a rigorizar su intervención y llegar a las consecuencias que fueran necesarias. Por eso Bernardo Villegas Isaza, no obstante aseverar los buenos modales de los delincuentes (y así tenía que ser para aparentar eficazmente su condición de agentes de Decypol), afirma que '*nos encerraron*', expresión que coincide con lo manifestado por su hermano Jorge. Margarita Villegas, anota que '*nos metieron al baño* diciendo que porque no dejábamos hacer nada con tanta gente que habíamos ahí. De ahí *nos sacaron* y nos *llevaron* para el otro baño, para el de la pieza del servicio'. Los miembros de esta familia coinciden en indicar que uno de los autores del ilícito, del cual suministran sus físicas características, se dedicó siempre a vigilarles, al punto que no les permitía actuar en el más mínimo sentido.

"Se trataría de una violencia tácita, que se contrapone a la efectiva, pero tiene un igual valor. La doctrina suele comprender dentro del concepto de violencia física no solamente la acción corporal que recae sobre la víctima, con absoluta prescindencia de su poder decisorio, sino también aquélla que quebranta o paraliza su voluntad (vía compulsiva)" (sentencia de 13 de abril de 1973).

En el presente caso, quienes penetraron a la habitación de la señora María Cecilia Barrantes de León, que resultaron ser los procesados, le impidieron a ella salir de su casa, la mantuvieron continuamente amenazada de muerte si delataba la presencia de éstos, a tal punto que estando presente su hija de siete años y estando durmiendo tres personas más en habitaciones cercanas, pues allí tenía también la señora el servicio de hospedaje, ni ella ni su hija alertaron a nadie, ni pidieron auxilio. A la vista de ella, entre los objetos que iban recogiendo para llevar, tomaron el revólver de su esposo con su correspondiente dotación de balas, y terminaron amarrándolas y amordazándolas a ambas (folios 1 y vuelto, 11 y vuelto, 148, 151, 208, 212, 213, 219, 220, 262, 267, 269 y 273). A esto agréguese que entre los objetos que fueron decomisados por la autoridad dentro de la camioneta en que fueron capturados ese mismo día todos los procesados, se encontraron tres revólveres, entre ellos el del esposo de la señora Barrantes, y doce cartuchos para su provisión (folios 1 y vuelto, 9 y 10).

El cargo no prospera.

Segunda censura

Tiene razón la Procuraduría cuando afirma que *este cargo debe desestimarse por no haber sido propuesto a través de la causal cuarta de*

casación que era la indicada, no solamente por la finalidad que con él persigue el censor, sino también por la consecuencia injurídica que se derivaría de llegar a prosperar.

A este propósito cabe recordar lo que dijo la Corte en sentencia de 1º de septiembre de 1977 al dilucidar un aspecto similar al tratado en este caso:

"No sobra advertir que la nulidad puede igualmente ser corolario de la violación directa de la ley sustancial. Ocurre generalmente cuando el sentenciador confunde el diagnóstico de los hechos concretamente establecidos y que el actor no discute en su autenticidad ni en su alcance probatorio, pues solamente reclama contra su impropia denominación jurídica: el caso exige la aplicación perentoria de unos muy concretos imperativos legales, y el legislador aplica otros diferentes, ajustados a un modelo penal distinto del escogido por él.

"El falso nomen juris *implica la exclusión de la norma pertinente y la aplicación indebida de la que ciertamente no conviene a los hechos delictuosos.*

"Se trata, no cabe duda, de un error de juicio del sentenciador, categorizado por ministerio de la ley como nulidad sustancial. La doctrina lo conoce como error complejo, porque el error de procedimiento ocurre en íntima vinculación con la violación directa de la ley sustancial, sin excluir la hipótesis de su 'interpretación errónea'.

"Por donde se ve que los motivos de las diferentes causales de casación son específicos de cada una de ellas, pero no privativos. Todos son compatibles con la causal cuarta, y cuando el recurrente en casación, pretende que con fundamento en ellos, el fallador dictó sentencia en juicio viciado de nulidad insubsanable, debe demostrarlo así dentro del ámbito de la causal cuarta".

Se desestima el cargo.

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE ROBO

Interpretación del inciso 2º del artículo 402 del estatuto penal anterior. Circunstancias indispensables para que un hurto inicialmente cometido se convierta en robo. El elemento violencia, a que se refiere el citado ordinal 2º del artículo 402 del Código Penal, puede referirse tanto a la ejercida sobre las cosas como a la empleada contra las personas, conforme a la orientación legislativa y la interpretación doctrinal y jurisprudencial; además para que se dé este presupuesto del robo, es absolutamente necesario que no exista solución de continuidad entre el momento de la sustracción y el empleo de las violencias o de las amenazas que, de otra parte, deben tener el fin inequívoco de asegurar el producto de la sustracción o la impunidad de los delincuentes

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 25984.

Aprobado: Acta número 05.

Bogotá, D. E., enero 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia del 3 de diciembre de 1979 confirmó, en todas sus partes, la proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad el 21 de septiembre de ese año, por medio de la cual condenó a Carlos Eduardo Rengifo Rodas a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión como autor responsable de la comisión del delito de robo que le fue imputado en el auto de proceder, y las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual e, *in genere*, al pago de los perjuicios ocasionados con el delito.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el procesado, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su apoderado presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales, más tarde plenamente demostrados en el proceso, fueron precisados en la denuncia presentada por la señora Lucy Negret de Tenorio, que en autos se concretan en los siguientes términos:

"... La denunciante-ofendida Lucy Negret de Tenorio, indica en su exposición al folio 1, que el día 4 de octubre de 1978, cuando después de las seis de la tarde, había dejado su automóvil parqueado frente a la casa, observó al salir de ella que ya el carro no se encontraba allí y como salió a conversar con sus vecinos acerca del asunto, se presentó un señor que conducía un carro amarillo, quien dijo ser agente del F-2, pues ella le pidió que se identificara y así lo hizo, manifestó que era de apellido Tamayo y fue así como decidieron llamar al teléfono 04, con el fin de dar aviso al Comando ...".

"... Continúa diciendo la denunciante que transcurridos diez minutos arribó a su casa una radiopatrulla y se dirigieron al sitio donde estaba el carro que fue indicado por el agente Tamayo. Mientras los agentes custodiaban la casa, los sindicados trataron de abrir la puerta y fueron capturados e identificados como Gustavo Hernández Vargas, Sabulón Cárdenas Cuéllar, Carlos Rengifo Rodas o Carlos Eduardo Rengifo Rodas y Hernán de Jesús Morales. Al observar el carro pudo verse claramente que los sujetos se

encontraban ya desvalijándolo y que le habían quitado los bocels, los cuales fueron decomisados en 52 fracciones; las copas, un stop, una bujía, una plumilla, un platino, un emblema, un forro de cojín para carro, todos estos elementos que hacen parte del todo que constituye el automóvil de propiedad de la señora Lucy Negret de Tenorio, cuya identificación referente al número de motor y número de serie original se encuentran fotocopiadas al folio 12 del cuaderno original ...".

(folio 180, cuaderno principal).

II. La sentencia del Tribunal ha sido impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual se hace el siguiente cargo:

"... Para que exista la fuerza constitutiva del robo es indispensable que se afecte la integridad de la cosa en sí o la que le sirve de soporte o custodia. La integridad se afecta, pues, cuando se altera la estructura de la cosa o cualquiera de los elementos de que se compone. Esa alteración no sólo consiste en hacerle perder su aspecto a su contenido normal sino también reducirla, doblarla o quebrarla, operaciones destinadas a facilitar su transporte encubierto o a convertirla fácilmente en otra ...".

"... La fuerza aplicada a las cosas ha de ser anormal, por ejemplo producirles fracturas, como lo observa Luis Eduardo Mesa Velásquez en el siguiente párrafo: 'Si la fuerza en la cosa se ejerce en una forma normal, con los sistemas ordinarios y adecuados para la remoción o trasladación del objeto, en forma semejante a como procedería el mismo propietario, el título del hecho es hurto y no robo'. Y cuando ilustra el concepto con estos ejemplos de hurtos: el arrancamiento de frutos, el corte de árboles, de caña de azúcar, de trigo, la separación de las tapas metálicas de las ruedas de un automóvil, utilizando palancas; la desunión de los alambres conductores de la corriente de un radio. 'La fuerza así ejercida no puede identificarse con la violencia propia del robo, que es destructiva e irregular, dañina y alterante de las cosas que rodean el bien robado' *(Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad)*, Bogotá Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1972, páginas 157, 158) ...".

"... La forma como fue desplazado el vehículo en el caso presente fue muy distinta de los trastornos o modificaciones específicas del robo. El vehículo no fue violentado y así lo acredita su dueña doña Lucy Negret de Tenorio ...".

(Folio 13, cuaderno de la Corte).

"... Quedaría el empleo de la fuerza subsiguiente a la sustracción, a que se refiere el inciso 2º del artículo 402 del Código Penal, así: 'La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad' ...".

"... No basta que se descubran señales de fuerza en la cosa sustraída inmediatamente después de esta operación. Es necesario que el agente, conjuntamente con esa actividad, se proponga cualquiera de dos fines:

"a) Asegurar el producto del robo, en este caso el vehículo mismo;

"b) Obtener su impunidad ...".

"... Asegurar la cosa robada es ponerla en lugar seguro para que no sea descubierta o para dificultar encontrarla. No aparece que este fin haya sido el perseguido por los infractores. De ninguna prueba se deriva una noción semejante ...".

"... 'Obtener su impunidad', es expresión equívoca de la ley, pues el adjetivo *su*, que en buen régimen castellano es apócope de *suyo, suya; suyos, suyas*, refiriéndose siempre a personas, en el texto no tiene esta aplicación y parece referirse más bien a las violencias, o a las amenazas, o a la sustracción de la cosa. No hay sujeto, como sí lo hay en el inciso 1º, que habla de 'el que'. La oración hubiera quedado correcta reemplazando la frase 'u obtener su impunidad', por 'u obtener *la* impunidad', y mejor, 'u obtener la impunidad del infractor' ...".

"... Así entendida la expresión, es forzoso indagar si efectivamente los procesados se propusieron este segundo objetivo. Pero el enjuiciamiento no contiene ninguna apreciación concreta, sino una mención simultánea de las dos finalidades, como si la conjunción disyuntiva 'u', que reemplaza la 'o' para eludir la fealdad cacofónica, no significara una contraposición de situaciones. Vertientes sicológicas, que se incrustan en el ámbito de la culpabilidad y cuya identificación es imprescindible si se quieren evadir los riesgos de la responsabilidad objetiva, en desmedro de la norma que traza la línea divisoria entre esas dos orientaciones, una de las cuales excluye a la otra ...".

"... No es lo mismo romper los objetos sustraídos, o hacerles cambiar su apariencia me-

diante cercenamientos o mutilaciones, con el fin de ponerlos a buen recaudo, que ejecutar esos trabajos buscando rehuir la persecución de las autoridades. La primera de esas dos actividades se dirige a la guarda de lo sustraído, a la materialidad del hecho punible. La segunda procura la impunidad del agente, el no ser aprehendido ni investigado, y puede lograrse aunque el producto del delito sea descubierto y reintegrado a sus dueños ...".

"... La confusión de las dos modalidades de la culpabilidad podría originar la nulidad por mala formulación de los cargos en el auto de proceder, declarable de oficio, como lo ha admitido la Corte, en desarrollo de una de las previsiones del artículo 26 de la Constitución ...".

(Folios 15 a 16 ídem).

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por su parte, se ha opuesto a las pretensiones del recurrente, apoyado en las siguientes consideraciones:

"... El recurrente con juiciosos argumentos ha pretendido demostrar, en síntesis, que la conducta del procesado Carlos Eduardo Rengifo Rodas se adecua a las prescripciones penales contenidas en el artículo 397 del Código Penal, es decir, al delito de hurto, y no al de robo, previsto en el inciso 2º del artículo 402 de la misma obra con base en el cual se le juzgó y condenó ...".

"... ... ...".

"... En los fundamentos jurídicos tanto del auto de proceder como de la sentencia se hizo referencia especial a este inciso, teniendo en cuenta que el vehículo objeto material del ilícito una vez recuperado no presentaba huellas de violencia en sus medios de seguridad, chapas, puertas, ventanillas, vidrios, etc., pero sí, que otros elementos le habían sido arrancados o desprendidos, tales como los boceles de la parte superior, los forros de los cojines y el emblema, según se hizo constar en el informe de la policía y en posterior inspección judicial (folio 285) ...".

"... ... ...".

"... En concepto de este Despacho, si bien la violencia o la fuerza que se demostró se ejerció sobre el automotor no afectó sus partes esenciales, de tal manera que sufriera una transformación de importancia, sí se evidencia con claridad que era el comienzo de la separación de las partes, como es frecuente en esta clase de delitos sobre vehículos, con lo cual se logra no solamente su fácil aprovechamiento, sino que también se asegura el producto de la sustracción y se obtiene la impunidad, porque una vez descompuesto o desensamblado, su ocultamiento no es difícil, asegurándose en esta forma el producto, y se impide su identificación, obteniéndose la impunidad ...".

"... Debe destacarse la significación jurídica que entraña el hecho de que en forma inmediata a la sustracción se procediera a separar las piezas del vehículo, hecho que por la inusitada rapidez con que se produjo demuestra que no eran otros los propósitos de los agentes que los señalados en la norma y no como actos del aprovechamiento para el cual no se requiere esa acción tan inmediata ...".

"... Cuando la fuerza es subsiguiente a la sustracción casi sin solución de continuidad no deja duda de que se da la hipótesis prevista en el inciso 2º del artículo 402 del Código Penal...".

"... Debe tenerse en cuenta además que como, cuando la violencia a las personas no se traduce ni en muerte ni en lesiones de consideración sino en pequeñas afecciones como arañazos o escoriaciones, pero suficientes para tipificar el robo, en la misma forma la fuerza ejercida sobre las cosas aun cuando no haya logrado su destrucción o su deformación total, configuran el delito de robo ...".

"... Así vistos los hechos como seguramente los observaron los juzgadores en las instancias, no se vislumbra el error en la calificación que pregona el recurrente, por el contrario, resulta precisa, exacta, la adecuación a la norma típica que se aplicó ...".

Considerandos

1. El recurrente formula el cargo de nulidad, por errada calificación jurídica de los hechos en el auto de proceder, fundado en dos presupuestos fundamentales, referente el primero a la ausencia de la prueba de la violencia ejercida sobre el vehículo sustraído, pues que para que aquélla exista debe afectar la integridad del objeto, lo que no aparece demostrado en el proceso; y el segundo consistente en que, aún supuesta la violencia, no se indicó en el llamamiento a juicio si el propósito buscado con ella por los procesados era el de asegurar el producto del delito o el de obtener la impunidad de los actores, expresiones de contenido diferente, que se confunden en el auto de proceder y que, así planteada la acusación, "podría originar la nulidad por mala formulación de los cargos".

En suma, el recurrente considera que no existiendo violencia y que, aún supuesta ésta, los procesados no pretendieron asegurar el producto del delito ni obtener su propia impunidad, los hechos han debido ser correctamente calificados como constitutivos del delito de hurto y no, como se hizo equivocadamente, del de robo descrito en el inciso 2º del artículo 402 del Código Penal.

2. La Sala encuentra que la denominación jurídica del delito debe hacerse con fundamento en las siguientes pruebas de cargo llevadas al expediente, reiteradamente citadas en los autos, a saber:

a) Declaración de la señora Lucy Negret de Tenorio, propietaria del vehículo:

"... sucedió que al salir de mi casa me sorprendí, pues ya el carro no estaba, aunque pocos minutos antes había salido mi hijo de nombre Diego José Tenorio Negret, lo había visto ahí, mas como señalé pocos minutos pasaron y cuando yo salí, el carro ya no estaba, así que le pregunté al vigilante, luego le dije a mis vecinos, estando charlando con los vecinos, apareció un señor que conducía un carro amarillo, quien dijo saber dónde estaba el carro porque al pasar por la esquina de la casa vio que sacaban el carro en reversa con las luces apagadas y que casi lo atropellan, presumió que el carro era robado, era por lo que los siguió hasta la calle 37A, en donde metieron (el) carro en un garaje, el sitio donde lo metieron es calle 37A entre Avenidas 5ª y 6ª, yo le pedí que se identificara, él me dijo que era un agente del F-2, de apellido Tamayo, lo digo porque él mostró la identificación, entonces llamamos por teléfono al 04, y se les dio aviso de lo que sucedía, pidiendo una radiopatrulla, la que llegó a los diez minutos, entonces fuimos con el agente Tamayo, al sitio donde estaba el carro, yo le dije el número de placa, así que ya en el lugar Tamayo lo identificó, entonces él junto con el otro agente se quedaron vigilando la casa y llamaron a un Teniente de la Policía, mientras los agentes custodiaban la casa, salió un tipo, al cual los agentes lo detuvieron, abrieron la puerta del garaje, fue en ese momento que identifiqué mi carro, así que al momento llegó el carro de la policía con el Teniente Castillo, al abrir la puerta los sujetos que se llevaron mi carro fueron a salir, fue en ese momento en que se les capturó, conduciéndoseles a las dependencias del F-2 ...".

(Folio 2 a 2 vuelto);

"... ... ...".

"... *Preguntada*. ¿Sírvase manifestar usted si luego de que le fue entregado el vehículo a usted, las puertas o vidrios laterales o chapas de las mismas puertas sufrieron algún acto de violencia y en caso positivo, cuál? *Contestó*. Ni las puertas ni los vidrios tenían señales de haber sido forzados o violentados ...".

(Folio 113 vuelto);

b) Informe rendido por el Sargento Francisco J. Castillo, Jefe de Policía Judicial, según el cual:

"... llegamos a la calle 37 A Norte, y en el número 5-14 se observó en esa residencia una puerta-garaje y las luces estaban encendidas y al observar al interior se observó que dos personas estaban desbalijando el vehículo y que posteriormente se identificaron como Gustavo Hernández Vargas y Carlos Eduardo Rengifo Rodas, después de rodear la residencia llegaron al lugar otras dos personas, quienes se aprestaban a penetrar al interior de la residencia y en el momento de abrir ellos la puerta del garaje que a la vez sirve de entrada a la residencia, tuvimos la oportunidad de penetrar a la misma y darles captura a las cuatro personas ya mencionadas, y recuperando el vehículo que momentos antes fuera robado, encontrando a los dos antes mencionados cuando estaban desvalijando el carro dentro del garaje de la residencia en mención, también se decomisó una motocicleta que se encontraba aparqueada en el antejardín de la misma y que al parecer fue la que utilizaron para jalarse el automotor, y un revólver marca Smith, lo mismo los objetos que ya habían sido arrancados del mismo ...".

(Folios 5 a 5 vuelto);

c) Declaración jurada del agente de policía Alfredo Tamayo, que tan decisiva intervención tuvo en el descubrimiento de los hechos, casi inmediatamente después de ocurrida la sustracción del vehículo, conforme al cual:

"... A los dos o tres minutos llegó la patrulla volante, manifestándole al Cabo Quiceno que yo sabía dónde estaba encaletado ese vehículo que se habían acabado de robar, fuimos con la señora ofendida, o sea la señora Lucy, hasta la residencia donde estaba el vehículo, donde se pudo observar, por medio de una ventana, en el momento que dos sujetos estaban desvalijando el vehículo, o sea el Renault ...".

(Folios 64 a 64 vuelto);

d) Diligencia de inspección judicial, con intervención del perito doctor Jaime Martínez López, en la que se dejó expresa constancia de los siguientes hechos:

"... Acto seguido procedió al reconocimiento del vehículo, de conformidad con lo solicitado por el defensor de los procesados, doctor José Adolfo Caicedo Yusti en su escrito petitorio de pruebas, y se obtuvo el siguiente resultado: como primera medida se nota la falta de bocelería en la parte superior del vehículo, la cual se nota ha sido arrancada o desprendida del carro, ya que aún existen las huellas; igualmente se nota la falta de una plumilla, concretamente la del lado izquierdo; en la parte trasera del carro ha sido arrancado el emblema que dice 'Renault', habiendo quedado solo el número '4' que completa el citado emblema. En todo esto se observa la presencia de la violencia. Noto también la ausencia de las 'copas' en las cuatro llantas del carro en referencia. También los cojines se presentan sin forros. Es todo cuanto observo en el carro que tengo de presente y repito que sí hubo violencia al quitar las piezas que del mismo hacen falta, principalmente en la bocelería y el emblema. Eso es todo ...".

(Folio 285).

De tales pruebas aparece plenamente demostrado que el vehículo de la señora de Tenorio le fue sustraído sin que, para hacerlo, los delincuentes hubiesen empleado ninguno de los medios que en el Código Penal configuran el delito de robo, hecho que, por lo demás, no se controvierte en el proceso y fue expresamente declarado en el auto de proceder, providencia en la cual la calificación de los hechos y la imputación a los procesados se hizo de conformidad con el inciso 2º del artículo 402 del Código Penal que define y sanciona como robo el delito de hurto, "cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad":

"... La acción delictiva investigada está tipificada y sancionada en el Capítulo II, Título XVI, Libro 2º del Código Penal, modificado por la Ley 21 de 1973, artículo 8º ...".

"... Se dice que se trata del delito de robo porque la violencia que éste tipifica se ejecutó inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto y de obtener su impunidad, puesto que los autores del delito una vez sustrajeron el automotor, sobre el cual no se detectaron huellas de violencia se dedicaron a desvalijarlo y con esta acción, dieron lugar al delito anteriormente mencionado ...".

(Folio 184).

3. No se discute, en suma, que *la acción desarrollada por los procesados, consistente en sustraer un vehículo, cosa mueble ajena, sin el consentimiento de la dueña, señora Negret de Tenorio, con el propósito de aprovecharse del objeto, fue una conducta cuyo desarrollo total correspondía precisa y nítidamente a la definición de hurto en el Código Penal Colombiano; luego, para afirmar que, no obstante esta calificación, el comportamiento posterior de los procesados modificó sustancialmente aquella denominación jurídica de la infracción, la pena y el fundamento de la imputación, era indispensable que en el sumario aparecieran plenamente demostradas las siguientes circunstancias que convierten en robo, el hurto inicialmente cometido:*

a) Que luego de perpetrada la sustracción, los procesados ejecutaran actos violentos o amenazantes;

b) Que los actos violentos o las amenazas hubieran ocurrido inmediatamente *después de lograda la sustracción de la cosa, y*

c) Que aquellas acciones buscaran asegurar el producto de la sustracción o la impunidad de los procesados.

La violencia a que se refiere el ordinal 2º del artículo 402 del Código Penal Colombiano puede referirse tanto a la ejercida sobre las cosas como a la empleada contra los personas, tanto porque así se desprende de la interpretación armónica de la totalidad de la disposición, conforme a la cual el robo se comete "por medio de violencias a las personas o a las cosas" (inciso 1º), aun "cuando las violencias (...) tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa" (inciso 2º), lo que significa que el legislador no estableció a este respecto diferencia alguna entre ambos incisos, cuanto porque la orientación legislativa y la interpretación doctrinal y jurisprudencial han considerado siempre como elemento del delito de robo ambas formas de violencia.

No existe entre nosotros, en consecuencia, fundamento legal atendible para circunscribir la hipótesis del inciso 2º del artículo 402 del Código Penal Colombiano, únicamente al evento de la violencia ejercida sobre las personas, como ocurre en el Código Penal Argentino (artículo 164), en el Penal Italiano (artículo 638) y en el Penal de Panamá (artículo 353), disposiciones respecto de las cuales dicen Eusebio Gómez, Giuseppe

Maggiore y Humberto Barrera Domínguez, respectivamente:

"... El hurto y el robo consisten en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena; pero, para que haya robo, el apoderamiento ha de llevarse a cabo con fuerza en las cosas, o violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad ...".

(Leyes Penales Anotadas, Tomo III, edición 1954, página 68).

"... ... ...".

"... *Hurto con violencia sobre las personas (artículo 628)* ...".

"... Este delito es un hurto con violencia sobre las personas *(vol a l'aide de violence, robbery, Raub, rapina)*. Equivale a la rapiña, y tiene dos formas, que pueden distinguirse, respectivamente, con los nombres de hurto violento propio y hurto violento impropio ...".

"... La primera consiste en apoderarse de una cosa mueble ajena, sustrayéndola a quien la retiene, mediante violencia personal o amenaza, para obtener algún provecho injusto para sí o para otros (1ª parte) ...".

"...La segunda forma consiste en emplear violencia o amenazas inmediatamente después de la sustracción, para asegurar para sí o para otros la posesión de la cosa sustraída o para conseguir la impunidad para sí mismo o para otras personas ...".

"... La diferencia entre estas dos figuras de hurto violento está en que, en la primera, la violencia precede o acompaña al apoderamiento; y en la segunda le sigue ...".

"... ... ...".

"... La acción que constituye la primera hipótesis, de hurto violento (propio), es idéntica a la del hurto (artículo 624), agregándole el elemento de 'violencia a la persona o de amenaza'. Por lo tanto, supone:

"... 1. El apoderarse de una cosa mueble ajena, sustrayéndola a quien la retiene ...".

"... ... ...".

"... 2. El uso de violencia o de amenazas a la persona. Sobre las nociones de 'violencia a la persona' y de 'amenaza', ver los artículos 610 y 612 ...".

"... Tanto la violencia como la amenaza deben ser medio y causa de la sustracción; no es preciso que sean graves. El artículo 406 del Código derogado hablaba de amenaza de 'graves daños a la persona y a sus bienes'; el 628 se refiere a toda clase de violencia (o de amenaza), con tal que sea apta para producir el efecto del despojo del sujeto pasivo ...".

"... ... ...".

"... La acción constitutiva de la segunda figura de este delito, robo impropio, supone: ...".

"... 1. Una violencia o amenaza hecha inmediatamente después de la sustracción. Si la violencia o la amenaza se hicieran antes de la sustracción, volveríamos a la primera hipótesis...".

"... El adverbio 'inmediatamente' no significa que la violencia o la amenaza tengan que ser empleadas directamente sobre la persona robada o las que hayan acudido al lugar del delito, como lo requería el Código derogado (artículo 406), sino que una u otra tienen que seguir, sin solución de continuidad, a la sustracción de la cosa ...".

"... ... ...".

"... 2. El fin de asegurar para sí o para otros la posesión de la cosa sustraída, o de conseguir la impunidad para sí mismo o para otras personas ...".

"... En esta segunda figura, a diferencia de la primera, el delito se consuma, no en el momento de apoderarse de la cosa, sino en aquel en que se realiza la violencia o amenaza ...".

"... Si faltan la violencia o la amenaza (sucesivas), se tendrá hurto consumado. Una vez verificadas la una o la otra, el robo violento queda, sin más, consumado. No tiene importancia que el agente haya o no haya conseguido la posesión ilegítima ...".

"... La pena es la misma de la primera hipótesis ...".

"... Son circunstancias agravantes: ...".

"... 1. Que la violencia o amenaza se cometan con armas (ver artículo 585), o por una persona disfrazada (artículo 339), o por varias personas reunidas ...".

"... ... ...".

"... 2. Que la violencia consista en poner a alguno en estado de incapacidad de querer o de obrar. Ese estado puede ser provocado por cualquier medio (ligaduras, amordazamiento, uso de narcóticos, etc.) ...".

(Derecho Penal, Parte Especial, volumen V, edición 1956, páginas 83 y siguientes).

"... ... ...".

"... En la legislación penal panameña se considera la violencia en las cosas como circunstancia agravante del delito de hurto, e igual criterio sigue respecto del escalamiento y del empleo de llave falsa o sustraída o de cualquier otro instrumento similar para abrir la cerradura que resguarda los bienes ...".

"... ... ...".

"... Como robo define este Código únicamente el empleo de violencias o amenazas contra las personas, así: ...".

"... Artículo 353. El que por medio de violencias o con amenaza de graves peligros inminentes para la persona o los bienes, obligue al tenedor de una cosa mueble, o a un tercero presente en el lugar del delito, a entregar dicha cosa, o a tolerar que se apodere de ella, incurrirá en la pena de dos a siete años de reclusión ...".

"... En la misma pena incurre el que, al apoderarse de una cosa mueble que pertenece a otro, o inmediatamente después de este acto, use contra la persona que es víctima, o de la que haya acudido al lugar del delito, de violencias o amenazas, con el fin de cometer el hecho, para transportar la cosa sustraída, o para procurar la impunidad a cualquiera que haya cooperado en la comisión del delito. Si la violencia tiene por objeto únicamente arrebatar la cosa a la víctima, la pena será de ocho a cuarenta meses de reclusión ...".

(Delitos contra el patrimonio económico, 1968, páginas 117 a 118).

Pacheco Osorio, por el contrario, conforme con el criterio predominante en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales, no establece entre nosotros diferencia alguna entre la violencia ejercida contra las personas y la empleada sobre las cosas, ya sean ellas anteriores o concomitantes al apoderamiento, o posteriores a la sustracción:

"... La violencia ejercida tanto a las personas como a las cosas puede ser anterior, concomitante o posterior a la sustracción, por cuanto lo que importa es que sirva de medio para realizar ésta, o se ejerza 'inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad' ...".

"... En realidad, la violencia anterior puede ser un medio eficacísimo para efectuar o facilitar el apoderamiento, aunque este resulte separado de aquella, inclusive por considerable intervalo de tiempo ...".

"... ... ...".

"... Lo más frecuente es que la violencia se utilice una vez iniciados los actos tendientes a la sustracción. Entonces es concomitante, como ocurre cuando el ladrón rompe un armario, vuela la cerradura de un cofre, daña la combinación de la caja fuerte, etc., golpea al dueño que acude en defensa de sus bienes, cuando se encuentra dentro de la casa donde se propone robar ...".

"...Con el fin de que la violencia posterior pueda ser tenida en cuenta para transmutar el hurto en robo, debe ser realizada 'inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad. Esta modalidad de la violencia —tanto la ejercida a las personas como la desatada contra las cosas— tiene una interesante repercusión en el momento consumativo del delito ...".

(Derecho Penal Especial, Tomo IV, edición 1975, páginas 101 y siguientes).

Es cierto que la modalidad de la violencia ejercida contra las personas, luego de perpetrada la sustracción, es el evento que, por razón misma de la naturaleza de los hechos, ocurre casi siempre.

Maggiore cita, a este respecto, la siguiente jurisprudencia:

"... Las amenazas o violencias empleadas por el ladrón contra el que lo sigue habiéndolo sorprendido en flagrancia —la cual permanece hasta que el reo, inmediatamente después del delito es seguido por la fuerza pública, por la víctima del robo o por otra persona—, como deben considerarse cometidas inmediatamente después de la consumación del hurto, integran todos los elementos del (delito de robo) ...".

(Obra citada, página 89, *in fine*).

Pero *en la legislación penal colombiana pueden darse casos en los cuales los delincuentes inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad, ejercen violencia contra las cosas.*

Dos ejemplos ilustran suficientemente esta hipótesis, a juicio de la Corte:

a) Si el delincuente, inmediatamente después de la sustracción y con el fin de asegurar su producto o de obtener la impunidad, destruye, rompe o fuerza obstáculos de cualquier naturaleza establecidos para proteger a las personas o a la propiedad, aunque la fractura no se ejecute en el lugar mismo del delito, y

b) Si en las mismas condiciones y con los mismos propósitos entra a un edificio, o sale de éste,

franqueando obstáculos o barreras físicas que ha salvado por medios violentos y destructivos, como cuando quien se sustrae un vehículo aparcado descuidadamente e inmediatamente después, descubierto por el propietario o por un tercero, rompe con él o de otro modo, las vallas, portezuelas o barreras del lugar donde se encontraba el automotor, buscando de tal modo, asegurarse la ilícita posesión de éste o escapar a sus perseguidores, o ambos fines simultáneamente.

Sea cual fuere el criterio que en esta materia se adopte, es innegable, sin embargo, que ninguno de los procesados en este asunto ejerció violencia contra persona alguna al momento de ser capturados, entregándose todos a la autoridad, sin oponer resistencia, esto es, sin violencias ni amenazas.

Tampoco ejercieron la violencia contra las cosas que la doctrina y la jurisprudencia han venido considerando tradicionalmente necesaria para configurar el delito de robo, que siempre se ha exigido que sea aquella anormal y extraordinaria que debe ejercerse para lograr el apoderamiento de la cosa, ya se ejerza sobre los medios que la protegen, ya sobre ella misma, ya sobre aquéllos y ésta sucesivamente.

De conformidad con las pruebas de cargo atrás transcritas, en efecto, resulta includible concluir que los procesados en este asunto no ejercieron violencia contra el vehículo para hacerse a él, ni tenían para qué ejercerla, por supuesto, luego de tenerlo escondido en el garaje donde fue más tarde descubierto.

Los actos ejecutados por los procesados al momento de ser descubiertos, consistentes en quitar la bocelería, tomar una de las plumillas del limpiaparabrisas, el emblema de la firma fabricante y las copas y en extraer los forros de los asientos, no constituyen la violencia exigida en la legislación penal colombiana para la configuración del robo del objeto y no podría afirmarse en sana lógica, de otra parte, que hubo hurto del vehículo y, también, robo de sus adornos o accesorios.

No se dan en el proceso, en consecuencia, los actos violentos o amenazantes, posteriores a la sustracción, que tipifican el delito de robo definido en el inciso 2º del artículo 402 del Código Penal.

Tampoco, para mayor abundamiento, aparece demostrado que los hechos realizados en el garaje donde fue descubierto el vehículo, hubiesen ocurrido *inmediatamente después* de lograda su sustracción.

Soler, afirma que en el hurto agravado del artículo 164 del Código Penal Argentino, la violencia posterior a la sustracción debe efectuarse "en tiempo inmediato al del apoderamiento" (obra citada, Tomo IV, páginas 270 a 271).

Manzini, igualmente, sostiene que la inmediatez se refiere a que entre el momento de la sustracción de la cosa y el de la violencia no haya solución de continuidad, es decir, que la fuerza se utilice en flagrancia o en cuasiflagrancia (Tratiato di Diritto Penale, Tomo IX, prg. 3283, páginas 379 a 389).

Antolisei, es también de la misma opinión y agrega que en este caso, a diferencia del robo ordinario, la violencia se ejerce "no para apoderarse de la cosa, sino para conservar su posesión o evitar la sanción penal por la sustracción efectuada" (Manuale, Tomo I, prg. 61, página 380).

Inmediatamente, de acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española, 18 edición, es adverbio de tiempo que significa luego, al punto, al instante *de suerte que para que se dé este presupuesto del robo es absolutamente indispensable que no exista solución de continuidad entre el momento de la sustracción y el empleo de las violencias o de las amenazas.*

De conformidad con las pruebas de cargo atrás transcritas, resulta también includible concluir que los procesados fueron capturados y el vehículo recuperado, transcurrido un lapso más o menos apreciable desde la sustracción, cumplido el desplazamiento pacífico del automotor desde el sitio donde estaba aparcado y obtenido su ocultamiento final en el garaje donde fue descubierto más tarde, lo que quiere decir que la recuperación del objeto sustraído no se produjo inmediatamente después de perpetrada la sustracción.

No se da en el proceso, finalmente, la prueba de que los actos ejecutados por los procesados sobre elementos accesorios del vehículo, tuvieran el fin específico de asegurar el producto de la sustracción o el de obtener la impunidad de los delincuentes.

Una cosa es, en efecto, buscar asegurar el producto del delito y otra, bien diferente, tratar de lograr el aprovechamiento patrimonial ilícito inicialmente pretendido.

En este aspecto la Sala comparte y hace suyas, las siguientes consideraciones del censor:

"... (la que estaban realizando los procesados al ser descubiertos) es la labor de aprovecha-

miento propio del hurto, según el artículo 397 del Código, con el aumento de pena ordenado por el artículo 7º de la Ley 21 de 1973. Cuando se plantea la exigencia del provecho se hace directa referencia a una *ganancia* que espera el infractor. Cuantas veces los cultores de la lengua, en especial los sinonimistas mencionan el concepto de provecho, o de aprovechamiento de algo o de alguien, lo hacen para significar el rendimiento que se saca o que quiere obtenerse de ese modo. Aprovecharse de una cosa, dicen March y Roque Barcia, es distinto de utilizarla. La utilidad nace del servicio que presta. El provecho, de la ganancia que produce. Lo contrario del provecho es el daño, concluye Barcia ...",

"... Los procesados, si un segundo examen de su situación jurídica configura en definitiva el delito de hurto, se estaban aprovechando de los bocetes y de las telas, y seguramente se habrían aprovechado de las piezas del vehículo. No es esta la fuerza del robo. Es el aprovechamiento del hurto. El lenguaje del hampa es bien definitorio: llama *desprosar* la acción de separar las distintas piezas de un vehículo con el fin de venderlas como repuestos ...".

Se incurrió en el auto de proceder, en consecuencia, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que ha debido calificarse de conformidad con el Capítulo I, del Título XVI del Libro 2º del Código Penal y no, como se hizo, invocando el Capítulo II de los mismos Título y Libro de esa obra.

Prospera, pues el cargo.

Por lo visto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CASA la sentencia recurrida, DECRETA la nulidad de lo actuado en el proceso, a partir del auto de proceder, inclusive y ORDENA que se reponga la actuación, previa la correcta calificación del mérito del sumario.

Notifíquese y devuélvase el expediente, poniendo a disposición del Tribunal Superior de Cali al procesado Carlos Eduardo Rengifo Rodas.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CIERRE DE LA INVESTIGACION

Cuando los coparticipes de un hecho típico están identificados, sin podérseles oír en indagatoría por imposibilidad de localización, no es procedente cerrar la investigación mientras no se cumpla con el emplazamiento previsto en el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que hacerlo sería menoscabar el debido proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 6 de 3 de febrero de 1981.

Bogotá, D. E., febrero 3 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*
Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación propuesto contra la providencia de 7 de julio de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Montería se abstuvo de iniciar sumario al doctor Francisco Baquero Grondoná, denunciado por el supuesto delito de prevaricato, cometido en ejercicio de las funciones de Juez Segundo Penal del Circuito de esa ciudad.

Hechos

Al ratificar bajo juramento los comunicados dirigidos a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, el denunciante los sintetizó así:

"... la denuncia penal que he presentado contra el doctor Francisco Baquero Grondoná ... consiste en que habiendo ordenado la ampliación de la investigación que se adelanta contra los detenidos Clovis Puche Cordero, Alvaro Din Franco y Antonio Amador Lacharmé, sindicados como presuntos autores de un delito de ganado mayor, en lugar de declarar cerrada la investigación de conformidad con el inciso 3º del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal y 476 del mismo Código, decretó una segunda ampliación para practicar nuevas pruebas, lo cual constituye un delito de prevaricato, porque el auto que decretó la segunda ampliación es no solamente violatoria de los textos procesales antes citados, sino también del artículo 26 de la Constitución, en cuanto ordena que nadie puede ser juzgado sino mediante estricto cumplimiento del debido proceso que reglamenta el Código de Procedimiento Penal. Esta actuación está atentando también contra la libertad del señor Clovis Puche porque está siendo sometido a un procedimiento reñido con las normas establecidas por el Código Procesal Penal, en cuanto a la calificación del mérito del sumario se refiere ...".

Actuación preliminar

Lo dispuso el Tribunal con el fin de precisar si procedía o no la investigación, quedando establecido en ella que, ciertamente, el juez acusado conoció del proceso referido en la denuncia; que en su trámite dictó auto de 11 de octubre de 1979, ordenando ampliar la investigación en quince días más para que, entre otras diligencias, fuese lograda la captura de los sindicados Agustín Pérez y Teófilo Arrieta, quienes debían rendir indagatoria; que el 8 de noviembre ante nueva solicitud de cierre de la investigación profirió resolución denegando el pedimento, al estimarlo improcedente por falta de información policial sobre las diligencias realizadas para hacer efectiva la captura de los señores Pérez y Arrieta, paso necesario para la declaratoria de reos ausentes.

Decisión del Tribunal

El auto inhibitorio lo fundamenta el Tribunal en que si bien el acusado erró al negar la clausura del sumario después de cumplida la primera ampliación, "no abrigó en su ánimo la intención de dilatar el curso de la investigación en detrimento de la libertad de aquéllos (los sindicados detenidos) con flagrante violación de las reglas que exige el debido proceso; por el contrario, tales decisiones se encaminaban a salvaguardiar sus intereses íntimamente ligados a los de Agustín Pérez y Teófilo Arrieta, cuya captura estaba previamente ordenada, para indagatoriarlos, y a quienes consideró pertinente emplazar con arreglo al artículo 382 del Código de Procedimiento Penal antes de calificar el mérito de las pruebas que se habían arrimado a los autos ... Si erró en sus apreciaciones, lo hizo de buena fe y tal actitud como lo ha establecido la honorable Corte, no es configurativa del delito que se le ha imputado".

El Magistrado Enrique Caraballo Mogollón, empero, salva su voto para expresar que si bien acepta la decisión tomada, no comparte las motivaciones, pues, en su opinión, "siendo el procedimiento penal de orden público y de forzoso cumplimiento y perentorio los términos en él previstos, no emplazar por el término de 10 días a los sindicados Agustín Pérez y Teófilo Arrieta, luego declararlos reos ausentes y nombrarles apoderados de oficio para garantizarles el derecho de defensa en igualdad de condiciones a las de los procesados detenidos, la calificación del mérito del sumario sería incompleta y generaría nulidad de tipo constitucional, ya que en la calificación no se les podía definir en ninguna forma la situación procesal a los prófugos, ni mediante llamamiento a juicio, sobreseimiento temporal o definitivo, porque no habían sido vinculados como partes procesales, y sujetos de la acción penal, antes de la clausura de la investigación".

Consideraciones de la Corte

En los precisos términos del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, el auto inhibitorio procede "cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse".

Ahora bien: en el caso de la denuncia en examen, las pruebas asuntas en la actuación preliminar destacan que el proceder del acusado está acorde con la más atendible exégesis procedimental. En efecto, es norma del artículo 401 del rito procesal que "la indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar, después de practicadas las diligencias a que se refiere el artículo 382, no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar su mérito". Luego, contrario sensu, *mientras no se cumpla con el emplazamiento allí dispuesto, no procede cerrar la investigación, pues hacerlo menoscabaría el debido proceso, ya que al calificar el sumario debe definirse la suerte jurídica de todos los específicamente vinculados a él, como se desprende del texto del artículo 167, sin que a ello se oponga el mandato del 482, inciso 2º, sólo aplicable cuando al enjuiciar o sobreseer definitivamente o durante la causa "hubiesen serios motivos para temer que exista otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos", situación bien diversa de aquella en que los partícipes están identificados, sin podérseles oír en indagatoria por imposibilidad de localización.*

Este fue el caso del juez denunciado.

De consiguiente, si el acusado dispuso dar cumplimiento al precepto del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a los sindicados no oídos en indagatoria y como condición indispensable para decidir sobre el cierre de investigación, su comportamiento no merece reproche, pues integró debidamente las normas pertinentes a la situación procedimental que afrontaba y decidió, con acierto, la preferencia que algunas de ellas reclamaban, para evitar nulidades o perjuicios a los demás procesados.

No se está en presencia de delito alguno.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

En qué consiste y cómo se vulnera esta garantía constitucional del procesado

ERROR EN LA TECNICA DE CASACION

Las formas propias del juicio y los grados probatorios son conceptos distintos de casación; en consecuencia, es un desacierto invocar, al amparo de la causal 4ª, faltas de juzgamiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26124.

Aprobado: Acta número 6.

Bogotá, D. E., febrero 3 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 18 de febrero de 1980, mediante la cual confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Sexto Superior de esa ciudad, el 6 de diciembre de 1979, que condenó al procesado Rigoberto Giraldo Loaiza por el delito de homicidio en la persona de Carlos Arturo Patiño Pineda a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

El Tribunal los relató de la siguiente manera:

"... Dan cuenta los autos, que el día sábado, 4 de febrero de 1978, después de terminada la jornada de trabajo en la droguería denominada 'Popular de Drogas', ubicada en la carrera 9ª número 10-88 de esta ciudad, jornada que terminó a las 8 p. m., los señores Carlos Arturo Patiño Pineda (occiso), Humberto Cruz Marín, Evelio Franco y Arbey Herrera, todos compañeros de trabajo, se dirigieron al bar 'El Dorado', ubicado a pocos metros de la droguería, en la carrera 9ª, con calle 11, sitio donde ingirieron algunas cervezas y aproximadamente a las nueve de la noche, los dos últimos contertulios, es decir, Evelio Franco y Arbey Herrera se despidieron y se alejaron del lugar. Continuaron en el establecimiento Carlos Arturo Patiño Pineda y Humberto Cruz Marín y un buen rato después, por insituación de Patiño Pineda, se dirigieron al establecimiento de cantina denominado 'Renobar', ubicado en la carrera 4ª, entre calles 14 y 15, donde continuaron bebiendo cerveza.

"En este último establecimiento, desde las seis de la tarde, había tomado posición en una de las mesas Rigoberto Giraldo Loaiza con otro individuo y se dedicaron, como los primeros, a tomar cerveza, luego se alejó el acompañante de Giraldo Loaiza; pero como éste era conocido de varias coperas del bar, en especial, de Luz Marina Palacios Vega, fue llamada a eso de las diez de la noche para que se sentara con el acusado y después de advertirle que había acabado de comer, convinieron en sentarse a la mesa con él tanto Luz Marina como Omaira Valencia Carabalí, otra empleada del establecimiento, para consumir, entre las dos, una canoa de aguardiente que les brindaba Rigoberto Giraldo Loaiza. Aproximadamente a las doce de la noche, fue solicitada otra canoa por parte de Giraldo Loaiza y al poco tiempo después se quedó dormida una de sus acompañantes, o sea, Luz Marina Palacios Vega.

"Omaira Valencia Carabalí, por su parte, quien atendía las mesas del sector donde compartían Giraldo Loaiza y Patiño Pineda y Humbreto Cruz María, continuó acompañando al acusado alternando este compromiso con la atención que debía prestar a los demás contertulios que ocupaban las mesas a ella asignadas. Mientras esto ocurría, el hoy finado Carlos Arturo Patiño Pineda solicitaba al 'diseómano' del bar que se colocara música de Olimpo Cárdenas. También, según la testigo Omaira Valencia Carabalí, se dio cuenta que intercambiaron algunas palabras Giraldo Loaiza y Patiño Pineda, toda vez que las mesas que ocupaban uno y otro estaban cerca, relación de palabras amistosas, en razón de que se brindaron aguardiente y el occiso estuvo por algunos minutos en la mesa del procesado.

"Ningún hecho de los que ocurren frecuentemente en esta clase de establecimientos y que hiciera presumir un desenlace fatal, había acontecido hasta pasadas las doce de la noche cuando la copera Omaira Valencia Carabalí advirtió que uno de sus clientes, precisamente Rigoberto Giraldo Loaiza, quien estaba en la mesa con Luz Marina Palacios Vega (dormida) y quien había compartido con ella algunos tragos, había abandonado el establecimiento sin pagar la cuenta que sumaba doscientos setenta pesos ($ 270.00), comunicándole al administrador del bar, señor Víctor Castillo tal hecho, quien le dijo que 'tranquila que él', refiriéndose al cliente que se había ido, era conocido de Luz Marina Palacios.

"Pasado algún tiempo fue despertada Luz Marina Palacios por la copera Omaira Valencia Carabalí e informada de lo que había hecho su amigo Rigoberto, mostró su extrañeza por cuanto nunca había procedido así y le hizo saber a su compañera que al otro día irían a cobrarle en la galería de Santa Elena donde tenía un expendio de papas. A los pocos minutos regresó al bar Rigoberto Giraldo Loaiza, en quien fijaron su atención coperas y administrador por haber sido la única persona que durante esa noche había dado lugar a comentarios, aunque ajenos a los comúnmente allí registrados, como discusiones acaloradas, retos injustificados, tiradas al suelo en forma violenta de vasos, copas, envases, mesas, sillas, etc., etc., y sin mediar palabra se dirigió directamente donde se hallaba Carlos Arturo Patiño Pineda en compañía de Humberto Cruz Marín (dormido), le pegó con la mano izquierda una cachetada y seguidamente disparó contra su humanidad, por tres ocasiones consecutivas, con un revólver que portaba, alejándose del lugar, a renglón seguido y abordando el taxi de servicio público conducido por el señor Maximiliano Moncada Guerrero, que ocasionalmente pasaba por el lugar, quien lo llevó hasta cerca de la galería Santa Elena, no volviéndose a tener noticias de él hasta el día 14 de noviembre de 1979, fecha previamente fijada por el señor juez del conocimiento para la celebración de la audiencia pública y a la cual concurrió nombrando en dicho acto como defensor al doctor Jesús María Cobo Arizabaleta (folios 153 y siguientes), manifestando respecto de los hechos, que esa noche, efectivamente estaba en el bar 'Renobar' tomando en las circunstancias que se han anotado y que como cargaba treinta y dos mil pesos en uno de sus bolsillos, el occiso así lo advirtió porque le miraba seguidamente y le dijo que era un salamero. Que después de eso y hacerle saber al administrador que cargaba plata y preguntarle por el finado y su compañero, éste le dijo que 'tranquilo' que él les ponía cuidado, salió del bar y se fue para el Casino Royal número 2 donde se tomó tres tragos y regresó a pagar al 'Renobar' y que en ese momento, al verlo Patiño Pineda, le dijo 'volviste marión' y como cargaba revólver y vio que se rebrujaba, cerró los ojos y disparó para luego salir a tomar un taxi (folio 153 vuelto).

"Luego de recibir dos de los tres disparos que le hiciera Rigoberto Giraldo Loaiza, uno de ellos de carácter mortal como se aprecia en el protocolo de necropsia (folio 41), Carlos Arturo Patiño Pineda salió del establecimiento gravemente herido, falleciendo a los pocos metros y donde se llevó a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver (folio 1) ...".

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 584-4 del Código de Procedimiento Penal) se proponen dos cargos contra la sentencia, así:

Cargo primero. "... Denegación del derecho de defensa del sindicado, en atención a que durante el sumario no contó con la eficaz asistencia de un profesional del Derecho, particularmente para allegar las pruebas de la manera como ocurrieron los hechos, lo cual incidió en que el jurado desconociera la justificante de la legítima defensa en que actuó Giraldo Loaiza ...".

Para rematar la tacha, anota:

"... Obsérvese que salvo la intervención en la audiencia pública, los oficiosos apoderados del recurrente Giraldo Loaiza ninguna alegación hi-

cieron ni solicitaron pruebas resultando manifiesto que la defensa del sindicado no contó con ninguna actividad de profesionales de la abogacía ...".

Cargo segundo. Violación de las formas propias del juicio "... que manda que en la parte motiva del auto de proceder se especifique el cargo por las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal que ciertamente existen y cuenten con plena prueba, exigencias que no se cumplieron en el auto de proceder proferido contra Giraldo Loaiza ...".

De aquí que precise:

"... Es cierto que en el auto de proceder se hizo la calificación genérica de homicidio en cuanto a los hechos averiguados, calificación que no ofrece objeción jurídica alguna. Pero igualmente resulta infundada, por ausencia de prueba, la especificación del cargo hecha en la parte motiva, según la cual Giraldo Loaiza cometió el hecho en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión ...".

"... Esta especificación del cargo, que trae como calificante del homicidio la circunstancia de asesinato del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, no cuenta con la plena prueba que tal especificación de los cargos requiere para que se pueda hacer en la parte motiva del auto de proceder ...".

El Ministerio Público

Solicita el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que se deseche el recurso, pues los cargos en su sentir resultan infundados.

Respecto al primero, aduce:

"... No es la situación anotada la que se observa en el proceso, por cuanto en el trámite del juicio fue debidamente asistido por un profesional del Derecho, quien formuló en el mismo acto todas las alegaciones que consideró procedentes, con base en las afirmaciones del procesado y en la misma diligencia formuló solicitudes de pruebas, que en cuanto se consideraron procedentes, fueron atendidas por el juez de la causa y respecto al sumario, no aparece tampoco la total inasistencia que alega el señor apoderado del recurrente, por cuanto el designado de oficio, presentó varias peticiones de pruebas y alegación, sin que por tanto se le pueda formular el cargo de negligencia, como resulta de la actuación procesal (folios 59, 63, 77, 73, 115), ni se ocasionen las consecuencias pretendidas ...".

Con relación al segundo, señala:

"... como se expresó, el cargo resulta sin apoyo, pues si se atiende a la norma conforme a la cual el enjuiciamiento debe contener la calificación genérica del hecho con las circunstancias conocidas que lo especifiquen (artículo 483, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal), este requisito se cumplió al concretar el juez de la causa la existencia de la agravante referida, con base en la forma como se cumplieron los hechos, y dada la sorpresa y dificultad para reaccionar por parte del occiso, quien se hallaba desarmado, sin que por este aspecto existiera duda ni ambigüedad alguna, referente a la precisión de la acusación ...".

Se considera

Los dos cargos que propone el demandante por la vía de la causal cuarta de casación (artículo 580 4 del Código de Procedimiento Penal), hacen referencia a la nulidad constitucional consistente en la inobservancia de las formas propias del juicio. el primero, en la modalidad de violación del derecho de defensa; y, el segundo, por quebrantamiento de la estructura fundamental del proceso.

1. *El derecho de defensa.*

La Corte siempre ha considerado que es en la etapa del juicio, frente a cargos concretos, en donde se ejerce a plenitud el derecho de defensa y, por consiguiente, donde puede ser más fácilmente vulnerado. Sin embargo, no hay duda que en el sumario se precisa de ese derecho y con la misma profundidad y urgencia que en la causa, porque es allí donde empieza a acreditarse que la inocencia no es una mera presunción sino una realidad indiscutible, o bien a probarse que se ha incurrido en una responsabilidad penal, pero en la medida de lo justo.

Tener la oportunidad plena y permanente de demostrar que se es inocente, o responsable en cierto y determinado grado, es lo que define y justifica el derecho de defensa.

Se conculca esa garantía primordial, como una forma propia del juicio, con impedir u obstaculizar, por cualquier medio, su normal ejercicio. También se quebranta cuando de manera absoluta falla la defensa formal o técnica, porque el apoderado o el defensor, por manifiesta incapacidad o por inercia, se limita a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado.

En ninguno de estos eventos encaja el caso de autos. Por el contrario, jamás se obstaculizó la defensa, la que fue ejercida con verdadero tesón y ardentía a todo lo largo y ancho del proceso.

En efecto, se observa.

En el sumario, Rigoberto Giraldo Loaiza fue declarado reo ausente y se le nombró como apoderado de oficio al doctor Blasteyo Trejos González, quien tomó posesión del cargo y en su debida oportunidad formuló estas peticiones: a folio 68 pruebas; a folio 77 nuevo término de instrucción; a folio 78 ídem; a folio 80 pruebas; y, a folio 115 sobreseimiento temporal.

Proferido el auto de proceder fue de nuevo declarado reo ausente y se le designó defensor de oficio al doctor Edmundo Zúñiga Rodríguez, quien se posesionó y lo asistió en la causa hasta la audiencia pública, en donde Rigoberto Giraldo Loaiza nombró como defensor al doctor Jesús María Cobo Arizabaleta, profesional que en esa misma diligencia lo atendió en indagatoria, solicitó pruebas, logró que se practicaran algunas e hizo una eficiente intervención ante el jurado para demostrar que su patrocinado obró en legítima defensa.

De la relación anterior se infiere que este reproche carece de seriedad, porque los hechos procesales demuestran que la defensa de Giraldo Loaiza se ejerció a plenitud.

El cargo no prospera.

2. *La estructura del proceso.*

Afirma el censor que se quebrantaron las formas propias del juicio por violación del esquema procesal, debido a que la circunstancia modificadora de la responsabilidad, consistente en haber puesto a la víctima en estado de indefensión se tuvo en cuenta en la parte motiva del auto de proceder sin encontrarse plenamente demostrada al tenor de lo dispuesto en el artículo 483-3 del Código de Procedimiento Penal.

No se pueden confundir las formas propias del juicio con los grados probatorios como lo hace en este cargo el demandante.

Se trata de conceptos distintos de casación:

Las formas propias del juicio hacen relación a las garantías universalmente reconocidas a los diferentes sujetos procesales, en virtud de su interés jurídico particular dentro del proceso y a las peculiaridades y modalidades específicas que diferencian y distinguen los distintos procedimientos entre sí, garantías y peculiaridades que al ser conculcadas por la actividad fallida del juez, constituyen errores in procedendo; *en sentido diverso, los grados probatorios son los precisos requisitos de razón que demanda la ley para poder declarar judicialmente demostrado un hecho concreto, requisitos o presupuestos cuya violación por el discurrir falso del juzgador, conforman errores* in judicando.

La conclusión es obvia. Comporta un imperdonable desacierto de técnica, invocar fallas de juzgamiento dentro de una causal que, como la cuarta, por su especial naturaleza, se fundamenta en la existencia de errores in procedendo, *constitutivos de nulidad legal o constitucional.*

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el dieciocho de febrero del año pasado, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

La Corte reitera su doctrina respecto de que los delitos comunes en que incurran los jueces de Instrucción Penal Militar y los auditores de guerra, están sometidos a las normas generales de competencia; vale decir, que ella radica en quien, dentro de cada arma, tiene la competencia genérica

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 10.

Bogotá, D. E., febrero 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre el Tribunal Superior Militar y el Comando del Departamento de Policía del Tolima en su condición de juez de primera instancia castrense, en relación con el conocimiento del proceso que se adelanta contra el doctor Carlos Enrique Guzmán Guerrero, en razón de hechos presumiblemente delictivos acaecidos cuando desempeñaba el cargo de Auditor Auxiliar de Guerra número Cincuenta y Dos, adscrito al Departamento de Policía del Tolima, cuya comisión le atribuye el particular Alfonso Mendieta.

Hechos y antecedentes

Los hechos se encuentran sintetizados de la siguiente manera en la providencia del Comando del Departamento de Policía del Tolima:

"Consta en autos que por el mes de febrero de 1973, se encontraba el señor Alfonso Mendieta, detenido a órdenes de la justicia ordinaria, en la cárcel del Distrito Judicial de Girardot, sindicado de algunos delitos contra los bienes del Estado, que a dicho centro carcelario llegó el encontra AG. de la Policía Nacional Dionisio Díaz Alarcón —cuñado de Mendieta—, a quien le hizo saber que él, por haber sufrido un accidente de tránsito, estaba prestando sus servicios como estafeta en la Auditoría Auxiliar de Guerra, adscrita al Departamento de Policía Tolima, oficina a cargo del doctor Carlos Enrique Guzmán Guerrero, a quien —según Díaz Alarcón— le contó el problema de Mendieta, habiéndole ofrecido Guzmán Guerrero, la ayuda profesional, y fue así como —según el denunciante— se concretó una cita en la cárcel de Girardot, a la cual asistió el referido Guzmán, quien dizque le ofreció a Mendieta sus servicios profesionales llegándose a formalizar un arreglo en el que aquél asistía a éste profesionalmente por la suma de diez mil pesos, dinero que Mendietta se comprometió a cancelar en tres contados; pero que luego que Guzmán Guerrero recibió un contado de cinco mil pesos en un cheque que le girara el presunto cliente, no volvió a donde éste, enviándole días después otro profesional del derecho quien le hizo saber a Mendietta que iba de parte de Guzmán Guerrero, que él tramitaría todos los documentos ante los jueces respectivos, pero que éstos serían elaborados por Guzmán, quien, ante su calidad de empleado oficial, no le podía asistir en forma personal y directa, manifiesta Mendieta que no tuvo otra alternativa que aceptar este nuevo trato ante la perspectiva de quedarse sin defensor, pero que siempre fue llevado a audiencia y condenado, por lo que considera que el doctor Guzmán Guerrero no cumplió su misión y cometió un ilícito, el cual fue el motivo de su denuncia" (folio 184).

La investigación se adelantó dentro de la órbita de la jurisdicción penal ordinaria, por intermedio de los Juzgados Segundo Penal del Circui-

to de Girardot y Diecinueve de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad (folios 10, 117 y 122), pero al establecerse que los hechos que se le atribuían al sindicado sucedieron cuando desempeñaba el cargo de Auditor Auxiliar de Guerra, el proceso fue remitido al Tribunal Superior Militar por competencia (folios 169, 171 y 172).

Esta Corporación lo envió, a su vez, al Inspector General de las Fuerzas de Policía, por estimar que era el competente (folios 173 a 177), y el Inspector, a su turno, lo hizo llegar al Comando del Departamento Tolima, a quien, en su concepto, le correspondía conocer del asunto (folios 179 a 181). Finalmente, el Comando dispuso que, por no ser él competente, viniera el proceso a la Corte para que dirimiera la colisión de competencias planteada en definitiva entre el Tribunal Superior Militar y el Comando de Policía del Departamento Tolima (folios 184 a 189).

Las razones del Tribunal para desechar la competencia y pretender radicarla en el Inspector General de las Fuerzas de Policía, son las siguientes:

1ª El delito es común (estafa) y no de los llamados oficiales, o sea los que se cometen por causa o con ocasión del servicio o de las funciones inherentes al cargo.

2º Cuando se sucedieron los hechos el Auditor de Guerra a quien se le atribuyen se encontraba adscrito al Departamento de Policía Tolima.

3ª En eventos como éste, de acuerdo con tesis sostenida por la Corte en providencia de 22 de marzo de 1973, le incumbe conocer al funcionario a quien, dentro de la respectiva arma, le esté atribuida la competencia genérica, en este caso, al Inspector General de las Fuerzas de Policía.

Transcribe para apoyar su planteamiento, los siguientes apartes de la citada providencia de la Corte:

"La doctrina que se deja reproducida es aplicable para el correcto entendimiento del artículo 324 del Estatuto Castrense, en la parte que confiere al Tribunal Superior Militar el conocimiento 'de la primera instancia de los juicios que se adelantan contra los jueces de Instrucción Penal Militar y Auditores de Guerra'. De acuerdo con ella, ha de entenderse que esa atribución sólo tiene operancia con respecto a delitos oficiales, vale decir, a las infracciones penales que cometan los jueces de Instrucción Penal Militar y los Auditores de Guerra por causa o con ocasión del servicio o de las funciones inherentes al cargo.

"Por consiguiente, con relación a los delitos comunes en que incurran dichos funcionarios deben observarse las normas generales de competencia.

"Como los ilícitos que se imputan en este proceso al doctor ... no tienen ningún nexo de dependencia con el ejercicio de las funciones públicas que desempeñó como Juez Segundo de Instrucción Penal Militar, síguese que no tiene el Tribunal Superior Militar aptitud legal para juzgar al sindicado.

"Cierto es que para la época de los hechos el doctor ... era un civil al servicio de las Fuerzas Armadas, y que el país se hallaba entonces y se encuentra aún en estado de sitio, declarado por el Decreto 250 de 1971. Por tal circunstancia concierne a la Justicia Penal Militar el conocimiento del presente informativo, teniendo en cuenta lo establecido en el ordinal 2º del artículo 308 del Código Castrense, disposición que fue declarada exequible por la Corte.

"Más, para el caso, el juez de primera instancia no es el Tribunal Superior Militar, cuya competencia está limitada a los asuntos descritos en el artículo 324 del smeritado ordenamiento, sino al Comandante del Ejército, según lo previsto en el artículo 333 del tan mentado estatuto, que le adscribe a dicho funcionario el conocimiento en primer grado 'de los procesos penales militares en los casos no prescritos en los artículos de este capítulo', lo que ocurre en el evento de autos" (folios 174 y 175).

Por su parte el Inspector General, quien acepta que el delito es de conocimiento de la jurisdicción penal militar y de competencia de la policía, aduce los siguientes razonamientos para enviar el proceso al Comando del Departamento de Policía Tolima:

1º No cabe dentro de su competencia privativa el conocimiento en este caso, porque respecto de civiles, el artículo 340 del Código de Justicia Penal Militar, le atribuye competencia solamente cuando pertenecen al Cuartel General del Comando.

2º El sindicado estaba, para la época en que acaecieron los hechos, adscrito al Departamento de Policía Tolima, de donde se sigue que el Inspector General no es su juez natural ni su inmediato superior.

A continuación entra en un terreno de perplejidades donde insinúa que podría el civil al servicio de la policía no tener fuero militar,

puesto que tampoco lo tiene la policía cuando se trata de delitos comunes, al tenor de lo que dispone el Decreto 2347 de 1971, en su artículo 8º. Pero inmediatamente pasa a aceptar que por cuanto el sindicado era por la época de los hechos un civil al servicio de las Fuerzas Militares, podría corresponderle a la jurisdicción castrense el conocimiento del caso, pero al Inspector General de las Fuerzas Militares, ya que, aunque el Auditor estaba adscrito a la Policía, pertenecía al Ministerio de Defensa Nacional. Respalda estas consideraciones en los artículos 330, 333 y 308, inciso 2º del Código de Justicia Penal Militar (folio 180).

No obstante lo afirmado, concluye enviando el proceso al Comando de Policía del Departamento Tolima, como delirándole la solución del problema.

Así se desprende del sentido del siguiente párrafo de su providencia que viene a continuación de las dubitaciones que se dejan relatadas: "Como se encuentran planteados estos interrogantes, el despacho adoptará lo dicho por el Tribunal Superior Militar en reiteradas oportunidades, en el sentido de que es al juez de primera instancia de la repartición a que pertenecía el acusado a quien le corresponde avocar el conocimiento del asunto; en el presente caso al Departamento de Policía Tolima" (folios 180 y 181).

A su turno el Comando del Departamento de Policía Tolima, rechaza la competencia y se la atribuye al Tribunal Superior Militar, quien, a su vez, se la había asignado al Inspector General de las Fuerzas de Policía.

Para llegar a esta conclusión y adoptar la medida de enviar el proceso a la Corte con el fin de que dirima la colisión de competencias, el Comando, hace las siguientes consideraciones:

1ª El fuero penal militar en lo policivo está circunscrito a lo que dispone el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, norma que únicamente alude a personal uniformado y cobija solamente los delitos oficiales cometidos por éste, no los comunes. De allí deduce que el personal civil al servicio de la Policía no puede ser juzgado por la jurisdicción penal militar policiva. Esto es, que no tiene fuero penal policivo.

2ª Como el sindicado desempeñaba, por la época de los hechos, el cargo de Auditor Auxiliar de Guerra, nombrado por el Ministerio de Defensa y meramente adscrito al Departamento Policía Tolima, y ellos se sucedieron cuando el país estaba bajo el régimen de estado de sitio, y el delito que se le atribuye es común, disfruta, para el caso, de fuero penal militar, de acuerdo con lo que dispone el numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

3ª El juez de primera instancia hay que buscarlo, en este caso, entre las demás autoridades judiciales militares no policivas, y como el artículo 353 del Código de Justicia Penal Militar asigna de manera clara al Tribunal Superior Militar la competencia para conocer de los delitos cometidos por Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, es a esta entidad a quien le incumbe hacerse cargo de este proceso. El hecho de que el sindicado estuviera adscrito al Departamento de Policía Tolima no desnaturaliza la competencia, pues el artículo 367 del Estatuto Penal Militar dispone que para determinar la autoridad que debe juzgar a los militares y a los civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, no se tendrá en cuenta la circunstancia de que, al cometer el hecho, se encontrare cumpliendo una comisión transitoria.

4ª Si en razón del estado de sitio la jurisdicción penal militar conoce también de los delitos comunes cometidos por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, es lo natural que el juez de primera instancia sea el mismo que conoce de los delitos oficiales en que incurren esos mismos civiles, salvo que existiere norma expresa en contrario, que no existe.

5ª No se está, por tanto, en presencia de un caso no previsto en la ley, como para asignarle el conocimiento a alguno de los funcionarios a quienes se le atribuye la llamada competencia genérica, con lo cual, de paso, le resuelve también el problema al Inspector General de la Fuerza de Policía.

Consideraciones de la Corte

No es en verdad fácil precisar la competencia para el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por funcionarios de la jurisdicción penal militar estando el país en estado de sitio, pues no existe norma expresa que la asigne de manera concreta a determinado juez y las que se refieren a la materia, se prestan a variadas interpretaciones, como ha quedado evidenciado con la disparidad de criterios expresados en el presente caso.

No obstante, la Sala sigue estimando que conserva validez la precisión que se hizo del punto en providencias de 26 de enero de 1965 y 22 de marzo de 1973, en las cuales se lo analizó a la

luz de los cánones constitucionales pertinentes y de las reglas generales de competencia.

En la primera de ellas se llegó a la conclusión, con base en el estudio de los artículos 96, 97, 102, 131 y 151 de la Constitución, que solamente el Presidente de la República, el Encargado del Poder Ejecutivo, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado (también hoy los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación (artículo 22 del Acto legislativo número 1 de 1979), tienen fuero pleno, esto es, comprensivo tanto de los delitos oficiales como de los comunes que cometan. Respecto de los demás funcionarios esa especial competencia queda restringida a los llamados delitos de responsabilidad.

A modo de argumentación central se dijo en esa providencia:

"El fuero es una especial competencia para conocer de los procesos penales que se sigan contra los altos funcionarios del Estado, previo el cumplimiento —en algunos casos— de particulares trámites por el Organo Legislativo de la República. Así entendido, es una consecuencia de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la necesidad de tutela de la dignidad misma del Estado y de la imparcialidad del juzgamiento.

"Mas como únicamente los delitos cometidos por razón del servicio oficial o con ocasión del mismo, comprometen el prestigio del Estado, como regla general sólo los funcionarios públicos que cometan esta clase de infracciones (delitos oficiales) están sometidos al fuero.

"Motivos diferentes, como el de asegurar la estabilidad de las instituciones, explican que el juzgamiento del Presidente de la República, del Encargado del Poder Ejecutivo, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado, aun por delitos comunes, se adelanten mediante una competencia especial, la de la Corte Suprema de Justicia, y previa la intervención del Parlamento, para acusar la Cámara de Representantes ante el Senado y para autorizar esta última Corporación Legislativa el juzgamiento del alto funcionario del Estado por la Corte Suprema de Justicia.

"Se puede decir, entonces, que para estos altos funcionarios de la nación se consagra un fuero pleno, comprensivo de los delitos oficiales y de los delitos comunes que cometan, y que con respecto a otros servidores de la República se establece un fuero restringido, pertinente sólo en cuanto a las infracciones oficiales".

Apoyándose en esa doctrina, la providencia de 22 de marzo de 1973, relacionada con el conocimiento para el juzgamiento de un delito común cometido por un Juez de Instrucción Penal Militar cuando el país se encontraba bajo el régimen del estado de sitio, lo asignó a aquél funcionario de la respectiva arma a quien el Código atribuye la competencia genérica, en ese caso al Comandante del Ejército (artículo 333 del Código de Justicia Penal Militar).

Se dijo, en esa ocasión:

"La doctrina que se deja reproducida es aplicable para el correcto entendimiento del artículo 324 del estatuto castrense, en la parte que confiere al Tribunal Superior Militar el conocimiento 'de la primera instancia en los juicios que se adelanten contra los Jueces de Instrucción Penal Militar y los Auditores de Guerra'. De acuerdo con ella, ha de entenderse que esa atribución sólo tiene operancia con respecto a delitos oficiales, vale decir, a las infracciones penales que cometan los jueces de Instrucción Penal Militar y los Auditores de Guerra por causa o con ocasión del servicio o de las funciones inherentes al cargo.

"Por consiguiente, con relación a los delitos comunes en que incurran dichos funcionarios deben observarse las normas generales de competencia".

De esto se desprende que cuando el Código de Justicia Penal Militar atribuye a determinado funcionario el conocimiento de los delitos cometidos por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, se está refiriendo a los delitos oficiales, esto es, está regulando la competencia específica, o sea la referida a los comportamientos delictivos que el mismo estatuto describe y sanciona. Así ocurre en los artículos 330, 331, 335, 336, 341, 342, 346, 347, 348, y así hay que entenderlo respecto de los artículos 324, numeral 1º y 353, pues los Auditores de Guerra y los Jueces de Instrucción Penal Militar son civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, pues ni son militares, término, que para los efectos del Código se aplica también a los miembros de las Fuerzas de Policía (artículo 284), ni son particulares (artículo 365).

No alude en esas normas a la competencia que pudiera llamarse excepcional, o sea la para conocer de los delitos comunes cometidos por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas (artículo

308, numeral 2º, declarado exequible en sentencia de Sala Plena de la Corte de octubre 4 de 1971), y por tanto, al no estar específicamente atribuido a un determinado funcionario, ha de entenderse que radica en quien, dentro de cada arma, tiene la competencia genérica. Esto es, respecto del personal del Ejército, el Comandante del mismo (artículo 333); en la Armada Nacional, el Inspector General (artículo 339); en la Fuerza Aérea, el Inspector de Bases (artículo 344); y en relación con el personal de las Fuerzas de Policía, el Inspector General (artículo 349).

Ahora bien, ninguno de los funcionarios castrenses que ha rechazado en el presente caso la competencia para conocer del delito por el que se juzga al doctor Carlos Enrique Guzmán Guerrero, por hechos ocurridos cuando desempeñaba el cargo de Auditor Cincuenta y Dos de Guerra, adscrito al Departamento de Policía Tolima, ha puesto en duda que se trata de un civil al servicio de las Fuerzas Armadas, que el delito que se le atribuye es común (estafa), y que para la época cuando se dice cometido, el país se encontraba bajo estado de sitio (Decreto 250 de 1971).

Es cierto que el doctor Guzmán Guerrero, como Auditor que era, fue nombrado por el Ministerio de Defensa, pero adscrito al Departamento de Policía Tolima, adscripción que se mantuvo desde el 7 de julio de 1969 hasta el 31 de mayo de 1974 (folio 126). De suerte que, cuando ocurrieron los hechos (febrero de 1973, folio 184) llevaba más de tres años de vinculación a la Policía en el Departamento Tolima, lo que permite afirmar también que no se trataba de una comisión transitoria (artículo 367), sino de una designación para prestar indefinidamente sus servicios a la institución policiva.

Por ello no repugna jurídicamente la conclusión de que su juez natural, para este caso, debe ser el Inspector General de las Fuerzas de Policía, funcionario que, dentro de esa institución, tiene asignada la competencia de tipo general (artículo 349), y no el Comandante del Ejército (artículo 333), a quien habría de atribuírsele si se atendiera solamente al origen de su nombramiento.

Con la decisión que se propone se consulta también el factor fundamental que orienta las normas de competencia en el campo penal militar, que es el de la dependencia jerárquica, pues aunque el Código enuncia como fuentes de competencia la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el territorio (artículo 306), es, sin embargo, el de la dependencia jerárquica el que prevalece, según se desprende de la categórica afirmación que contiene el artículo 2º del Código, y de la forma como distribuye luego la competencia entre los diferentes funcionarios.

No puede negarse que los Auditores, como asesores jurídicos que son de los jueces de primera instancia y de los Consejos de Guerra (artículo 371), disfrutan, en ese terreno de la asesoría, de independencia respecto de aquéllos a quienes suministran su orientación en derecho, pero en los demás aspectos dependen de la entidad a la que pertenecen o están adscritos, en este caso de la Policía, por intermedio de su Departamento Tolima al que prestaba sus servicios y no de manera ocasional.

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto negativo de competencias de que se ha hecho mérito en esta providencia, asignando el conocimiento del asunto al Inspector General de las Fuerzas de Policía. Comuníquese esta decisión al Tribunal Superior Militar y al Comando de Policía Tolima.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. Reiteramos nuestro disentimiento de la tesis que mantiene la mayoría de la Sala en cuanto a la aplicación de la justicia penal castrense a militares, policías y civiles, y concretamente a estos últimos por delitos comunes cometidos en estado de sitio cuando están al servicio de las Fuerzas Armadas.

2. Insistimos en que dicha tesis es violatoria de los artículos 170 y 61 de la Carta Fundamental, pues que el primero de ellos sólo permite juzgamiento por Cortes Marciales a los militares "en servicio activo" que cometan delitos "en relación con el mismo servicio", y el segundo prohíbe terminantemente que una misma persona o corporación pueda ejercer simultáneamente en cualquier tiempo (de paz, de guerra o de estado de sitio) las funciones militar y jurisdiccional.

3. La suprema jerarquía constitucional de tales normas impide que puedan ser legítimamente contrariadas por disposiciones meramente legales; y la contradicción resulta mucho más ostensible cuando —como en este caso— se trata de un delito común cometido por un civil al servicio de las Fuerzas Armadas en condiciones de absoluta ajenidad con la función que desempeñaba como auxiliar del Auditor de Guerra.

4. Consideramos, pues, que el conocimiento de este proceso ha debido adscribirse a la jurisdicción penal ordinaria.

Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

CAMBIO DE RADICACION

Para que prospere esta situación excepcional, es necesario que el peticionario acompañe a la solicitud, las pruebas que permitan precisar los hechos o circunstancias que en el caso concreto, hagan inferir que se ha comprometido seriamente la imparcialidad de la justicia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 010.

Bogotá, D. E., febrero 10 de 1981.

Magistrado ponente: *doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, para concepto, la solicitud que ha formulado al Gobierno Nacional el correspondiente Agente Especial del Ministerio Público, para que se cambie de radicación el proceso que adelanta el Juzgado Superior de Tumaco, por homicidio culposo, en el que aparece como sindicado el doctor Guillermo Rosero García, Fiscal de ese despacho judicial.

El memorialista, haciendo suyas las quejas del padre de la víctima, considera que el hecho de ser el sindicado Fiscal del juzgado del conocimiento hace que los familiares de aquélla no tengan "ninguna garantía de obtener un fallo justo", sobremanera por presentarse esa situación en una población que, "como la tumaqueña, por lo reducido de su extensión, permite que todos sus ciudadanos estén enterados y pendientes de todos los actos (de los funcionarios)".

Dice el memorialista, en efecto, para fundar su solicitud:

"... Los señores padres de la occisa, cuya residencia se halla en la ciudad de Palmira, desde el inicio mismo de la investigación manifestaron su inconformidad, en el sentido de no estar de acuerdo en que algún juez de Tumaco avocara el conocimiento de esos hechos, debido a los vínculos que necesariamente existen en una población como Tumaco, donde todas las personas se conocen y con mayor razón los funcionarios, no sólo cultivan relaciones de amistad, sino oficiales, produciéndose el caso de que los actores, eran personas ampliamente conocidas y apreciadas en los círculos oficiales y sociales ...".

"... ... ...".

"... En realidad, señor Ministro, este despacho estima conducente y conveniente el cambio de radicación de este sumario, ya que la circunstancia de ser el sindicado, Fiscal del Juzgado Superior, y por ende, el juez superior, juzgador, de quien por ley tiene facultades fiscalizarlo e intervenir en los procesos allí radicados, genera incuestionablemente dudas en la recta administración de justicia, a ojos de una sociedad que como la tumaqueña, por lo reducido de su extensión, permite que todos sus ciudadanos estén enterados y pendientes de todos los actos ...".

Considerando

Como reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte, la disposición del artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, que faculta al Gobierno Nacional para cambiar de radicación a los procesos penales en la oportunidad, mediante el trámite y para los fines indicados en ella, es norma excepcional, de restringida aplicación, cuya procedencia no es posible sino en eventos en los que resulta debidamente demostrada la necesidad y la urgencia de la medida.

No puede pretenderse el cambio de radicación, en consecuencia, porque alguno de los intervinientes en el proceso manifieste su inconformidad con el funcionario al que legalmente corresponde el conocimiento del asunto, o porque éste cultive relaciones de amistad con cualquiera de

aquéllos, o porque unos u otros sean "personas ampliamente conocidas y apreciadas en los círculos oficiales y sociales", como lo afirma el memorialista para fundar la solicitud correspondiente, sin acompañar prueba ninguna ni precisar, siquiera, los hechos o circunstancias que, en el caso concreto, le permiten inferir la futura parcialidad del Juez Superior de Tumaco.

1. *Los argumentos en los que el memorialista apoya su solicitud de cambio de radicación, no aparecen, en efecto, acreditados en modo alguno en la actuación que el Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte para su estudio, en la cual sólo encuentra la Sala una serie de afirmaciones del peticionario tendientes a hacer suyos los temores, aprensiones y recelos del padre de la víctima, hasta ahora injustificados:*

"... *Los cambios de radicación no se justifican sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente ...*".

(Acuerdo, 7 de febrero de 1934, XL, 105).

2. En el proceso de que se trata el señor Juez Superior de Tumaco no ha sido acusado de haber obrado en perjuicio de la recta administración de justicia, ni por el padre de la víctima, admitido parte civil en el proceso, ni por el Agente Especial del Ministerio Público, su Fiscal en ese negocio.

El juez, por el contrario, ha manifestado enfáticamente que ha actuado con estricta sujeción a la ley, reconociendo con amplitud las prerrogativas procesales de todos los intervinientes:

"... ... ...".

"... 4º El quejoso señor Benítez Acevedo en su condición de Fiscal *ad hoc* ha asistido a la evacuación de varias pruebas, donde se le ha dado la amplitud para actuar ya contrainterrogando testigos o formulando peticiones, que si no lo ha hecho, no es culpa del funcionario que instruye el proceso ...".

"... 5º La parte civil representada por el doctor José Manuel Parra Rojas, en memorial respectivo solicitó la práctica de catorce (14) pruebas de las cuales se han evacuado doce (12). Lo que aún falta no es de gran importancia a la investigación, sin embargo, tan pronto se evaquen, se procederá a *cerrar la investigación* para entrar a calificar el mérito del sumario ...".

"... ... ...".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, RINDE CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación solicitado.

Notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. CONCUSION

Fuera de los límites territoriales de su función, el funcionario público conserva su investidura de tal y por ello, los ilícitos en que incurra, así sea fuera de su jurisdicción, son contra la administración pública

PRUEBA TESTIMONIAL

Su valoración. Las aparentes contradicciones entre los diferentes testimonios, no son causas suficientes para restarles credibilidad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 10.

Bogotá, febrero 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia que lleva fecha seis (6) de noviembre de 1979, revocó la de 27 de agosto del mismo año por medio de la cual el Juzgado Primero Penal de ese Distrito Judicial había absuelto a Jorge Eliécer Guiza López, Raúl Barrera Medina, Alfonso Nieto, José Antonio Sánchez Rincón y Rosendo Díaz Bermúdez por el cargo de concusión que se les había formulado en el correspondiente auto de proceder y, en su lugar, condenó a los encausados a la pena principal de dos (2) años de prisión y sanciones accesorias del caso, así como al pago de los daños y perjuicios causados con la infracción.

Contra esta sentencia interpuso el defensor de los procesados recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala ante la cual, en el momento procesal oportuno, se presentaron las demandas de casación a que se hará referencia más adelante.

Hechos y actuación procesal

En la noche del tres (3) de marzo de 1977, Eladio Díaz Angulo transportaba en una camioneta de su propiedad ochenta y cinco bultos de café con destino a la Federación de Cafeteros de Bucaramanga cuando, al llegar a San Gil y habiéndose acercado a la bomba de gasolina "Bella Isla" de esa ciudad, fue abordado por cinco agente de la Aduana Interna de Bogotá que se movilizaban en un campero y quienes, después de examinar la carga, le dijeron que constituía delito de contrabando transportar café de noche y que por ese motivo iban a incautarse tanto del vehículo como del cargamento y a detener al conductor del mismo, obligando a este último a descender de su carro y a subir en el de la Aduana en tanto que a la camioneta subían dos agentes de la Aduana, después de lo cual ambos vehículos emprendieron rumbo a Bogotá a donde le dijeron iban a conducirlo a él, a la camioneta y al cargamento de café.

En esta forma llegaron hasta El Socorro, en donde se detuvieron, situación que fue aprovechada por uno de los guardas de Aduana para decirle a Díaz Angulo que por qué no arreglaban su situación con el cabo, refiriéndose a Jorge Eliécer Guiza López que comandaba la patrulla y a quien se acercó Díaz a preguntarle qué podía hacer, pidiéndole Guiza la entrega de cien mil pesos ($ 100.000.00) para dejarlo en libertad y devolverle el vehículo con su cargamento. Des-

pués de que Díaz le dijo que no tenía esa suma ni tampoco la de cincuenta mil pesos a que rebajó el cabo Guiza su exigencia, terminaron por convenir en que Díaz le entregaría treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) que le dijo tener en casa de su familia en Oiba, lugar al que se dirigieron de inmediato, llegando allí a eso de las doce de la noche, hora en que Díaz tocó a la puerta de la casa de sus padres, de donde luego sacó la suma últimamente mencionada, noticiando a sus progenitores de lo que le estaba ocurriendo, motivo por el cual su padre salió a ver el "jeep" de la Aduana que estaba cuadrado en una bomba de gasolina cercana y como no sólo esta última persona se acercara al vehículo sino también un hermano del ofendido, el "jeep" se puso en movimiento, perdiéndose de vista, por lo que fue necesario a Díaz Angulo abordar un camión, junto con su hermano, para perseguir al carro de la Aduana al que alcanzaron pocos kilómetros más allá y eso debido a que se habían detenido para que los guardas requisaran un bus. Luego de reprocharle a Díaz que hubiera venido con otra persona (su hermano) le recibieron el dinero pero no lo contaron sino hasta llegar a San Gil, donde se detuvieron en la bomba Los Olivos, y allí, a la luz del bombillo interior del "jeep", procedieron a esa operación, en momentos que se acercó un vigilante de la bomba, quien se dio cuenta de lo que estaban haciendo. No obstante terminaron de contar el dinero y luego de amenazar a Díaz Angulo si decía algo de lo ocurrido, le devolvieron su camioneta y el cargamento, alejándose. Tres días más tarde, el sieto del mes y año ya citados, Eladio Díaz Angulo procedió a presentar ante el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, radicado en San Gil, la denuncia que dio origen al presente proceso.

En el curso de él se recibieron numerosas declaraciones, entre ellas la de Efraín Cortés (folio 30 vuelto) que acompañó a Díaz Angulo en la noche de autos y presenció lo sucedido, inclusive la entrega y cuenta del dinero, Hernando Ordóñez Mendoza (folio 41 ibídem), quien tiene una caseta de venta a la entrada de San Gil, a donde llegaron el ofendido y los procesados y que da cuenta de lo allí ocurrido y Pedro Nel Entralgo Castillo (folio 43 vuelto) poseedor de otra caseta semejante en El Socorro y el cual también expone sobre la llegada del denunciante y las personas que lo llevaban en un "jeep" de la Aduana.

Por otra parte declararon Félix Antonio Díaz (folio 20) padre del ofendido, Ana Blasina de Díaz (folio 33) madre del mismo y sus hermanos Fernando Díaz (folio 16), Martha Díaz (folio 27) y Jorge Alberto Díaz Angulo (folio 35 vuelto), quienes hablan sobre la llegada de aquél a su casa y la sacada del dinero, si bien se presentaron algunas discrepancias entre ellos, por ejemplo, mientras Martha y Fernando dicen lo mismo que el denunciante, que disponían siempre de apreciables cantidades de dinero, Jorge Alberto no da ninguna explicación sobre el origen del mismo. Por otra parte en tanto Eladio dice que sacó el dinero de un cajón, Martha afirma que estaba debajo de un colchón y al paso que el primero dice haber sacado cuarenta mil, ésta dice que fueron sesenta mil pesos.

También se presentaron imprecisiones respecto a la placa del vehículo oficial usado por los guardas de la Aduana, pues los declarantes que depusieron sobre el particular, a saber, el propio denunciante, Gabriel Pinto (celador en la bomba Los Olivos), Fernando Díaz Angulo y Efraín Cortés, si bien concuerdan en que el número de las placas era 16.26 no aciertan a decir con certeza si la letra que precedía a dicho número era D u O.

Se mencionan estos aspectos de las declaraciones porque fueron motivos especiales de controversia a través de las instancias como lo son en el recurso extraordinario que se está resolviendo.

Otro tanto ocurre con los reconocimientos llevados a cabo en primer término por el ofendido Eladio Díaz, quien identificó en rueda de personas a Raúl Barrera Medina, Alfonso Nieto y Jorge Eliécer Guiza López como integrantes de la patrulla, pero también señaló, aun cuando en realidad no lo era, a Marco Fidel Garzón. Igual cosa sucedió con Fernando Díaz Angulo, el cual reconoció a Raúl Barrera Medina y a Alfonso Nieto, pero señaló equivocadamente a Guillermo Ramírez B. y a Simón Rico Santanilla, quienes hacían parte de la rueda. Por último, Efraín Cortés identificó a Guiza, Nieto y Barrera, pero señaló equivocadamente a Gustavo Auregui.

Perfeccionada la investigación, el Juzgado Primero Penal del Circuito dictó, con fecha 11 de agosto de 1978, auto de llamamiento a juicio contra Jorge Eliécer Guiza López, Raúl Barrera Medina, Alfonso Nieto, José Antonio Sánchez Rincón y Roberto Díaz Bermúdez por el delito de concusión.

Ejecutoriada esa providencia y luego de las gestiones del caso para localizar a los procesados, se les declaró reos ausentes y se les nombró defensor de oficio (folio 368).

En el plenario de las causas se adujeron algunas pruebas, entre ellas la declaración de José María Paredes Arboleda (folio 407) quien dijo, en síntesis que al día siguiente del reconocimiento en rueda de personas oyó el comentario de que el juez que dirigía dicha diligencia le ponía la mano en el hombro a los miembros de la patrulla y que al resto del personal que formaba dicha rueda no lo tocaba ni señalaba en forma alguna.

También declaró el capitán Hernando Morales Vivas aseverando (folio 411) que presenció la diligencia aludida y se dio cuenta que como después de transcurridas dos horas y media de iniciada, los presuntos reconocedores no señalaran a nadie, el juez les fue indicando las personas a quienes debían reconocer, diciéndoles a los testigos "este sí", "este no"; lo cual causó extrañeza al declarante. Afirma igualmente que los miembros de la patrulla en cuestión estaban autorizados para patrullar la región de Boyacá y límites con Santander.

Por último Omar Fidel Ortiz Garzón, empleado de la Aduana, declara a folio 411 diciendo que presenció el reconocimiento y que en vista de que los reconocedores no identificaron a nadie, el propio juez sacó de las filas un personal tomándolos por la camisa.

El 18 de mayo de 1979 se llevó a cabo la audiencia pública con la intervención del defensor de los encausados, pero sin la presencia de éstos, quienes continuaban huyendo de la justicia (folios 431 y siguientes).

El 27 de agosto del mismo año, el juez del conocimiento profirió sentencia absolviendo a los procesados, para lo cual se basó principalmente en los reconocimientos que se acaba de mencionar, lo mismo que en la declaración de los testigos atrás citados sobre el número de la placa que llevaba el "jeep" conducido por los guardas de Aduana.

Considera no concluyentes los primeros y vacilantes o poco precisas las segundas.

También le ofrece dudas la actitud del ofendido, quien no acudió de inmediato a las autoridades habiendo tenido oportunidad de hacerlo primero en Oiba y luego en El Socorro.

Se muestra perplejo ante las declaraciones del denunciante y sus familiares sobre la procedencia del dinero pagado a los procesados y la cantidad que guardaba en su casa.

Finalmente, se sorprende del hecho que el susodicho dinero hubiera sido entregado a los guardas y contado por ellos en un lugar iluminado y en un sitio relativamente público.

Todo esto lo lleva a concluir que "si bien existe prueba incriminatoria e indicios tendientes a demostrar la responsabilidad de los sindicados, también existen contra-indicios, afirmaciones inverosímiles, situaciones extravagantes y fallas en la instrucción que siembran grandes dudas dentro del proceso para producir la situación prevista en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, es decir la resolución de la duda en favor de los procesados, por cuanto no hay manera de eliminarla" (folio 454).

Como no fuera apelada dicha providencia y se ordenara en ella la consulta, subió al Tribunal para que se surtiera dicho grado de jurisdicción.

Esta entidad, por medio de sentencia de seis (6) de noviembre de 1979, ya mencionada al comienzo de la presente, revocó la del inferior y, en su lugar, condenó a los procesados, como también se deja dicho, a la pena de dos (2) años de prisión como responsables del delito por el cual se los había llamado a juicio.

En dicha providencia se examinan, una a una, las dudas y perplejidades del juez de primera instancia y se las rebate en la misma forma, esto es, cada una por separado.

Para ello hace el Tribunal un detenido análisis del material probatorio, con abundantes transcripciones de los testimonios más importantes.

Es así como al examinar lo relativo a la procedencia del dinero dice que las divergencias entre los testigos o sea los familiares del ofendido, sobre el lugar en que éste tenía el efectivo, no alcanzan a desvirtuar el hecho de que fue entregado.

"¿Es posible, se pregunta el *ad quem*, que se ponga en tela de juicio la entrega de esos $ 35.000.00 por parte de Eladio a los uniformados que lo interceptaron en esta ciudad de San Gil, sólo porque mientras uno dice que la plata estaba debajo de un colchón, otro diga que se encontraba en un escritorio?" (folios 6 a 22).

En la misma forma, es decir, luego del correspondiente análisis de la prueba, estima que no tiene razón el juez al tomar como contra-indicio de la responsabilidad el hecho de que el dinero hubiera sido contado en un lugar público e iluminado.

Tampoco considera dudoso el hecho de que dicho dinero hubiera sido entregado a los procesados y sobre el particular aduce como fundamento de esa aseveración que el vehículo hubiera sido identificado, sin que a decir eso puedan

obstar las divergencias entre los testigos sobre si la letra que precedía a los números de la placa era "O" o "D", ya que dicha placa estaba, según el denunciante, embarrada.

De todos modos, los números fueron señalados correctamente y eso basta al Tribunal para la afirmación antedicha.

Examina a continuación el hecho de si quienes tripulaban dicha patrulla eran los procesados, llegando, con base en las comunicaciones firmadas por el personal directivo de la Aduana, a conclusión afirmativa.

Continúa luego analizando lo referente a la jurisdicción que tenían dichos agentes para actuar en la zona donde ocurrieron los hechos, deduciendo que no tenían ninguna y que sí estaban en esos lugares era para fines ilícitos.

Se adentra en seguida el Tribunal en el examen de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas para concluir que los errores o equivocaciones de los reconocedores no desvirtúan el hecho de que tres de los sujetos que conformaban la patrulla móvil, a saber, Guiza López, Barrera Medina y Nieto fueron reconocidos.

Agrega que esos reconocimientos no constituyen una prueba aislada sino que ella está ratificada por muchas otras, por ejemplo, las referentes a las placas, y las que dicen relación al hecho de que los procesados se encontraban la noche de autos en el lugar donde se dice cometido el delito.

"La conclusión lógica, dice el *ad quem*, es la de que dichos reconocimientos sí tienen valor y que aun cuando por sí solos no sean suficientes para llegar a la certeza de los hechos, en unión de las demás pruebas se puede llegar a ella con completa tranquilidad de conciencia" (folio 57 ibídem).

Sobre esas bases procede el *ad quem* a revocar, como se deja expresado, la sentencia de primera instancia y a condenar a los procesados.

Demandas de casación y respuesta de la Procuraduría

Cuatro demandas de casación se presentaron para sustentar el recurso. Ellas fueron elaboradas por los respectivos apoderados a nombre de Jorge Eliécer Guiza López, Alfonso Nieto, José Antonio Sánchez Rincón y Rosendo Díaz Bermúdez.

A continuación se resumen cada una de ellas y al final se hace lo mismo con el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, quien se refiere en conjunto a todas ellas.

Primera demanda. Formulada a nombre del procesado Jorge Eliécer Guiza López, contiene dos cargos contra la sentencia recurrida, formulado el primero de ellos con base en el segundo cuerpo de la causal 1ª de casación y el segundo en la causal 4ª.

Se exponen en el mismo orden empleado por el demandante.

Primer cargo. La violación de la expresada causal la hace consistir el censor en que hubo apreciación errónea de algunas pruebas y falta de apreciación de otras.

Para sustentar este cargo el demandante expone en primer término sus objeciones a la manera como el Tribunal analizó y estimó las pruebas referentes al vestido y armas de los procesados en la noche de autos.

Sobre este particular censura que el *ad quem* se haya basado en las afirmaciones hechas sobre el particular por el denunciante de quien dice que se equivocó al describir la forma como los guardas iban vestidos, pues no es cierto que las cinco personas que iban en el "jeep" de la Aduana estuvieran uniformados como dice el declarante, ya que el chofer no lo estaba.

Así mismo asevera que Díaz mintió cuando describió la forma como iban armados, pues no es cierto, según lo dicen éste y su ayudante, que cada uno de aquéllos estuviera armado de revólver y metralleta pues, según las declaraciones que coteja a este propósito, sólo tenían entre todos una metralleta y tres revólveres.

Pasa a examinar a continuación lo referente al dinero para decir, en síntesis, que no hubo uniformidad entre los declarantes sobre el lugar en que lo tenían guardado, ni la cantidad del mismo, ni, su origen, ni, finalmente, la forma como fue entregado a los guardas.

También es objeto de examen por parte del censor la existencia del café que dice el denunciante portaba en su camioneta, sobre lo cual aquél asevera que no existe prueba en el expediente.

Ataca la forma como se consideró establecida la presencia del "jeep" oficial en Oiba afirmando que no hay prueba atendible de ello.

Y se detiene a continuación en el examen de la forma como se identificó dicho vehículo censurando que se hubiera tenido por aceptable la prueba sobre la numeración y letras de la placa del mismo.

También estima criticable que se hubiera establecido la entrega del dinero con base en consideraciones y experiencias personales de los Magistrados que componían la Sala de Decisión.

Critica los reconocimientos de los procesados extendiéndose en consideraciones sobre la forma como se llevaron a cabo y transcribiendo, para demostrar su afirmación inicial de que en dichas diligencias "ocurrieron hechos desconcertantes" numerosos pasajes de lo expresado por los testigos reconocedores en sus respectivas declaraciones.

En las consideraciones jurídicas que hace sobre las bases probatorias analizadas, dice que "el Tribunal violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, porque dictó sentencia condenatoria sin que obre en el proceso la prueba plena o completa de que se cometió el delito de concusión por el cual fueron llamados a juicio" los procesados, censura que hace extensiva a la demostración de la responsabilidad penal de los mismos por haber sido dichos procesados, "víctimas de ostensible error judicial, al ser incriminados como autores de un delito inexistente".

"También violó la sentencia impugnada, dice más adelante, el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto tuvo por probado el cuerpo del delito de concusión sin que el proceso hubiera recaudado la prueba de que Jorge Eliécer Guiza López, abusando de su cargo de Cabo del Resguardo Nacional de Aduanas y como Comandante de una patrulla de funcionarios aduaneros, hubiera constreñido a Eladio Díaz Angulo, en la noche del 3 de marzo de 1977, a entregarle la suma de $ 35.000.00 para dejar en libertad a dicho sujeto, lo mismo que para devolverle la camioneta en que transportaba 85 bultos de café por la carretera que conduce de Oiba a Bucaramanga".

Segundo cargo. Formulado en el ámbito de la causal cuarta de casación lo hace consistir el censor en que, a su parecer, se incurrió en nulidad por errónea calificación del delito, ya que para que exista el de concusión se necesita "que el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público abuse de su cargo o de sus funciones, quiere ello decir que si Jorge Eliécer Guiza López y los demás integrantes de la patrulla número uno del Distrito de Aduanas de Bogotá y Cundinamarca no tenían función oficial alguna en San Gil, porque su jurisdicción estaba constituida por los territorios del mencionado Distrito Aduanero, el hecho denunciado por Eladio Díaz no podía constituir un delito contra la administración pública en la modalidad de la concusión sino contra la propiedad. De lo cual surgiría la conclusión de que el auto de proceder hizo una calificación errónea al denominar como concusión lo que podría ser un robo o una extorsión (ordinal quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal).

Segunda demanda. La presenta el apoderado de Alfonso Nieto con invocación también de las causales primera y cuarta de casación por los mismos aspectos examinados en la que antecede y llegando a iguales conclusiones que ésta.

En efecto, formula contra la sentencia recurrida dos cargos en el mismo orden y con idéntica ubicación que dicha demanda, por lo cual se hace a ellos a continuación una referencia rápida señalando los pocos puntos en que este libelo se separa del anterior.

Primer cargo. Causal primera. Lo expone el actor diciendo que hubo por parte del Tribunal "errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, pues al darle valor que no tenían unos testimonios y una diligencia de reconocimiento en fila de personas, infringió indirectamente los artículos 156 del Código Penal, en cuanto dio por establecidos los elementos del delito de concusión; 215 del Código de Procedimiento Penal, en la medida que dictó sentencia condenatoria sin la plena prueba del cuerpo del delito y la responsabilidad; 236 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no apreció los criterios que esta norma fija para la valoración del testimonio; 310 del Código de Procedimiento Penal, ya que por error en la apreciación de las pruebas, dio por establecida la prueba (sic) del cuerpo del delito; 407, 408, 409 y 410 del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que dio a una diligencia de reconocimiento en fila de personas, el valor que la ley le asigna (sic), violando lo que sobre este medio probatorio prescriben estas últimas disposiciones".

A renglón seguido entra a concretar sus principales puntos de censura que, como se deja dicho, coinciden con los del anterior memorial acusatorio.

Así, considera que se erró en la apreciación de la prueba referente a la identificación de los autores del hecho, comenzando por la descripción que de los mismos dan el denunciante y algunos declarantes y que, según el censor, no coinciden los unos con los otros ni todos con la realidad, en particular por lo que se refiere a la forma como iban vestidos y a las armas que portaban.

También critica lo relativo a la identificación del vehículo en que estos se transportaban y recalca que en ella "llama la atención el hecho de que todos los testigos incurren en la misma clase de 'duda' sobre la O o la D".

De allí deduce que "el Tribunal Superior de San Gil se equivocó en forma manifiesta al darle a esta 'identificación' el carácter de hecho fundamentador de un grave indicio de autoría y por consiguiente de base para dictar sentencia condenatoria".

Prosigue con el examen de las pruebas referentes al dinero criticando en particular las de su existencia, el lugar en que se encontraba, y su entrega, en todo lo cual sigue, en líneas generales, la argumentación de la demanda anteriormente relacionada.

Cosa igual ocurre cuando entra a analizar los reconocimientos en rueda de personas, reiterando las mismas críticas de ésta pero añadiendo otras relativas a la forma de realización de los careos, pues dice que fueron practicados "en extrañas circunstancias narradas por particulares parientes de uno de los sindicados y por varios funcionarios públicos".

Agrega, además, que el Tribunal no tuvo en cuenta los testimonios de estos últimos "que lo restaban, afirma, toda fuerza a la diligencia de reconocimiento. El Tribunal, continúa diciendo, no solamente incurrió en este error sino en la inadmisible ligereza de cosiderar como inmorales a todos los funcionarios de la Aduana Nacional y como 'calumniador' al Comandante de la Aduana Interior de Bogotá, Coronel Paredes".

Segundo cargo. Proyectado, como se deja dicho, en el ámbito de la causal cuarta de casación, lo hace consistir el demandante en que hubo, a su entender, error en la calificación jurídica de la infracción por cuanto "el delito de concusión previsto en el artículo 156 requiere que el funcionario o empleado público abusando de su cargo o de sus funciones induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero dinero o cualquier otra utilidad. "Agrega que no basta, sin embargo, para la estructuración del delito, la calidad de funcionario en el agente, sino que se necesita que esté en ejercicio de sus funciones, lo que no ocurre en el presente caso, ya que los procesados no cumplían misión específica de ninguna naturaleza sino que, además, el denunciante les entregó, según dice, el dinero porque aquéllos estaban armados y lo amenazaron con sus ametralladoras.

"No habiendo existido, concluye, abuso del cargo o de la función, sino la utilización de la violencia para la obtención de un provecho ilícito, el delito que puede tipificarse es alguno contra la propiedad, pero no una infracción contra la administración pública".

Tercera demanda. La presenta el apoderado de José Antonio Sánchez Rincón, quien invoca las causales cuarta y primera de casación para hacer en el ámbito de cada una de ellas, un cargo consistente, esencialmente, en las mismas críticas expuestas en las dos anteriores, así:

Primer cargo. "En el supuesto hipotético, expresa el censor, de que hubiese existido el hecho denunciado, tal acontecimiento no se acomoda al precepto que define la concusión, puesto que mi mandante y sus compañeros no se encontraban en ejercicio de sus funciones; ellos estaban en territorio extraño al campo de su actividad oficial y, algunos de ellos, ni siquiera vestían uniformes del resguardo aduanero".

Concluye que, en consecuencia, se generó nulidad por error en la denominación jurídica del delito, pues para que exista concusión "es necesario que la conducta corresponda al abuso del cargo o de las funciones que el agente se le asigne en el ámbito oficial ... Si el agente no es funcionario o empleado público o encargado de un servicio público, la conducta corresponde a la extorsión (si se acude al constreñimiento) o a la estafa (si se cumplen actos de inducción obviamente engañosos). Igual cosa ocurre cuando el agente es funcionario o empleado público o encargado de un servicio público, pero no se realiza el hecho abusando del cargo o de sus funciones".

Insiste, como en las demandas anteriores, en que los procesados estaban en territorio ajeno al de su competencia y no se hallaban cumpliendo misión oficial y que, por consiguiente, no cometieron el delito por el cual fueron llamados a juicio por lo que, al hacerlo, se incurrió en nulidad por error en la calificación jurídica del delito.

Segundo cargo. Enmarcado en la causal primera (cuerpo segundo) de casación, lo hace consistir el censor en los errores cometidos al apreciar las pruebas de cargo, en primer término la referente al reconocimiento en fila de personas, acerca de lo cual repite las críticas que enderezaron, contra dicha diligencia, los autores de las demandas anteriormente resumidas.

Agrega, empero, que no sólo se cometió manifiesto error de hecho en la valoración del dicho

elemento de convicción, sino también error de derecho en la ritualidad de la prueba por la forma como fue llevada a cabo ya que, dice, el juez intervino indebidamente en ella señalando a los acusados para que fueran reconocidos por los testigos.

Brevemente se refiere el demandante a la forma como fue identificado el vehículo de la Aduana, para decir que quienes hicieron el reconocimiento del mismo no llegaron a precisar nada, no obstante lo cual se tuvo ese hecho como una prueba incriminatoria.

Cuarta demanda. Se refiere al procesado Rosendo Díaz Bermúdez y se estructura, también, sobre los mismos lineamientos que las anteriores, en particular de los correspondientes a la que se acaba de reseñar.

En efecto, presenta dos cargos contra la sentencia, el primero de ellos dentro de la causal cuarta, por los mismos motivos que se viene de ver, o sea, por errónea denominación del delito, pues se sostiene nuevamente que no se trataba de una concusión, ya que los procesados, en caso de ser ciertos los hechos, no se hallaban en territorio de su jurisdicción, por lo que no puede hablarse de abuso del cargo y no estaban cumpliendo misión especial relacionada con el mismo por lo que, al calificarlos de la forma como lo hizo el juez, se incurrió en nulidad por la causal dicha.

El segundo cargo también corresponde al de la misma ubicación en la demanda anterior, esto es, error de hecho en la apreciación de la diligencia de reconocimiento y en las referentes al reconocimiento del vehículo.

El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo Delegado Penal, resolvió, como se deja dicho, examinar en su conjunto las cuatro demandas, analizando los cargos en el orden lógico en que han debido presentarse, aun cuando algunas de ellas no lo observaron, motivo por el cual comienza por el que todos los demandantes proponen dentro del marco de la causal cuarta, o sea, nulidad por errónea denominación jurídica del delito.

A este propósito dice la Procuraduría que "las previsiones del artículo 156 del Código Penal no limitan en forma alguna el radio de acción del hecho punible a circunstancias de lugar y más concretamente al de la jurisdicción del empleado o funcionario, sujeto activo del mismo. El cargo, la investidura es inherente a la persona que la ostenta, hasta tanto no sea despojado de ese carácter o lo pierda por los medios indicados por la propia administración que se le dio. Entonces el abuso de poder, del cargo o de las funciones se pueden dar dentro del marco de la propia jurisdicción y a fortiori fuera de él, tanto más cuanto que los integrantes de la patrulla número 1 de la Aduana Interior de Bogotá que en el vehículo oficial de placas D-16-26, para la época de los hechos investigados y desde su nombramiento y posesión eran funcionarios o empleados nacionales, así hayan estado adscritos a la Aduana Interior de Bogotá, y en tal carácter se dedicaban a ejercer sus funciones de requisa e incautación de mercancías por las carreteras de Santander entre el 3 y 4 de marzo de 1977. Allí abusando de su cargo y de sus funciones constriñeron e indujeron explícitamente al comerciante en café, Eladio Díaz Angulo, a prometerles o darles $ 35.000.00 que es precisamente la conducta típica y antijurídica que va contra la administración pública y se distingue de aquéllas que van contra la propiedad".

Agrega que los demandantes no concretan el delito que en su sentir pudo haberse estructurado "pues en forma ambigua, vaga y en todo caso dubitativa enuncian un posible delito contra la propiedad, ya como delito de robo, ya como delito de extorsión".

Pide, en consecuencia, que se rechace la censura.

Respecto a los cargos formulados dentro de la causal primera, examina por separado la Procuraduría las diversas demandas en el orden de su presentación, o sea comenzando por la del apoderado especial de Jorge Eliécer Guiza López.

Al referirse a las críticas que este demandante hace a la apreciación de la prueba testimonial de cargo, dice que están expuestas en forma difusa y antitécnica y que no envuelven la demostración de errores manifiestos, claros y precisos "en tal forma que entrañen una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Agrega que el actor no hace más que reiterar las presentadas durante el proceso y a las que tanto el juzgado como el Tribunal han dado respuesta adecuada.

Continúa diciendo que si bien existen discrepancias entre los testigos en cuanto al uniforme de los guardas, el kepis de los mismos, sus armas, el dinero, la cantidad de café y el vehículo en que aquéllos se trasladaban "se reducen a simples discordancias sin trascendencia y más bien

debidas a circunstancias de visibilidad, distancia, estado anímico del testigo o testigos al percibir los hechos u objetos mediante sus órganos de percepción y al momento de rendir su declaración, discordancias que refuerzan precisamente su credibilidad en la forma analizada por el juzgador en la sentencia impugnada, en conjunto con las demás pruebas y que relievan precisamente la inexistencia de la confabulación de testigos".

Los errores alegados en las demandas, concluye el Ministerio Público, no han sido demostrados y los esfuerzos hechos en tal sentido ponen de relieve, por el contrario, que no son claros, ni ostensibles ni manifiestos como lo exige la causal de casación invocada.

También rebate las censuras sobre error de derecho por lo que respecta al reconocimiento en rueda de personas, observando que pese a estar presentes los apoderados de los sindicados ninguno de ellos hizo observaciones acerca de la forma como se llevó a cabo dicha diligencia y que, además, no es esta prueba la única en que se apoya el fallo condenatorio.

Al examinar la demanda relativa al procesado Alfonso Nieto reitera que "el censor no logró demostrar los errores de hecho que en su sentir originaron la violación de la ley sustancial, pues que las pretendidas contradicciones en las que incurren los testigos son más bien cuestiones puramente accidentales que en nada tocan con el fondo mismo de los hechos que de consuno prueban y que fueron, estos sí, tenidos en cuenta en la sentencia impugnada al tomar toda la prueba, no sólo la testimonial, en su verdadero valor, siguiendo las normas de la crítica del testimonio, condiciones del objeto y de los testigos, y las circunstancias, para apreciar razonablemente su credibilidad, frente a las demás pruebas, sino también la indiciaria, constituida por múltiples indicios en sí no impugnados en sede de casación, pues ni siquiera se enuncia la norma o normas reguladoras de esta clase de pruebas en la ley de pruebas, artículos 239 al 235 del Código de Procedimiento Penal" (sic).

En la misma forma se refiere a las demandas correspondientes a José Antonio Sánchez Rincón y Rosendo Díaz Bermúdez, agregando que la insistencia del censor al presentar el testimonio del capitán Hernando Morales Vives, está contrastada por el hecho ya señalado de que ninguno de los apoderados dejó constancias sobre presuntos vicios en la prueba de reconocimiento.

Y termina señalando que hay contradicción en la actuación del censor al atacar una misma prueba por error de derecho y por error de hecho, pues sigue mal aducida, no cabía alegar que fue mal apreciada y a la inversa.

Como conclusión de todo, el Procurador Segundo Delegado Penal pide que se desechen los cargos y que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Procede la Sala a hacer el examen de los cargos enderezados contra la sentencia recurrida, mas como quiera que son los mismos en las cuatro demandas que se dejan resumidas, estima inútil repetición analizar por separado cada una de ellas.

Teniendo eso en cuenta y, además, el hecho de que, de acuerdo con la técnica propia del recurso, debe estudiarse primero el de nulidad, porque de prosperar resultaría inoficioso el estudio de los otros, a ello procede por medio de los razonamientos que a continuación se exponen:

Causal cuarta de casación.

Alegan los demandantes que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por haberse incurrido, según ellos, en error en la denominación jurídica del delito ya que los sindicados fueron llamados a juicio y condenados por el de concusión sin ser, en su concepto, ésta la infracción penal configurada sino, en caso de haberse probado los hechos, lo que los censores niegan rotundamente, un delito contra la propiedad.

El argumento fundamental en que basan esa afirmación es el de que los procesados se hallaban fuera de su jurisdicción, pues el territorio en que operaron la noche de autos no pertenecía a la Aduana Interna de Bogotá, lo que hace que, para el caso, debieran considerarse como simples particulares, pues estaban despojados de autoridad, no se hallaban en ejercicio de su cargo y no podían, por lo tanto, abusar de éste ni de las funciones inherentes al mismo.

Empero, no han podido los demandante demostrar, ni lo han intentado siquiera, que fuera de los límites territoriales de su función, el funcionario público deja de serlo, esto es, pierde esa calidad y se convierte en un simple particular.

Los límites territoriales de la función son factores objetivos que señalan el ámbito geográfico dentro del cual puede ejercerse, de acuerdo con su naturaleza.

Quien la ejerce fuera de ellos, está procediendo abusivamente, como lo hace el que ejecuta actos que no le competen por haber sido atribuidos a otras autoridades.

Pero fuera de esos límites, el funcionario conserva su investidura de tal y aunque sus actos pueden ser afectados de irregularidad y aun de nulidad, de todos modos es un agente del Estado y representa la administración pública.

Ahora bien, la concusión, es ante todo, un delito contra dicha administración y viola los deberes que el funcionario tiene en relación con la misma, especialmente aquéllos que consisten en el uso de la función en cuanto no debe emplearla en detrimento de los particulares y, específicamente, no para infundir temor en ellos y obtener, de este modo, un provecho.

Es por eso que la ley sanciona no sólo el abuso de la función sino también el del cargo, esto es, el hecho de pertenecer a la administración pública y estar, por lo tanto, investido de autoridad, que es, ante todo, poder de actuar y que, a menudo, se traduce en intimidación, o sea en el tan mencionado metu publicae potestatis.

Para que se produzca ese efecto y, por lo tanto, el daño al bien jurídico tutelado, no se requiere, es menester repetirlo, que el funcionario obre dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, pues bien puede estar fuera de ella, en tanto se presente como representante de la autoridad.

Sobre este particular ha dicho la casación italiana, interpretando una norma (artículo 317) fundamentalmente igual a la nuestra que "no tiene importancia la incompetencia territorial del funcionario público" (11 de julio de 1939) y que "no es necesaria la competencia del funcionario público" (17 de enero de 1951).

En el caso de autos no hay duda de que los procesados se presentaron como agentes de la Aduana y que algunos de ellos estaban uniformados y aun con armas, además de que se movilizaban en un vehículo de la entidad oficial a la que pertenecían, todo lo cual hacía que fueran tomados por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, sin importar que estuvieran fuera de los límites territoriales del ente público del cual hacían parte.

En consecuencia, el hecho de hacerse entregar dinero bajo la amenaza de decomisar, en caso contrario, tanto el vehículo perteneciente al denunciante como el cargamento que éste transportaba, configura el delito de concusión por el cual fueron llamados a juicio, lo que deja sin fundamento la alegación que se examina de que se incurrió en error en el nombre de la infracción penal a ellos atribuída y por la cual se les llamó a juicio y condenó posteriormente.

No prospera este cargo.

Causal primera de casación. Prolijos, unos más que otros fueron los demandantes en el examen de la prueba testimonial con el propósito de demostrar que se había incurrido en error de hecho y aun de derecho en la valoración y la aducción a juicio.

El hecho de que tan minuciosas comparaciones entre unas y otras declaraciones les hubiera parecido absolutamente indispensable para sacar adelante sus puntos de vista, ya indica que no hay en los autos ese error manifiesto a que hace referencia el segundo cuerpo de la primera causal de casación, alegada en el presente caso y que, como la Sala lo ha dicho en otras oportunidades, tiene que ser "descubierto, patente, claro", esto es, concretarse en una contradicción protuberante entre la verdad del proceso y la interpretación que de las pruebas haya hecho el juzgador, lo que no ocurre en el presente caso.

El cotejo de testimonios es un socorrido método para pretender desvirtuar su credibilidad con base en sus aparentes contradicciones, frecuentes en esta clase de pruebas ya que, si ellos son sinceros y espontáneos, fácil será encontrar divergencias de palabras y modos de expresión entre unos y otros.

"No pueden existir, dice Tesaura, dos testimonios idénticos", Y este mismo autor cita a Fiore quien dice: "Para que dos testimonios sobre un mismo hecho —que en realidad es un estímulo— fuesen perfectamente idénticos, deberían ser perfectamente idénticos los dos procesos nerviosos en virtud de los cuales la realidad se transforma en conocimiento y testimonio: y en consecuencia deberán ser idénticos los dos sistemas nerviosos que aquellos procesos elaboran. Y por cuanto es evidente lo absurdo de esta hipótesis podemos sin más afirmar, parafraseando el antiguo proverbio tot capita, tot testimonia".

Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que los testimonios examinados por los demandantes en relación con la censura que hacen a la sentencia de haber valorado erróneamente dicha prueba implican disparidades que, sin embargo, no pueden elevarse a la categoría de errores de hecho manifiestos, con decisiva influencia en la suerte de la sentencia, como pretenden aquéllos.

En efecto, las discrepancias sobre la forma como iban vestidos los procesados la noche de au-

tos, no alcanza a desvirtuar la conclusión a que llegaron los juzgadores de que estaban uniformados, pues esa expresión no puede tomarse como la de que todos llevaran uniformes sino de que ese tipo de vestuario era portado por algunos de ellos en forma que permitió al denunciante y a algunos testigos hacer la afirmación de que lo estaban.

Otro tanto puede decirse de la que los procesados se hallaban armados, pues resulta innegable que algunos de ellos portaban revólver y alguno una metralleta.

Así mismo, en cuanto al vehículo, no importa cuál fuera el número exacto de la placa si sobre la mayor parte de los signos que la componían, más concretamente, los numéricos, no hubo discrepancia alguna entre los testigos, así como tampoco en que era de la Aduana, dato este más importante que las letras de la placa.

Las diferencias entre los testigos sobre el origen del dinero, el lugar en que el denunciante lo tuviera guardado, la forma como fue entregado y contado no alcanza a desvirtuar la concordancia de los diversos testimonios sobre el hecho de que estaba en la casa del denunciante, fue sacado de allí por éste, entregado por él a los procesados y contado por ellos a la luz del bombillo de la cabina del "jeep", hechos perfectamente establecidos en los autos a virtud de la concordancia que sobre ellos se advierte en las declaraciones no importando sus discrepancias en otros aspectos.

Y en cuanto a los reconocimientos, que han sido la prueba más atacada por los demandantes, quienes la consideran, como dice uno de ellos, "crucial" para determinar la condena de los procesados, no se alcanza a comprender cómo si fueron tan protuberantes las irregularidades cometidas en ellos y que consistieron, según algunos declarantes, en señalar el juez a los sindicados para que los testigos pudieran reconocerlos, tomando inclusive a algunos de ellos por las ropas y sacándolos de las filas, hecho que ningún defensor o apoderado hubiera dejado de rechazar, no motivó la más leve protesta de éstos en el acto mismo de sucederse acontecimientos tan graves para la suerte del proceso y, por lo tanto, la de los en él comprometidos.

Es más: ni siquiera los sindicados protestaron, ni pidieron ampliación de indagatoria para hacer constar esos hechos, ni los mencionaron en el acto de la audiencia.

Este silencio de apoderados y defendidos es más que suficiente para que no se dé a esas declaraciones en contrario a la legalidad de la prueba la importancia que les conceden los censores.

En síntesis: no aparece el error grave, manifiesto, decisivo que hubiesen cometido los juzgadores en la apreciación de la prueba ni en la ritualidad de algunas de ellas y que justificara la crítica que le hacen los demandantes con miras a buscar la casación del fallo y no habiendo alcanzado aquéllos sus propósitos, deben desecharse sus censuras y no casarse la sentencia.

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 Segundo Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL. MOMENTO CONSUMATIVO

El delito se consuma en el lugar donde se realice el verbo rector de la conducta típica

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 12.

Bogotá, D. E., febrero 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha de resolver la Sala colisión negativa de competencias entre los Juzgados Tercero Superior de Pereira y Primero Superior de Cúcuta.

Hechos

Jaime Sierra y José Helmer Benjumea, residentes en Pereira, contrataron los servicios de Hernán Correa, vecino de la misma ciudad, para que les consiguiera visas que les permitiesen viajar a la vecina república de Venezuela; acordado el precio de la gestión y recibido parte de él, se desplazaron a la ciudad de Cúcuta, lugar donde Correa les entregó los documentos requeridos; al ser presentados a las autoridades venezolanas, éstas comprobaron que habían sido falsificados.

Resultandos

Antes del cierre de la investigación, el Juzgado Tercero Superior de Pereira que venía tramitando el sumario, manifestó en auto del 2 de octubre pasado su incompetencia para conocer del proceso al considerar que la falsedad documental imputable al sindicado hubo de realizarse en la ciudad de Cúcuta "si se tiene en cuenta que el estafador viajó hasta aquella ciudad donde tenía sus enlaces, los que seguramente, intervenían en la elaboración del documento falso" (folio 185).

Por su parte, el Juzgado Primero Superior de Cúcuta asevera que los hechos se consumaron en Pereira con el argumento de que el procesado recibió allí los emolumentos "que le permitirían llevar a feliz término su falsa y, por ende, antijurídica gestión" (folio 190).

Considerandos

Se investigan en este proceso, probables delitos de falsedad en documento público y estafa en concurso material; esta conexidad naturalística y jurídica determina unidad de competencia judicial en cuanto que de ambos comportamientos habrá de conocer un solo juez; precisamente aquél de mayor jerarquía, puesto que tales delitos están sometidos a diversas competencias; quiere decir que ésta se adscribe al Juzgado Superior del territorio donde se cometió el de falsedad documental. Ahora bien, como este delito se consuma en el lugar donde se realiza la inmutatio veritatis *o más exactamente donde el actor ejecuta la acción concretada en uno cualquiera de los verbos rectores señalados en el artículo 231 del Código Penal de 1936, o la falsificación documental descrita en los artículos 218 a 220 del nuevo Código Penal, síguese que su conocimiento corresponde al Juzgado Superior del territorio donde tal consumación haya ocurrido.*

En el presente caso, tanto el sindicado (folios 13 y 14) como los destinatarios de las visas (folios 134/5 y 157/8) señalan que ellas fueron expedidas en la ciudad de Cúcuta, a donde los tres viajaron, el primero para lograr los citados documentos y los segundos para recibirlos. Y si allí tuvo lugar la falsificación investigada, es al Juzgado Primero Superior de aquella ciudad a quien corresponde el conocimiento de este proceso.

Ninguna importancia tiene la consideración que dicho funcionario hace sobre la recepción de

emolumentos por parte del sindicado —que, por lo demás parece haber recibido en dos contados, uno en Pereira y otro en Cúcuta—, puesto que ella se refiere al eventual delito de estafa, infracción ésta que no tiene influencia en este caso en punto a competencia, como que ella está regida por el delito adscrito al funcionario de mayor jerarquía, es decir, por la falsedad documental.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión negativa de competencias entre los Juzgados Tercero Superior de Pereira y Primero Superior de Cúcuta, en el sentido de señalar como competente para conocer de este sumario al segundo de ellos. Remítasele el expediente y comuníquese esta decisión al señor Juez Tercero Superior de Pereira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITOS COMETIDOS POR JUECES

Revisten mayor gravedad que los cometidos por otros funcionarios de la administración pública, porque los intereses puestos bajo su cuidado son tan importantes para la sociedad, que su lesión por parte del juez, incide en forma profunda y grave en la esencia misma de la colectividad; por ende, deben ser sancionados con mayor rigor

PELIGROSIDAD

No desapareció con el nuevo Código Penal, pues existen varias disposiciones que hacen expresa mención de ella. Ocurre, sin embargo, que ya no se sanciona sólo por la capacidad de delinquir —delito imposible y reincidencia, según el Código Penal anterior— sino que ahora, la pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y la libertad de obrar en el delincuente con conciencia y voluntad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 12.

Bogotá, D. E., febrero 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En auto de 9 de diciembre de 1980, el Tribunal Superior de Cali resolvió negar la libertad provisional solicitada ante esa entidad por el doctor Darío León López Pérez.

De esa providencia apeló el peticionario y para que se surtiera la alzada se envió, en copias, el expediente a esta Sala, donde se le ha dado al recurso el trámite de rigor hasta obtener el concepto de la Procuraduría, por lo cual se procede a decidir.

El doctor Darío León López Pérez fue llamado a juicio por auto de la Corte Suprema de Justicia fechado a treinta (30) de septiembre de 1980, como responsable por el delito de prevaricato, cometido en Cali cuando desempeñaba, en el mes de octubre de 1976, cargo de Juez Segundo Penal Municipal de esa ciudad.

El Tribunal, en la providencia recurrida expresa que el peticionario no tiene derecho al beneficio que impetra porque "es un profesional del derecho, un hombre culto y a no dudarlo con perfecta conciencia de sus propios actos. Por otra parte, su calidad de juez de la república que ostentaba al momento de llevar a cabo la ejecución de los actos por los cuales la honorable Corte Suprema de Justicia hubo de enjuiciarlo por el delito de 'prevaricato', de que trata el artículo 168 del Código Penal, le imponían al doctor López Pérez especiales deberes, obligaciones y una tremenda responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que a no dudarlo debía ejercer con la más absoluta imparcialidad y honestidad, como un genuino representante de la autoridad".

En memorial dirigido a la Corte por el apoderado, sostiene éste que no es posible tener en cuenta, para juzgar la gravedad del delito cometido, las funciones de juez, ya que estas son elementos constitutivos del ilícito mencionado, pues sólo pueden cometerlo los funcionarios públicos, esto es, personas encargadas de ejercer funciones a nombre del Estado.

Agrega que no es de recibo hablar, dentro del nuevo Código Penal, de peligrosidad, ya que este estatuto penal prescindió de esta clase de consideraciones y se orientó por un criterio culpabilista.

El Ministerio Público, representado en la presente instancia por el Procurador Primero Delegado Penal, solicita que se confirme la providencia apelada por estimar que, dadas las características del hecho que se juzga, éste reviste especial gravedad y que, por consiguiente, no se cumplen las condiciones que para la obtención de la libertad provisional, con base en la condicional, establece la ley.

Refiriéndose al memorial del apoderado y, específicamente a la parte de éste en que se critica que el Tribunal haya considerado peligroso a su representado por el hecho de haber delinquido siendo funcionario público, dice la Procuraduría que "no es que el cargo denote peligrosidad, conforme a la crítica del recurrente, lo que acontece es que ciertos sujetos acusan una mayor insensibilidad social y denota carencia de frenos morales cuando delinquen amparados en la función que ostenta". Tampoco es verdad que cuando la calidad de funcionario sea elemento del tipo, deba hacerse caso omiso de esta circunstancia para estudiar la peligrosidad del agente, pues en el desviado ejercicio de una función pública pueden cometerse delitos graves y delitos leves.

Consideraciones de la Corte

Dos son los principales argumentos que el apoderado expone para fundamentar la solicitud de que se conceda a su patrocinado el beneficio de que se viene haciendo mención: el primero de ellos, es el de que no puede tomarse como base para negar la libertad condicional, y, por ende, la provisional, la consideración de que se trata de un delito grave por la calidad del sujeto activo, ya que siempre en esta clase de ilícitos contra la administración pública, el agente tiene a su cargo una función encomendada a él por el Estado y entonces ninguno de los autores de tales infracciones podrían gozar nunca de libertad anticipada.

El segundo argumento es la orientación del nuevo Código Penal que ha prescindido, a su entender, del concepto de peligrosidad, por lo cual no es posible mencionarlo para agravar la situación del inculpado negándole el beneficio que solicita.

Al primero de esos planteamientos hay que responder que *si bien todos los delitos contra la administración pública tienen como característica común constituir la violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamados funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad, ya que unos la tienen mayor que otros.*

En efecto, no sólo existen deberes más ponderosos y funciones más delicadas en unos empleados oficiales que en otros, en forma que algunos han sido revestidos de mayor dignidad que otros, o de más autoridad, o tienen más dilatada y profunda influencia en las relaciones oficiales, sino que, aun considerando empleados de la misma categoría, pueden presentarse casos en que los intereses comprometidos en la función sean de mayor importancia que en otras circunstancias o que los encargados al manejo de otros empleados.

Ciertamente los empleados oficiales tienen por misión primordial representar a la administración pública, expresar la voluntad de ésta, comprometer jurídicamente al Estado, lo cual deben hacer con dignidad, desinterés, probidad, competencia, fidelidad y decoro.

Pero en el ejercicio de determinadas funciones su actuación debe revestir, en el más alto grado, esas calidades por ser de tal manera importantes para la sociedad los intereses puestos en manos de ellos, que su lesión por parte del funcionario, incide en forma profunda y grave en la esencia misma de la colectividad.

Tal es lo que sucede con los atinentes a la justicia. Es esta, sin duda alguna, uno de los pilares de la vida social sobre todo en las épocas de crisis cuando se está perdiendo la fe en los valores seculares.

Entonces el juez debe mostrarse como el inconmovible guardián de los mismos, digno, por ello, de la confianza de todos.

"En el implacable viento de escepticismo que arremete contra todo el orden jurídico y que derrumba junto con las instituciones, los principios en que se apoya la vida social, dice un autor, ¿qué otra cosa es el juez sino el guardián de esos principios a punto de extinguirse y de perder su fuerza para conmover los corazones?" (Franco Antonio Cusimano, Il Problema della Giustizia del Raporto Processuale).

Nuestro país está siendo flagelado en estos momentos por uno de los peores males que pueden

azotar nación alguna: el tráfico de estupefacientes. A la justicia se ha encomendado parte importante en la lucha contra él, cual es la de sancionar a quienes lo ejercen.

El juez que traicione ese deber comete un delito cuya gravedad es mucho mayor que la de cualquier otro acto ilícito contra la administración pública. De ahí por qué no sólo su condición de funcionario público es la que debe tenerse en cuenta sino la calidad del acto por él ejecutado dentro de la función que le es propia.

Esto hace que a quienes violen de modo tan grave esos deberes haya que sancionarlos con mayor rigor que a los que, en otros cargos de la administración pública (entendida en sentido lato) pero que no están en esas posiciones claves, faltan a los deberes propios de sus cargos.

En cuanto a la alegación de que no puede invocarse la peligrosidad por haber desaparecido del nuevo Código Penal, hay que decir que eso no es cierto. En verdad, el Código Penal de 1980 ha fundado la pena primordialmente en la culpabilidad, siguiendo el principio universal tot culpa, tot pena *dando con ello un vuelco a la orientación penal sustantiva que en el anterior Código se asentaba no principalmente en la cantidad de daño causado sino en la capacidad de causarlo y que en el nuevo se rige por la cantidad y la forma como intensión y voluntad, es decir, la libertad de conocer y decidirse, hay en cada acto.*

Pero eso no quiere decir que se haya perdido de vista la personalidad del delincuente. Varias de las disposiciones del nuevo estatuto de las penas hacen expresa mención de ella, entre otras la referente a la libertad condicional (artículo 72 del Código Penal) y quien dice "personalidad" dice capacidad de delinquir y, por lo tanto, peligrosidad.

La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad, es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una conación perfecta entre el uno y la otra.

Así, pues, no es desacertado mencionar en la vigencia del nuevo Código la capacidad de delinquir para efectos de la medición de la pena y de otras consecuencias del acto delictuoso. En las circunstancias de agravación punitiva que menciona el artículo 66 varias se relacionan directamente con la peligrosidad, tales como los motivos del acto (numeral primero) la insensibilidad moral del delincuente (numeral segundo), la conducta que indica una mayor perversidad (numeral decimotercero).

Lo que pasa es que ya no se sanciona sólo por la capacidad de delinquir como ocurría antes cuando se castigaban el delito imposible y la reincidencia, sino que ahora toda pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y como medida principal la libertad de obrar en que el delincuente estuvo en el momento del acto y la conciencia y voluntad de su conducta.

Teniendo esto en cuenta y en estrecho enlace con la consideración anterior, es preciso concluir que quien estando sujeto a deberes imperiosos de la mayor importancia dentro del Estado, encomendados a él para la defensa de la sociedad, los viola en forma deliberada y grave, tiene una personalidad no sujeta a frenos morales y que constituye un peligro para la colectividad en que vive.

Estas reflexiones son legítimas y pertinentes en el caso de autos y llevan a negar, como lo ha hecho el Tribunal, la libertad a quien ha obrado dentro de las circunstancias que lo hizo el peticionario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Primero Delegado Penal, y acorde con él,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA AMISTAD COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

La amistad es causal de impedimento o recusación, cuando es íntima. Vale decir, en aquellos eventos en que trasciende los planos de las formalismos y conveniencias propios de la vida de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 12.

Bogotá, D. E., febrero 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

El honorable Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Raúl Trujillo Cortés manifestó a sus compañeros de Sala su impedimento para continuar en el conocimiento de este proceso. Como el resto de la Sala no lo aceptó, ha de resolver la Corte lo que en derecho corresponda.

Resultandos

Fundamento legal de su impedimento es el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal y motivación, la existencia de "lazos de amistad" con el doctor Antonio Cancino Moreno, profesional que apodera a uno de los sindicados en este sumario; como prueba de tal efecto señala que el doctor Cancino nombró a su hijo Miguel Raúl Trujillo como secretario de coordinación de la revista de "Derecho Penal y Criminología" de la que es jefe de redacción.

La Sala Dual no aceptó el impedimento manifestado por su colega, con el argumento de que la amistad declarada por él no es la de naturaleza íntima que exige el estatuto procesal, sino aquélla que se exterioriza en "una relación y contrato social propio de la cortesía y las buenas maneras".

Considerandos

1. *En providencia del 6 de diciembre de 1979 dijo esta Sala en punto a la causal de impedimento que ahora se ventila: "El Código de Procedimiento Penal no ha erigido la amistad pura y simple como causal de impedimento o de recusación, sino la amistad íntima, vale decir, aquélla que trasciende los planos de los formalismos y conveniencias propios de la vida de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual entre dos seres que se identifican o complementan y que mantienen por eso, más o menos estables relaciones interpersonales de complementación mutua y desinteresada ayuda".*

2. *Y en otra más reciente oportunidad señaló que las ordinarias relaciones de amistad que dan lugar a servicios de carácter profesional, de colaboración o ayuda, "permanecen en el nivel de las que integran y sostienen la vida comunitaria y sólo se elevan a la categoría de la amistad íntima cuando superan ese plano y penetran en el estrecho y privilegiado nivel del afecto personal profundo, desinteresado y constante. Es esta especial categoría espiritual la que tiene fuerza suficiente para desviar la ecuánime objetividad del juzgador —cuando de ella es protagonista— hacia determinaciones en que suele pesar más el sentimiento positivo que tiende a perdonar o a disculpar o que oculta la realidad" (auto del 25 de marzo de 1980).*

3. En el presente caso, ni el honorable Magistrado Trujillo Cortés ha calificado como íntima la amistad que lo une al doctor Cancino Moreno, ni el caso que indica para demostrarla puede catalogarse como demostración de ese profundo y perdurable afecto espiritual que carac-

teriza aquella amistad que el legislador ha considerado como causal de impedimento.

4. La situación planteada no constituye, pues, obstáculo alguno para que el honorable Magistrado Trujillo Cortés continúe ejerciendo con imparcialidad y pulcritud su función jurisdiccional en esta investigación.

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

Resuelve:

No ACEPTAR el impedimento propuesto por el honorable Magistrado Raúl Trujillo Cortés y, en consecuencia, disponer que continúe conociendo de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

OPINION EXTRAJUDICIAL ARTICULO 78 NUMERAL 4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Para que sea procedente el impedimento, es necesario que la opinión comprometa la independencia e imparcialidad del funcionario, de tal forma que sea vinculante para futuras actuaciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26371.

Aprobado: Acta número 12.

Bogotá, D. E., febrero 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Resuelve de plano la Corte el impedimento manifestado por el doctor Eduardo Torres E., en su condición de Procurador Tercero Delegado en lo Penal, para conceptuar en el proceso contra el doctor Víctor Zambrano Pantoja, como ex Comisario Especial del Amazonas.

El impedimento

El señor Procurador hace consistir su impedimento en las circunstancias siguientes:

"... examinadas las diligencias aparece que éstas se iniciaron en esa alta Corporación con base en copias remitidas por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa para verificar hechos ilícitos y más concretamente, la importación irregular de dos vehículos efectuada por el procesado como Comisario del Amazonas, por no cumplir los requisitos legales.

"De las mismas copias aparece que en relación con tal irregularidad y otras varias que fueron objeto de investigación y decisión conjunta, el suscrito Agente del Ministerio Público como Procurador Delegado para la Contratación Administrativa intervino en el perfeccionamiento de la averiguación administrativa, seguidamente con base en las diligencias existentes, dispuso la formulación de cargos al funcionario acusado y agotado el procedimiento prescrito por la Ley 25 de 1974, impuso al actualmente procesado sanción por sentencia o resolución de 31 de enero de 1980, la cual fue objeto de confirmación por el correspondiente superior (folios 1 y siguientes, 63, 72 a 100, 101 y siguientes, 111 a 129, 146 a 159, cuaderno 1º de copias).

"Significa lo anterior que el suscrito en la calidad expresada o indicada, emitió concepto de fondo sobre el asunto que es ahora objeto de investigación penal, al decidirlo en la vía administrativa, lo cual configura el motivo de impedimento contemplado en el numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal por haber '... manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso ...'".

Se considera

La Corte ha venido sosteniendo que los actos ejecutados por los jueces y Magistrados y por los respectivos agentes del Ministerio Público, en cumplimiento de sus deberes oficiales dentro de un asunto, no pueden constituir motivo de impedimento para futuras intervenciones en el mismo proceso.

Tratándose de intervenciones en asuntos penales distintos o en cuestiones de diversa naturaleza (civiles, laborales o simplemente administrativos) la Corte viene aceptando impedimentos, siempre y cuando las actuaciones de estos funcionarios comprometan su independencia e imparcialidad, porque entrañan, sin lugar a dudas, un verdadero prejuzgamiento que los liga

a su anterior punto de vista. Y, con mayor razón cuando conceptuaron u opinaron de fondo sin tener investidura pública u oficial alguna.

El caso de autos es claro. El doctor Eduardo Torres E. cuando ejercía el cargo de Procurador Delegado para la Contratación Administrativa hubo de proferir resolución sancionatoria contra el doctor Víctor Zambrano Pantoja por los mismos hechos a que se contrae este proceso, tuvo que analizar la conducta de éste y gran parte de la prueba que se ha recaudado en el sumario, emitiendo conceptos y opiniones que lo comprometen definitivamente. En consecuencia, el impedimento que con estas bases propone le debe ser aceptado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA FUNDADO el impedimento manifestado en este proceso por el doctor Eduardo Torres E., en su condición de Procurador Tercero Delegado en lo Penal y DISPONE que el asunto pase al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien le sigue en turno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PECULADO

La atenuación punitiva, por reintegro total o parcial, no puede operar cuando los bienes del Estado se han recuperado por la acción unilateral de la justicia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26159.

Aprobado: Acta número 12.

Bogotá, D. E., febrero 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 24 de marzo de 1980, que confirmó la del Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de esta capital proferida el 12 de enero del mismo año, reformándola en el sentido de condenar por el delito de peculado a Germán Isidro Espinosa Silva a la pena principal de cuarenta y ocho meses de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Han sido resumidos en la siguiente forma:

"... Se inició la presente investigación con base en la denuncia formulada por Jairo Carvajal Saledo, empleado supervisor de la Empresa de Teléfonos de Bogotá el pasado veinte de septiembre de mil novecientos setenta y ocho manifestando que tuvo conocimiento, cinco meses antes, que el ingeniero Londoño retiró tres plantas eléctricas y cuatro electromecanos con el fin de reintegrarlos a las bodegas para su custodia a Germán Espinosa Silva, quien era el jefe de reintegros de la bodega de la empresa, situada en la carrera 13 número 12-06, de donde posteriormente desaparecieron, pudiendo evidenciar administrativamente que el mencionado empleado Espinosa no pudo dar explicaciones satisfactorias de tal desaparecimiento. Con posterioridad, en ampliación de su denuncia, afirma que se pudo establecer que Espinosa había vendido dichos objetos, los cuales pudieron ser recuperados por efectivos del F-2 ...".

La demanda

Acusa alternativamente la sentencia de segundo grado con base en las causales primera y cuarta de casación (artículo 580-1-4 del Código de Procedimiento Penal) por violación indirecta de la ley sustancial, por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, para que se dicte por la Corte el fallo que corresponda o se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto calificatorio, inclusive, en adelante.

Como lo enseña la técnica del recurso, presenta primero los cargos de nulidad y, luego, los de violación indirecta de la ley.

1. Al amparo de la causal cuarta, sostiene:

"... El fallo condenatorio de segunda instancia fue proferido por el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal—, hallándose el juicio viciado parcialmente de nulidad, al tenor de lo previsto en la causal quinta del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, al calificar los hechos imputados al obrero Germán Isidro Espinosa Silva como tipificadores del delito de peculado descrito en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, cuando la denominación jurídica que corresponde a los hechos debatidos no puede ser otra distinta a la prevista en el Título XVI, Capítulo V del Código Penal vigen-

te, con el nombre genérico 'del abuso de confianza y otras defraudaciones' ...".

Para fundamentar el cargo hace un serio análisis probatorio y concluye:

"... en el caso que nos ocupa está diáfanamente demostrado que Germán Isidro Espinosa Silva al realizar la conducta por él mismo aceptada en su indagatoria, no ostentaba cargo alguno como funcionario o empleado público con funciones de dirección, confianza o manejo. Y si como *obrero* llegó a tener esas funciones, de acuerdo con el contrato de trabajo número 422 de junio 4 de 1974, ya hemos visto que tal documento no se allegó al informativo, sin que puedan deducirse de la costumbre, como lo da a entender el fallador *ad quem*, pues en materia penal esa fuente subsidiaria de derecho no tiene aplicación.

"Entonces, no existiendo, como no existe, la demostración plena de uno de los elementos normativos del tipo que describe el delito contra la Administración Pública (Peculado), por el cual fue enjuiciado y sentenciado, cuál es la calidad de funcionario o empleado público de Germán Espinosa Galvis al apropiarse de las máquinas eléctricas de propiedad de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, debe concluirse que hubo error en la calificación jurídica dada a los hechos en el auto de proceder, pues el acusado bien pudo incurrir en un delito contra la ajena propiedad (abuso de confianza), pero jamás en el de peculado, entidad delictiva ésta sancionada con mayor drasticidad que aquélla y, por ende, más lesiva para la defensa de mi patrocinado, pues se quebrantó directamente la norma que tipifica y sanciona el peculado, porque al dar a los hechos una calificación jurídica equivocada, dio origen a que se aplicara indebidamente para que, a su vez, se dejara de aplicar la norma que describe y sanciona el delito de abuso de confianza (artículo 412 del Código Penal), al cual encuadran perfectamente los hechos debatidos en el juicio, pues como lo reconoce el mismo Espinosa Silva, se apropió en provecho suyo o de terceros de bienes de la empresa afectada, abusando de la confianza que ésta le depositó ...".

2. Acudiendo a la causal primera, cuerpo segundo, formula cinco cargos así:

a) "... *Primer cargo*. Violó indirectamente el artículo 3º del Decreto 1358 de 1951, por error de hecho, al afirmar que '... la apropiación y aprovechamiento de las siete máquinas constituyen un delito de peculado por la sencilla razón de que el autor de esa ilícita conducta, Germán Isidro Espinosa era el almacenista o bodeguero donde la empresa tenía esos costosos aparatos y, por lo tanto, tenía a su cargo su custodia y guarda ...', pues de acuerdo con la Resolución número 250 de 3 de junio de 1974, fue incorporado a la Empresa de Teléfonos de Bogotá como *obrero*, según contrato de trabajo número 422 de junio 4 de 1974 y la Resolución número 017 de 17 de mayo de 1978, en armonía con el memorando de fecha 9 de agosto de 1978., señala claramente que el sentenciado sólo fue ubicado como almacenista a partir del mismo 17 de mayo. Además, la apropiación de los bienes de la Empresa de Teléfonos de Bogotá a que se contrae el proceso, se llevó a cabo entre los meses de enero y febrero de 1978 y no con posterioridad al 17 de mayo del mismo año, en que se dice fue ubicado Espinosa Silva como almacenista.

"Al atribuir a la prueba documental hechos que no contiene, como el nombramiento y señalamiento de funciones en un cargo que el sentenciado Germán Isidro Espinosa Silva jamás ejerció para la época en que se consumaron los hechos por él mismo aceptados, se incurrió en ostensible error de hecho que llevó a aplicar indebidamente la ley sustancial que tipifica y sanciona el delito de peculado ...";

b) "... *Segundo cargo*. Incurrió en error esencial de hecho, al desconocer o pasar inadvertidas pruebas legalmente en el período probatorio de la causa, de gran trascendencia o incidencia en el debate, pues con ellas se robustece la afirmación tanto del sentenciado como de la defensa, en el sentido de que Germán Espinosa Silva al consumar la apropiación de las máquinas eléctricas a que se refieren los hechos *no era* empleado o funcionario público, sino un simple obrero con la tarea de recibir, clasificar y supervisar el estado en que se reintegraban a la empresa los elementos inservibles para que el Jefe del Departamento o Almacenes con el visto bueno de la Auditoría dispusiera de ellos, tarea que podía cumplir cualquier otro obrero durante las ausencias de Espinosa Silva.

"Al desconocer esas pruebas, se produjo un segundo error de hecho, que determinó una infracción indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida del precepto que tipifica el peculado ...";

c) "... *Tercer cargo*. Igualmente incurrió en error esencial de hecho, al desconocer el Tribunal el reintegro parcial hecho por Germán Espinosa Silva del valor en que vendió las máquinas, representado en los títulos valores que

entregó en su diligencia de indagatoria y visibles a folios 259 a 265 del cuaderno principal.

"El desconocimiento de ese reintegro parcial del valor en que vendió las máquinas el procesado Espinosa Silva, determinó un tercer error de hecho que determinó quebrantamiento indirecto de la ley sustancial, al desconocer la disminución de la tercera parte de la pena, prevista en el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 ...";

d) "... *Cuarto cargo*. Incurrió en error de derecho al otorgar a las indagatorias rendidas por Luis Darío Muñoz Vásquez y Jorge Santiago Muñoz, un valor que la ley no les otorga para acreditar la calidad de 'empleado público transitorio' del obrero Germán Espinosa Silva, con desconocimiento de los artículos 353, 385 y 236 del Código de Procedimiento Penal, error que determinó la violación indirecta de la ley sustancial, pues lo indujo a aplicar indebidamente la norma que tipifica y sanciona el delito de peculado ...";

e) "... *Quinto cargo*. Se incurrió en error de derecho, al dar por verídica la indagatoria rendida por Germán Espinosa Silva, cuando la confesión hecha por éste en tal diligencia se halla desvirtuada parcialmente y, de otro lado, no está acreditado plenamente el cuerpo del delito, quebrantando los artículos 264, 216, 310 y 215 del Código de Procedimiento Penal, determinando con esto la violación indirecta de la ley penal sustancial que tipifica y sanciona el peculado, por indebida aplicación ...".

Finaliza la demanda con el análisis de cada uno de estos reproches a la luz de las pruebas que estima conducentes a su cabal demostración.

El Ministerio Público

Solicita que se desechen las pretensiones de la demanda, pues en su concepto ninguno de los cargos en ella consignados está llamado a prosperar.

El único cargo de nulidad propuesto por el actor con invocación del artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que el fallador al calificar el mérito del sumario incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción por ser ésta abuso de confianza y no peculado, en razón de que el procesado no tenía la calidad de funcionario o empleado público ni era de su incumbencia la administración de bienes del Estado, la desmonta con cita de los conceptos emitidos por esta Corporación en sentencia de casación del 20 de noviembre de 1980 y con las siguientes observaciones:

"... No basta ciertamente afirmar con base en los documentos relacionados por la acusación que Espinosa, contratado como obrero no pudo desempeñar por tal razón, las funciones de conservación y guarda de los bienes en cuyo ejercicio se apropió el procesado de los mismos. Que esas funciones las desempeñó de hecho el procesado, se estableció en autos por otros medios de prueba tenidos en cuenta por el Tribunal. Partiendo de la plena confesión que hiciera Espinosa en indagatoria de habérselas apropiado abusando de la confianza que le dio la empresa y reconociendo que aunque se le incorporó en el cargo de obrero al Departamento de Almacenes, se le trasladó a una bodega, respecto de lo cual dice: 'Es que ahí no había almacenista'. Extraprocesalmente admitió además que desde hacía unos tres años era supervisor de materiales y que como tal debía recibir, entregar, responder por todo lo que llega y sale de la bodega a su cargo. Como Almacenista se hizo conocer ante Rivera González y José Manuel González por la venta de las máquinas objeto material del delito ...".

Considera el Procurador que, con excepción del cargo tercero, los cuatro restantes que se aducen bajo la causal primera, quedan contestados y rebatidos con los mismos argumentos propuestos para desestimar el de nulidad. Respecto de ese punto hace un atinado examen que la Corte transcribirá por compartirlo en su totalidad.

Se considera

Procede la Sala a estudiar las causales propuestas siguiendo el orden establecido por el demandante ya que consulta la técnica de este recurso extraordinario.

1. *La nulidad.*

La nulidad legal del artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, por error en la denominación jurídica de la infracción, en razón de que el hecho punible se calificó como peculado cuando en criterio del censor comporta simplemente un delito contra el patrimonio económico, no tiene fundamento jurídico.

No resulta válida la doble afirmación sobre la cual se edifica este cargo: que el procesado no era funcionario o empleado público en la Empresa de Teléfonos de Bogotá porque fue vinculado

por contrato en calidad de obrero; y que para la época de los hechos no ejercía las funciones de Almacenista, pues sólo más tarde se las asignaron.

En cuanto a que no era sujeto calificado, debe recordarse que la Corte ha dicho siempre que para serlo no importa la forma de vinculación o de ingreso de la persona al servicio del Estado (nombramiento, encargo, contrato, etc.), y que sus servidores, sin excepción, se denominan funcionarios, empleados o trabajadores, públicos u oficiales por antonomasia y sustancialmente ligados a deberes concretos y a bienes que integran el patrimonio de la nación.

Sobre este punto la Corte ha dicho:

"... Todas las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos (artículo 5º, Decreto 3135 de 1968), sólo que hay algunas que se denominan trabajadores oficiales por la función que desempeñan, la competencia y el régimen laboral y prestacional que los ampara, lo cual no significa que no tengan las mismas responsabilidades de aquellos frente a la institución a que pertenecen y al Estado en particular.

"Una interpretación diversa envolvería un absurdo privilegio ante la ley penal, pues pondría por fuera de los delitos contra la administración pública a los llamados trabajadores oficiales. Sería repugnante que teniendo muchas veces las mismas funciones que desarrollan los empleados públicos respondan de su ejercicio de modo diferente; y sería inaudito que teniendo también bajo su vigilancia y cuidado los bienes públicos no respondan de ellos en paridad con los llamados empleados públicos.

"Cuando se elaboró el actual Código Penal, en el Derecho Administrativo Colombiano sólo existía para determinar a los servidores del Estado la clasificación bipartita de funcionarios y empleados públicos, que por fuerza del crecimiento y evolución de esa rama del derecho vino a ser tripartita al surgir, por segregación, la de trabajadores oficiales. Es evidente que el legislador de entonces empleó la clasificación bipartita para referirse a los servidores del Estado y cobijarlos a todos sin excepción. *Si ésto no tiene discusión y no se puede poner en duda que el trabajador oficial es también un servidor del Estado, debe concluirse que pueden ser sujetos activos de delitos contra la administración pública cuando la calidad de funcionario o de empleado público sea requerida ..." (Casación Penal, noviembre 20 de 1980).*

Similares reflexiones resultan acertadas frente al artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. Es más, encuentran respaldo en el actual Código Penal que, simplificando el asunto, precisa en su artículo 63:

"... Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público ...".

Entonces, el cargo que se examina no tiene, por este concepto, eficacia alguna, pues no cabe duda que dentro de la noción de trabajador oficial se encuentra comprendida la de obrero de una entidad pública y que, en consecuencia, el acusado, quien ostentaba para entonces esa específica calidad, podía ser sujeto propio del delito de peculado que se le ha atribuido en este proceso.

Ahora bien, existe prueba suficiente y atendible, como lo anota el Procurador, para pregonar que cuando los hechos ocurrieron el procesado ejercía las funciones de Almacenista de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y que los bienes depositados en la bodega estaban bajo su custodia. Así lo informan la constancia expedida por el Jefe de Personal de la empresa y las atestaciones del Director de la División de Materiales, del Auditor Asistente, del Jefe de la Sección de Archivos y del Verificador de Despachos, todos ellos funcionarios de la misma entidad. Además, el procesado reconoce que desempeñaba funciones de Almacenista.

Si tal es, en este último aspecto del reproche, la realidad probatoria, debe concluirse que la conducta ilícita la cometió el acusado con manifiesta violación de sus deberes oficiales.

En síntesis: habiéndose comprobado que el recurrente era trabajador oficial y que por razón de su empleo debía guardar o custodiar los bienes públicos que fueron objeto de su delito, la calificación de peculado, es correcta.

El cargo no prospera.

2. *La violación indirecta.*

Estima la Corte que los cargos propuesto por esta vía han sido desvirtuados con la argumentación anterior en virtud de que tienen el mismo

fundamento que la nulidad. Sin embargo, queda por fuera el consistente en que el Tribunal incurrió en error de hecho porque desconoció el reintegro parcial que hizo el procesado del valor por el cual vendió las máquinas oficiales y, por tanto, de la correspondiente disminución de pena por tal concepto.

La respuesta que da el Procurador a esta censura, como ya se dijo, la prohija la Corte por encontrarla ajustada a derecho.

Dice el colaborador fiscal:

"... Acreditan los autos y así lo reseña el *ad quem*, para denegar la rebaja de pena de que se trata, que las máquinas de la Empresa de Teléfonos de Bogotá de que se apropió Espinosa, fueron recuperadas sin la intervención de éste y más aún contra su reticencia y disimulo de que da cuenta el declarante César Uribe Botero. Cinco se hallaron en los talleres de Pedro Gabriel Rey Molina debido a informes suministrados por los trabajadores de la empresa, Ismael Jiménez, Pedro Barre y Gustavo Garzón y las dos últimas por informes de Reyes Molina fueron decomisadas por el F-2 donde éste las había vendido. Anota así el Tribunal que sin ninguna intervención de Espinosa, quien estaba huyendo de la justicia, para el 30 de septiembre de 1978, se tenía el primer grupo de máquinas en el proceso y se sabía dónde estaban las otras dos y cincuenta y dos días después es cuando comparece voluntariamente el procesado a rendir indagatoria. En esas circunstancias, explica el Tribunal que resulta legalmente imposible y absurdo acordarle la circunstancia favorable de la restitución para beneficiarlo con la disminución de la pena ...".

Pero, la razón fundamental para desechar el cargo, es que *la atenuación punitiva por reintegro parcial o total no puede operar sino cuando ha habido devolución voluntaria de lo apropiado, perdido o extraviado, o de su valor, y no cuando los bienes se han recuperado por la acción unilateral de la justicia, porque este evento no puede, en sana lógica, beneficiar a quien no lo procuró por sí o por tercera persona. En consecuencia, cuando ya los bienes del Estado se han recobrado, no es posible el surgimiento de esta circunstancia de atenuación específica, por sustracción de materia.*

Este cargo tampoco prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticuatro de marzo del año pasado, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Anfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRORROGA DE TERMINOS EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

La complejidad del proceso, no configura la causa grave que exige la ley para resolver favorablemente solicitud de prórroga de términos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 16.

Bogotá, febrero 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Demostrada su personería para actuar en el trámite de este incidente, habrá de decidirse la petición de prórroga para sustentar el recurso de casación, hecha por el doctor Jaime Vargas Posada.

Resultandos y considerandos

1. Solicita el memorialista prórroga del término para presentar demanda de casación y fundamenta su petición de la siguiente manera:

"En el presente caso, mi conocimiento sobre la actividad de mi procurado Hugo Fernando Ospina Gaitán, apenas la supe ayer lunes 16 de febrero en que me ha informado que recurrió en casación, y que el término para presentar la demanda vence en esta semana.

"El número de causas contra Hugo Fernando Ospina Gaitán: seis en total; lo prolijo de su estudio individualizado y en conjunto; las alternativas e incidencias que tuvo el juicio (incluyendo una nulidad); el escaso tiempo, apenas dos días, de que disponía para formalizar la demanda, me impiden hacerla con la pericia técnica y el rigor conceptual que ella requiere, y que yo me exijo a mí mismo. Todo ello incide directa y decisivamente sobre el derecho de defensa del encausado".

2. *El artículo 189 del Código de Procedimiento Penal autoriza la prórroga de términos hecha antes de su vencimiento "por causas graves justificadas", es decir, cuando el interesado demuestre que por circunstancias ajenas a su voluntad, insuperables y de importancia trascendental, no pudo hacer uso de la parte del término ya corrido.*

3. *En el presente caso no se dan tales exigencias; en efecto, el recurso fue interpuesto personalmente por el procesado y a él se le notificó su admisión y se le hizo saber que disponía de treinta días "para que dentro de ese término y por medio de abogado inscrito en la Corte y con poder especial, formule la correspondiente demanda de casación", como se lee en la diligencia en que se le corrió traslado del expediente y que el procesado Ospina Gaitán firmó el 15 de enero pasado. Por manera que se dejó transcurrir la mayor parte de dicho término sin conseguir los servicios de abogado para la sustentación del recurso, en omisión que no aparece justificada, resulta improcedente conceder la prórroga solicitada. Por lo que respecta a las consideraciones atinentes a la complejidad del proceso, ellas no configuran la causa grave que exige la ley para resolver favorablemente solicitud de prórroga de términos, como que constituye aspecto intrínsecamente conectado con la naturaleza misma de este extraordinario y exigente recurso. Y en cuanto a la supuesta afectación del derecho de defensa, obsérvese que la precariedad del término pendiente para sustentar el recurso, se ha de imputar exclusivamente al procesado en cuanto no obtuvo oportunamente los servicios profesionales de abogado para la sustentación del recurso por él impetrado.*

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

Resuelve:

NEGAR la solicitud de prórroga del término para presentar demanda de casación en este proceso.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Cuando se trata de varios cuestionarios referentes a delitos distintos pero íntimamente relacionados, la respuesta a cada una de esas preguntas debe compararse con las de las otras para establecer si están o no en contradicción entre sí, en la misma forma como se compararían los términos de la contestación cuando se trata de un solo cuestionario; de no hacerlo, puede incurrirse en nulidad de tipo constitucional por violación de las formas propias del juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 16.

Bogotá, D. E., febrero 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Ibagué, por sentencia de 28 de junio de 1979, confirmó la de 26 de marzo del mismo año por medio de la cual se condenó a William Angel Restrepo Ospina a la pena principal de diez (10) años de presidio como responsable por el delito de robo cometido en jurisdicción del Municipio de Herveo (Tolima) en la noche del 8 de abril de 1975 en perjuicio de la Industria Licorera de Caldas. En la misma providencia se absolvió a dicho Restrepo Ospina por el homicidio cometido en la persona de Pedro José Galvis. Igualmente se absolvió a Lucelly Galvis de Rendón por los mismos delitos de homicidio y robo.

Contra dicha decisión interpuso en tiempo oportuno el apoderado de la parte civil recurso extraordinario de casación que le fue concedido y que esta Sala encontró aceptable, por lo cual procedió a tramitarlo habiéndose formulado a su debido tiempo la correspondiente demanda de casación a la que se hará referencia.

Hechos y actuación procesal

Según aparece de los autos, particularmente de la confesión del procesado William Angel Restrepo Ospina, éste había trabado amistad en Bogotá con un sujeto de nombre Fabio Marín, quien le ayudaba, según manifiesta el procesado, en la venta de artículos de comercio y que, pasado algún tiempo, le propuso un negocio de mayor envergadura consistente en que, Restrepo Ospina acompañaría desde Manizales a un chofer que condujera un valioso cargamento de licores de la correspondiente Industria del Departamento de Caldas, despojarían al conductor de ese cargamento y se apoderaría de él, entregándolo luego al dicho Fabio Marín, quien le prometía darle dinero para comprar una casa.

En ejecución de ese plan, se presentó el 8 de abril de 1975 Restrepo Ospina a Pedro José Galvis, con quien previamente había hecho contacto Fabio y que había quedado comprometido a recoger a Restrepo Ospina y a su amante Lucelly Galvis de Rendón, quienes decían dirigirse a Bogotá.

Pero llegados a un sector del camino llamado Las Delgaditas, Restrepo Ospina disparó a Galvis un tiro en la cabeza y luego se apoderó del vehículo devolviéndose en él hacia Manizales. En el trayecto dispuso del cadáver de Galvis arrojándolo a una alcantarilla de la carretera y luego de algunos contratiempos mecánicos con el camión llegó a la ciudad mencionada donde bajó el cargamento, compuesto por veinte cajas de aguardiente Cristal, en casa de la madre de Lucelly, procedió a hacerle cambiar las etiquetas y

vendió a diversas personas parte del mismo por una suma total no bien determinada.

Como entretanto se hubiera encontrado el cadáver de Galvis, se procedió a la búsqueda del autor o autores de su muerte y al tenerse noticia de una ruidosa fiesta que había llevado a cabo Restrepo Ospina en casa de su suegra, investigando allí encontraron no sólo lo que había quedado del aguardiente robado sino una pistola marca Baby, con la que se había consumado la muerte de Galvis, los papeles de éste, las planillas del cargamento y algunos elementos pertenecientes al occiso, con lo cual procedieron a detener a Restrepo Ospina y a su amante.

Interrogado el primero sin juramento, hizo la relación que se deja resumida, agregando que había procedido a disparar sobre Galvis por miedo de las amenazas que le había hecho Fabio Marín quien le había dicho que si no se apoderaba del cargamento, así fuera dando muerte o hiriendo a su conductor, mataría al propio Restrepo o a su hija y que, además, antes de salir esa noche en el camión del occiso, le había suministrado al procesado unas pastillas que, según dio a entender, lo perturbaron en su siquis.

Por su parte Lucelly Galvis de Rendón confirmó lo dicho por su concubinario si bien negando su propia responsabilidad en los hechos manifestando que ignoraba lo que se proponía el procesado y que sólo actuó en ayuda de éste bajo amenaza que le hiciera el propio Restrepo de dispararle.

Sobre estas y otras pruebas se dictó con fecha 27 de enero de 1976 por el Juzgado Superior de Honda, auto de llamamiento a juicio contra Restrepo Ospina y Lucelly Galvis de Rendón por los delitos de homicidio y robo, ambos agravados, aquél por las características de asesinato contempladas en los numerales 2º, 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal y éste por las de los ordinales 1º y 4º del artículo 404 ibídem.

Al primero de los nombrados se consideró en dicha providencia como autor principal de los hechos juzgados y a la segunda como cómplice no necesaria de los mismos. Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué cuando llegó allí por vía de apelación.

En el plenario de la causa el procesado solicitó se le practicara un examen siquiátrico y el juez accedió a ello pero posteriormente el defensor desistió de dicha prueba y el funcionario aceptó el desistimiento.

Se llevó a cabo el 6 de abril de 1978 la correspondiente audiencia pública en la cual fueron sometidos a la consideración de los jueces los cuestionarios de rigor que fueron contestados, el de homicidio negativamente para Restrepo Ospina y afirmativamente el de robo. Los dos correspondientes a Lucelly Galvis de Rendón fueron respondidos de manera negativa.

El juez por providencia de 27 de abril del año últimamente mencionado, declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto referente a Restrepo Ospina relativo al delito de homicidio, aceptó los restantes y ordenó la convocatoria de un nuevo jurado.

La segunda audiencia se llevó a cabo el 31 de enero de 1979 y en ella el Tribunal Popular declaró nuevamente a Restrepo Ospina no culpable por la muerte de Pedro José Galvis.

Se pronunció, entonces la sentencia que se deja mencionada al comienzo de la presente en la que se sanciona a Restrepo Ospina con la pena de diez (10) años de presidio más las accesorias correspondientes por el delito de robo y se le absuelve por el de homicidio y se absuelve, como también queda dicho, a Lucelly de Rendón por ambos ilícitos.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

El censor formula contra la sentencia recurrida tres cargos todos ellos en el marco de la causal cuarta de casación y dando a las nulidades que invoca el rango de constitucionales.

A continuación se procede a resumir, por separado, cada una de esas censuras y, con cada una de ellas, el concepto del Ministerio Público representado por el Procurador Tercero Delegado Penal.

Primer cargo. Considera el demandante que al afirmar tanto el juzgado del conocimiento como el Tribunal en las sentencias donde reconoció la contraevidencia del primer veredicto proferido por los jueces de conciencia, que existía una incomprensible contradicción en las respuestas del jurado al aceptar que el procesado Restrepo Ospina era autor del delito de robo y no lo era del de homicidio que había sido medio para aquél, debieron declarar inexistente el veredicto y no contraevidente.

"Sí era, pues, contradictorio el veredicto, dice el censor, así se ha debido decretar y al no haber actuado en esta forma el Tribunal, incurrió en una informalidad de tal naturaleza, que constituye por sus profundas repercusiones, *nulidad supralegal* (en mayúsculas en el original), o

mejor, constitucional. Si el Tribunal hubiese obrado conforme a lo consignado en la parte motiva, ese primer veredicto ha debido considerarse inexistente y, en consecuencia, el que se pronunció posteriormente no era *segundo y definitivo* (rayas del original), frente al cual se consideró impotente la justicia, por la aparente imposibilidad de poder realizar juicio de contraevidencia, a pesar de ser ella palpable en sumo grado".

Concluye diciendo que ese modo de resolver las cosas constituye error que genera nulidad en lo actuado a partir del auto por medio del cual se consideró contraevidente el veredicto, ya que se quebrantó el artículo 26 de la Carta.

Replica la Procuraduría que si bien el Tribunal se refirió al veredicto que se viene examinando tildándolo de antinómico y contradictorio esos calificativos no desvirtúan la esencia de dicho proveído que era la de declarar contraevidente la respuesta de los jurados y que la aparente contradicción que advierte el demandante entre las decisiones de primera y de segunda instancia respecto a la cuestión del veredicto, no constituye irregularidad que afecte la validez de ambas, puesto que ellas conforman una sola decisión y es en conjunto como debe examinárselas, por lo cual solicita que se rechace el cargo.

Segundo cargo. Lo apoya el censor en el hecho de que el juez de la causa no hubiera ordenado el examen siquiátrico del procesado, siendo así que éste lo había pedido y que su solicitud fue reiterada por sus voceros y defensores, quienes insistieron en que Restrepo había obrado en situación de anormalidad síquica por haber ingerido drogas que perturbaron su mente en el momento de la ejecución de los hechos.

Agrega que hasta de la Sección de Sanidad de Prisiones se expidieron certificados, según los cuales el procesado había hecho consultas y estado sometido a tratamiento siquiátrico.

Califica de inexplicable la actitud del juez del conocimiento quien, después de haber considerado procedente la solicitud de un examen de la naturaleza anotada, accedió al desistimiento presentado por la defensa.

Por lo que hace a las consecuencias de ese comportamiento judicial expone el censor: "La parte civil, en este caso concreto, considera, señores Magistrados de la honorable Corte Suprema de Justicia, que el tratamiento que se dio al proceso, permitió que los jueces de conciencia se refieran en su veredicción a la inocencia del señor Restrepo en relación con el homicidio, fundamentados en argumentaciones de la defensa, que aparecen en autos, referidas a un estado de anomalía síquica producida por la ingestión de pastas que se dice suministró un tercero".

Concluye diciendo que la omisión criticada impidió que se hiciera claridad en el proceso y fue causa de que se precipitara una veredicción absurda lo que vició el proceso de nulidad de estirpe constitucional por violación de las formas propias del juicio que afectó a aquél desde el momento en que se cerró, en esas condiciones, la investigación.

Respecto a estos argumentos considera el Procurador Tercero Delegado Penal que, en primer término, el examen siquiátrico fue pedido después de haberse ejecutoriado el llamamiento a juicio con la intervención de jurados y que, en segundo lugar, ni el sindicado en su indagatoria ni el apoderado habían planteado, hasta ese momento, la existencia de una intoxicación aguda producida en el primero de ellos como consecuencia de la ingestión de estupefacientes.

A ello debe agregarse, dice, que los documentos que se acompañaron a la solicitud de un examen siquiátrico nada probaban sobre la existencia de una de las situaciones contempladas en el artículo 29 del Código Penal.

Concluye manifestando que obró correctamente el juez al aceptar el desistimiento y que, por ello, el cargo debe ser desechado.

Tercer cargo. Considera el censor que si bien el juez hizo bien al ordenar que se expidieran copias para que se investigara el posible delito de circulación de moneda falsa por haberse encontrado billetes ilegítimos en poder del procesado, debió al mismo tiempo, calificar por aparte la conducta de éste consistente en haber hecho cambiar las etiquetas de las botellas de aguardiente "Cristal" que eran producto del robo y que expidió previa aposición de tapas y sellos distintos a los que traían, lo que considera como constitutivo del delito de estafa que se presenta, dice, como medio para la consumación del de robo.

"Ese delito, de estafa, advierte el demandante, perpetrado por el señor Restrepo en contra de los compradores de las botellas adulteradas, las que perdieron por decomiso de la autoridad, no se calificó a pesar de la clara conexidad que tenía con el delito de robo y con el delito de homicidio".

Ya antes había manifestado que si bien los actos de aprovechamiento de las cosas robadas o hurtadas constituyen productos del delito contra

la propiedad, no ocurre lo mismo en el presente caso por haberse realizado actos delictuosos sobre el objeto material de tales ilícitos para lograr la venta, con engaño, de los elementos que lo conformaban.

A esto contesta la Procuraduría diciendo que no se trata de una conducta que configure delito conexo con el de robo, ya que ninguna relación se advierte entre ella y el homicidio o el robo.

Concluye que no había fundamento para que se investigara y fallara ese presunto delito de estafa junto con los que se acaban de mencionar y que, por lo tanto, no se presenta la nulidad constitucional alegada por el censor.

Consideraciones de la Corte

La Sala, luego de examinadas con detenimiento las razones expuestas tanto por el demandante como por el Ministerio Público, considera que aquél ha presentado en el primero de los cargos formulados en su libelo de demanda, argumentos atendibles sobre la nulidad constitucional del proceso por no haberse ceñido éste a las formas propias del mismo.

Por ese motivo reducirá su examen a esa censura ya que, encontrándola aceptable, sobra entrar a analizar las restantes, pues ella conduce a decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se declaró contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto que el jurado profirió sobre el delito de homicidio.

Para fundamentar esa decisión, se hace necesario plantear dos premisas.

La primera de ellas se refiere al hecho de que, habiéndose declarado dicha contraevidencia cuando debieron anularse las correspondientes respuestas del jurado por la contradicción en el veredicto, se desvió el juicio de su cauce normal, pues se procedió a convocar una nueva audiencia, que vendría a ser la segunda, cuando lo que correspondía era citar nuevamente el tribunal de conciencia para que se pronunciara de nuevo.

Como fundamento de esta decisión, *es preciso considerar que cuando se trata de varios cuestionarios referentes a delitos distintos pero íntimamente relacionados, la respuesta a cada una de esas preguntas debe compararse con las de las otras para ver si están o no en contradicción entre sí, en la misma forma como se compararían los términos de la contestación cuando se trata de un solo cuestionario.*

Porque entre esas diversas manifestaciones del jurado debe existir armonía en forma que lo que aparezca en una de ellas no sea destruido por lo que se consagra en las otras.

Esto, se repite, cuando los hechos por las que se interroga forman una secuencia de modo que no puedan existir los unos sin los otros o no puedan afirmarse o negarse los elementos de unos sin que eso implique negación o afirmación de las de los otros.

La última observación conduce a formular otra premisa necesaria que consiste en afirmar la existencia de delitos ligados por relación de medio a fin, o como dicen algunos autores, por vínculos de instrumentalidad en cuanto uno de ellos es factor o instrumento para la ejecución del otro.

Esta instrumentalidad implica necesariamente una dirección de la voluntad de quien ejecuta el delito medio hacia la comisión del delito fin.

Tal dirección del factor síquico del ilícito es más importante en aquellos delitos que contienen elementos subjetivos en el tipo, esto es, que requieren sea apuntada la voluntad hacia determinados fines y que suelen ser denominados "de tendencia interna trascendente ..." y se enuncian con alguna de las frases como "el que con el fin de ...", "el que con el propósito de ...", etc.

En todos estos casos, bien se trate de delitos de tendencia interna trascendente o de otros en que tal clase de elemento subjetivo no se contemple en el tipo pero que estén, en determinados casos concretos unidos por un nexo instrumental, el delito medio o instrumento debe ser de carácter doloso, es decir, su autor debe tener plena conciencia de lo que hace, única manera de poder dirigir de manera finalista su acción.

En consecuencia, cuando se está frente a uno de estas situaciones no puede negarse la culpabilidad dolosa en el delito medio y afirmarla en el delito fin sin incurrir en contradicción esencial que destruiría el vínculo finalista entre los dos delitos.

Llevadas estas reflexiones o premisas al caso del numeral 3º del artículo 363 del Código Penal es preciso reconocer que se está en presencia, como lo ha dicho en repetidas oportunidades la Sala, de dos ilícitos distintos, uno de ellos un delito medio que es el homicidio y un delito fin que puede ser cualquiera y que frecuentemente es el de robo.

El primero de ellos (homicidio) es instrumento para el segundo y su vinculación con éste es tan íntima que ha llegado a sostenerse que se trata no de dos infracciones penales sino de una

sola, vale decir, de un delito complejo, afirmación que ha sido rechazada por la Corte en múltiples doctrinas por considerar que el homicidio asume el aspecto de asesinato, en este caso preciso, cuando se comete para ejecutar otro delito y sin necesidad de que éste se lleve a cabo o siquiera se intente sino que basta el ingrediente subjetivo consistente en la dirección de la voluntad hacia la comisión de ese otro dicito para que ya se dé la agravación que consagra la ley en la mencionada norma.

Y que si se ejecuta o comienza a ejecutar ese otro delito o bien se frustra, se está en presencia de un concurso material, lo que implica que este último delito, esto es, el delito fin no se subsume en el primero sino que conserva su propia individualidad.

Esta doctrina es fundamento suficientemente sólido para lo que se viene diciendo sobre la necesidad de que ambos delitos sean dolosos y de que aun cuando sobre ellos se interrogue en dos cuestionarios separados, como corresponde a su autonomía, las respuestas deben concordar entre sí y si en una se niega y en la otra se reconoce la existencia del dolo hay veredicto contradictorio.

Esto fue lo ocurrido en el caso de autos al aceptarse por parte del jurado que no era responsable el procesado Restrepo Angel del delito de homicidio por falta de culpabilidad y sí del de robo con lo cual se rompió la unidad del episodio delictuoso que se estaba juzgando, pues no era posible que el sindicado obrara inculpablemente respecto al delito medio y culpablemente, con dolo, en el delito fin.

Porque del examen de las alegaciones en audiencia pública resulta claramente que el jurado aceptó que Restrepo había cometido el homicidio por insuperable coacción ajena, de carácter moral o sicológico ejercida sobre él, según lo alegó desde su indagatoria, por un individuo de nombre Fabio Marín, quien lo había amenazado con darle muerte a él o a su hija si no llevaba a cabo lo que le ordenaba, o sea apoderarse, así fuera a costa de la vida del conductor del camión, del cargamento que éste transportaba y que, según el mismo procesado, estaba rondando en las cercanías del lugar en que fue cometido el hecho delictuoso.

Ahora bien, si la culpabilidad desaparecía, a virtud de esa circunstancia, del homicidio, lo mismo debía ocurrir con el robo, pues también éste vendría a ser fruto de la coacción sicológica ejercida sobre el agente.

Y a la inversa, si el robo era doloso, también tenía que serlo el homicidio.

Pero en ningún caso podría aceptarse el que éste fuera inculpable y el otro culpable.

El Tribunal desde el primer momento debió advertir esta contradicción esencial y declarar la inexistencia de los veredictos, convocando a un nuevo jurado, que no vendría a ser el segundo, como se declaró en autos, sino el primero.

Es esto lo que alega el demandante y la Sala debe reconocer que su censura tiene pleno fundamento y actuar en consecuencia, decretando la nulidad constitucional del proceso desde el momento en que el juicio se apartó de las normas propias del mismo.

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 recurrida.

En consecuencia se declara la nulidad de los puntos primero y segundo de la parte resolutiva de la providencia de 27 de abril de 1978 y lo actuado de allí en adelante y se ordena convocar nuevo jurado para el juzgamiento de William Angel Restrepo Ospina por los delitos de homicidio y robo de que viene respondiendo en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Antonio José Uribe Prada (Conjuez), *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Cuando se alega violación directa de la ley, forzoso es aceptar los hechos como quedaron establecidos y fueron apreciados y valorados en la sentencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 16 (24 de febrero de 1981).

Bogotá, D. E., febrero 25 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Gregorio Yazo Castiblanco, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha ocho de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, por medio de la cual confirmó en su integridad, al conocer de ella por apelación del defensor, la dictada el nueve de agosto de ese año por el Juzgado Noveno Superior de esta ciudad, en la que se le condenó a la pena principal de quince años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago en abstracto de los perjuicios, en razón del delito de homicidio en su modalidad de agravado cometido en la persona de Emiliano García León, por el cual fue llamado a responder en juicio con intervención de jurado de conciencia.

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada ajustada a las exigencias formales que prescribe la ley (folios 2 y 10 del cuaderno de la Corte).

Hechos y antecedentes

Así los relata el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, con estricta sujeción a la realidad procesal, por lo cual la Sala los comparte íntegramente.

"Aparece de autos que a eso de las dos de la tarde del 13 de junio de 1977 llegaron a la cantina de Emiliano García León, situada en la población de Sasaima (Cundinamarca) los hermanos Jesús Helí y Gregorio Yazo Castiblanco y el joven José de la Cruz López Garavito, con el fin de continuar la ingestión de bebidas embriagantes que habían comenzado en una cancha de tejo de esa localidad.

"A consecuencia de discusión suscitada entre el cantinero Emiliano García y Gregorio Yazo Castiblanco por el cobro de una cuenta, aquél fue herido por éste de una cuchillada siendo trasladado al hospital de Facatativá y luego al de Zipaquirá donde falleció al día siguiente.

"Perfeccionada en lo posible la investigación el Juzgado Noveno Superior de Bogotá llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, a Gregorio Yazo Castiblanco por el delito de homicidio simple (artículo 362 del Código Penal) y sobreseyó temporalmente a Jesús Helí Yazo Castiblanco y José de la Cruz López Garavito (folios 68 a 83 del expediente); enjuiciamiento que apelado por la defensa fue reformado por el Tribunal Superior en el sentido de llamarlo a responder por homicidio agravado en razón de haber abusado de las condiciones de inferioridad personal de la víctima (artículo 363, ordinal 6º del Código Penal) (folios 94 y siguientes).

"El cuestionario elaborado con estricta fidelidad a los términos de la acusación fue contestado por el jurado de conciencia de la siguiente manera:

"Sí es responsable, pero en estado de embriaguez voluntaria (artículo 38, numeral 5º del Código Penal)" (folio 148).

Dicho veredicto fue interpretado y acogido por el juez del conocimiento como simplemente

afirmativo de responsabilidad del procesado condenándolo a quince años de presidio, mínimo de pena previsto en la norma infringida por no concurrir en su contra circunstancias de mayor peligrosidad y en cambio, darse la de menor peligrosidad contemplada en el artículo 38, ordinal 5º del Código Penal; fallo que impugnado por el defensor fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación" (folios 12 y 13 del cuaderno de la Corte).

La demanda

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia, ambos dentro del ámbito de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo primero.

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial por infracción directa, al no haberse dado aplicación al artículo 23, numeral primero del Código Penal, en lo que dice relación al estado de sugestión patológica, generado en embriaguez suma.

Después de expresar su concepto acerca de ese tipo de embriaguez y cuáles son sus efectos, fundamenta la censura de la siguiente manera:

"No cabe la menor duda, por estar demostrado de autos, que el sindicado y condenado, se encontraba en lamentable estado de postración alcohólica. Había llegado a tal punto, después de haber iniciado una tomata, de más de veintidós cervezas. El sindicado, igualmente está demostrado, es un joven de 22 años de edad. En esta edad, y teniendo en cuenta la calidad de campesino, no es posible la prédica de que pueda resistir en sano juicio más de 10 cervezas. Y su estado de campesino lo predico, no por tal, sino por su desnutrición, falta de alimentación y sus condiciones antropológicas. Todo mundo sabe estos hechos en los campesinos".

Luego afirma que la prueba de esa situación se encuentra en el proceso, pero que el Tribunal la desconoció al proferir sentencia en la forma en que lo hizo. Al respecto anota: "Bien vale la pena darle la aplicación a la norma citada, en atención a las pruebas que existen de autos, y que no fueron miradas en forma alguna por el honorable Tribunal Superior de Bogotá".

Concluye la censura solicitando que se case la sentencia y se proceda a dictar la que la reemplace, "mediante la cual le otorgará la libertad al reo".

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del numeral 6º del artículo 363 del Código Penal.

Para fundamentar esta tacha a la sentencia, expresa:

"Considera el suscrito que cuando se condena a Gregorio Yazo Castiblanco por el delito de homicidio agravado en la modalidad consagrada en el numeral 6º del artículo 363 del Código Penal se comete un grave error por cuanto se ha aplicado una norma que no corresponde a lo demostrado en autos.

"1º Cuando se habla de que hubo demostración de que el sindicado 'abusó de las condiciones de inferioridad personal del ofendido', porque dizque era un anciano indefenso, tomando en cuenta para ello solo el acta de *levantamiento* del cadáver, así porque sí, y sin más prueba, estamos entonces en presencia de una violación de la ley sustancial, por aplicación indebida.

"2º Para tal aplicación, se tiene que dar aplicación, perdone la redundancia, a la norma que consagra que las pruebas hay que estudiarlas en su conjunto. El honorable Tribunal cometo el gravísimo error de sólo aceptar la parte del acta del levantamiento del cadáver que dice: 'de unos ochenta años'. No es justo que deseche la parte que dice: 'una vez allí en el anfiteatro sobre un planchón se halló el *cadáver de un hombre de buena contextura física* (el subrayado es mío), blanco, canoso, de unos ochenta años, de *uno con setenta* (subrayo), aproximadamente, en posición bocarriba, desnudo'. En esta cita, el honorable Tribunal le da cabida sólo a los ochenta años, más aparta un *hombre de buena contextura física*. Pero a más de ello hace caso omiso de la diligencia de autopcia 'un hombre de unos setenta años de edad'. Si el hombre era de buena contextura física, ello nos indica que no era ese viejito que nos quiere presentar el honorable Tribunal. Indudablemente que no, porque aquello de *buena contextura física*, nos indica que era un hombre fornido y en tales condiciones no hay la pretendida inferioridad personal del ofendido".

Más adelante reitera que esa supuesta indefensión de la víctima tenía que ser comprobada, no deducida de "simples suposiciones" como lo ha pretendido el Tribunal, puesto que si así fuere "de la misma forma que el honorable Tribunal afirma que por ser viejo el occiso y joven el ofensor, se encontraba aquél en estado de indefensión, yo afirmo lo contrario. No hay prueba alguna en ninguno de los dos casos".

Termina solicitando que se case la sentencia y "se revoque la de primer grado y la de segundo grado".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, ya que ninguno de los dos cargos que le fueron formulados debe prosperar, puesto que no se ajustan a la técnica que gobierna el recurso cuando se objeta con base en la violación directa de la ley.

Califica la demanda como un mero alegato de instancia en el que se reproducen los mismos temas y argumentos que fueron debatidos en el plenario, y desatendidos por el jurado en ejercicio de la razonable autonomía que tiene para valorar los elementos de juicio sometidos a su consideración y decidir acerca de la responsabilidad del procesado.

Recuerda que en los procesos en que interviene el jurado, la sentencia debe ser dictada en consonancia con el veredicto emitido y advierte que en el fondo la inconformidad del recurrente, aunque no la manifieste expresamente, es con la respuesta de los jueces de conciencia por no considerarla acorde con la realidad del proceso, lo que debió haber controvertido en la oportunidad procesal indicada, que no es, desde luego, en sede de casación.

Para terminar anota:

"Significa lo anterior que los cargos formulados a la sentencia no pueden prosperar por cuanto se fundamentan en la equivocada apreciación de los medios de convicción (violación indirecta por error de hecho o de derecho), planteamiento éste a todas luces improcedente en procesos que se ventilan con la intervención del jurado de conciencia".

Consideraciones de la Corte

La Sala comparte las apreciaciones de la Procuraduría y la conclusión a que llega con base en ellas.

Como lo analiza el representante del Ministerio Público, el demandante está desconociendo las bases probatorias del fallo que impugna, lo cual le está vedado a quien, como él, alega en casación la violación directa de la ley, en cuyo caso forzoso es aceptar los hechos como quedaron establecidos y fueron apreciados y valorados en la sentencia, para entrar a controvertir solamente los defectos de aplicación de la ley, bien por haber sido ignorada, o seleccionada indebidamente o por habérsele interpretado en forma errónea.

Al sostener que se desestimó la prueba que acreditaba un estado patológico de embriaguez, o que se tuvo por probada una indefensión que no existió, o que se tomó únicamente en parte aspectos jurídicamente relevantes de una prueba decisiva, o, en general, que se elevaron a pruebas simples conjeturas para fundamentar en ellas un fallo adverso, se están alegando errores de hecho por suposición de pruebas inexistentes, desconocimiento de las que obran en el proceso, o distorsionamiento de su sentido, errores que condujeron a la violación de la ley en forma indirecta. Entonces debió haber sido ésta y no la violación directa de la ley la que propusiera, caso en el cual le habría sido permitido presentar todas las objeciones que hubiese estimado pertinentes respecto de los soportes probatorios de la sentencia.

Aunque los cargos tienen que ser desestimados por no ajustarse a la rigurosa técnica que gobierna el recurso de casación, sobre todo cuando se trata de la causal primera, no está por demás manifestar que no se ignoró el estado de embriaguez en que se encontraba el procesado cuando cometió el hecho por el que se le juzgó, sólo que se le evaluó en su intensidad y en sus efectos punitivos, para tenerla como una simple embriaguez de tipo voluntario, cuyas consecuencias delictuosas no pudo prever el procesado, constitutiva, por tanto, de una mera circunstancia de menor peligrosidad.

En el auto por medio del cual se confirmó, con modificaciones, el de proceder dictado por el juzgado, dijo el Tribunal, al analizar la culpabilidad: "El estado de embriaguez pregonado por Gregorio Yazo Castiblanco no alcanza a estructurar ninguna de las causales excluyentes de este tercer elemento del delito y simplemente puede operar en ciertos casos como circunstancia de menor peligrosidad" (folio 104).

El Fiscal analizó ampliamente en la audiencia el tema de la embriaguez (folios 142, 143, 144), anotando que mal podría tenerse a Yazo en estado letárgico de alicoramiento siendo que con lujo de detalles narró en su indagatoria todo lo sucedido el día de los hechos. A lo cual podría agregarse que la petición que formuló al juzgado con motivo de la calificación del sumario ni siquiera alude a esa circunstancia, sino a la del estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación (folio 65). Se refirió a las

normas del Código Penal que tratan de la embriaguez, entre ellas el artículo 38, numeral 5º, de donde resultó seguramente la adición que los jurados hicieron a su afirmación de responsabilidad respecto del comportamiento delictuoso atribuido a Yazo Castiblanco, agregado que no desnaturaliza la afirmatividad del veredicto y que en verdad sobraba, pues el reconocimiento de una embriaguez de ese tipo constituye solamente una circunstancia de menor peligrosidad, cuya apreciación y calificación corresponde al juez de derecho cuando vaya a individualizar la pena (artículo 534 del Código de Procedimiento Penal), lo que ciertamente hizo el fallador de instancia cuando la fijó en el mínimo (folio 163).

Por lo que respecta a las condiciones de inferioridad en que fue atacado Emiliano García y que fueron deducidas como circunstancia de agravación del delito de homicidio atribuido a Gregorio Yazo, el Tribunal se refirió a ellas con amplitud en el auto de confirmación del de enjuiciamiento (folio 101), para indicar cómo la diferencia de edades entre agresor y agredido, y la presencia de dos acompañantes de aquél, entre ellos un hermano, ambos sobreseídos temporalmente, acentuaban esa desproporción de condiciones en que se encontraba la víctima respecto de su heridor.

Se ha dado, así, contestación en forma conjunta a los dos cargos, pues ambos fueron sustentados con violación de las normas de la técnica del recurso, lo cual hace obligado su rechazo.

No prosperan.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Qué debe entenderse por resolución "manifiestamente" contraria a la ley

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 16 de febrero 24 de 1981.

Bogotá, D. E., febrero 26 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Dio lugar a la presente investigación, un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa contra el Gobernador del Departamento del Cesar, señor José Guillermo Castro Castro por supuestas irregularidades en la tramitación de mercancías consideradas de contrabando. Vencido el término de instrucción la Sala calificará el mérito del sumario.

Hechos

Este sumario se refiere a los siguientes hechos:

En las horas de la mañana del 26 de junio de 1979, miembros de la Policía Nacional al mando del Sargento Luis Delgado Sandoval decomisaron en Valledupar a la señora Olga Uhía de Pitre una camioneta sin placas, marca Dodge de color rojo, modelo 1979, junto con variada mercancía que transportaba en ella, por considerar que eran de contrabando; vehículo y mercancía fueron puestos a órdenes de la Gobernación, cuyo titular señor Castro Castro a solicitud de la interesada, dispuso mediante resolución que le fueran devueltas, como en efecto se hizo.

Resultandos

1. El Sargento Luis Delgado Sandoval, en informe rendido a su comandante, señala que hacia las 4:30 de la mañana del 26 de junio de 1979 fueron decomisadas una camioneta de color rojo sin placas con la mercancía que en ella se encontraba, al parecer de contrabando, por cuanto la señora Olga Uhía de Pitre que afirmó ser su propietaria no presentó documentos que comprobaran tal hecho (folio 5, anexo 5); más tarde en declaración jurada dentro de este sumario, ratifica lo manifestado en su informe, cuya autenticidad reconoce; aclara que no se enteró de la naturaleza de los artículos que transportaba la camioneta, pero que eran procedentes de Maicao (folios 170 a 172).

2. La señora Olga Uhía de Pitre da cuenta del citado decomiso, pero enfatiza que la camioneta era de su propiedad por haberla comprado con financiación en "Auto Cesar", reconoce que no tenía placas pero portaba tránsito libre y asevera que transportaba un mercado de artículos adquiridos en la misma ciudad de Valledupar; admite que entre los objetos que le decomisaron había cigarrillos "Marlboro" y whisky sin estampillar; y reconoce como suya fotocopia de una solicitud hecha al Gobernador Castro Castro para la devolución del vehículo y de la mercancía decomisados (folios 31 a 36).

3. Reposan en autos en fotocopias auténticas los siguientes documentos que tienen directa relación con los hechos investigados:

a) Informe del Comandante del Primer Distrito de Policía de Valledupar al Comandante del Departamento de Policía del Cesar sobre el decomsio de vehículo y mercancía de la señora Olga Uhía de Pitre, así como de su retención (folio 4, anexo 5);

b) Informe del Sargento Luis Sandoval Delgado del 26 de junio de 1979 sobre decomiso de los mismos vehículo y mercancía precedentes (folio 5, anexo 5);

c) Inventario de la mercancía decomisada a la señora Olga Uhía de Pitre (artículos alimenti-

cios y del hogar, así como diez cajas de cigarrillos "marlboro" y una caja de whisky "Old Parr") y entrega al almacén departamental, junto con el vehículo preindicado (folios 6 y 7, anexo 5);

d) Inventario del carro decomisado, camioneta Dodge, modelo 1979, sin placas, de color rojo y motor número T-924013-C-13 de la serie DT-924013 y entrega a la almacenista general del Departamento (folio 8, anexo 5);

e) Solicitud hecha por la señora Olga Uhía de Pitre al señor Gobernador Castro Castro el 2 de julio de 1979 para que "se sirva ordenar que me sea entregada una camioneta de mi propiedad marca Dodge color rojo y la mercancía representada en víveres que transportaba en dicho vehículo" (folio 10, anexo 5);

f) Factura de fecha "VI, XXI de 1979" sin membrete de almacén alguno y sin número, que relaciona la mercancía decomisada y señala precios (folio 11, anexo 5);

g) Resolución del Gobernador Castro Castro de fecha 2 de julio de 1979, cuya parte pertinente dice: "Este despacho considerando que estos hechos (decomiso de vehículo y mercancía a la señora Olga Uhía de Pitre) no encuadran dentro de ninguna de las conductas tipificadas como contravención en el Decreto 2144 de 1978 y que los elementos decomisados no constituyen contrabando por haber sido adquiridos legalmente en la ciudad de Maicao, según facturas allegadas por la interesada, ordena restituir a su propietaria la mercancía que le fue decomisada y el vehículo Dodge color rojo". Comuníquese y cúmplase. José Guillermo Castro Castro —Gobernador del Departamento. Gustavo Cotes Fernández, Secretario General— (folio 12, anexo 5);

h) Oficio del mismo 2 de julio dirigido por el Gobernador Castro Castro a la señora Lucila de Pimiento, Jefe del Almacén Departamental en el que le comunica que "este despacho mediante auto de la fecha ordenó la restitución a la señora Olga Uhía de Pitre, de la mercancía de su propiedad que le fue decomisada y la cual se encuentra en el Almacén Departamental a órdenes de la Gobernación. Sírvase proceder a lo ordenado. Atentamente, José Guillermo Castro Castro, Gobernador del Departamento" (folio 13, anexo 5), e

i) Constancia suscrita por la señora Lucila de Pimiento en su condición de Almacenista General del Departamento en la que expresa que "entregué por orden del señor Gobernador, la mercancía que le fue retenida a la señora Olga Uhía de Pitre, el día 27 de junio, junto con un vehículo también decomisado". En este mismo documento aparece un "recibí" y bajo él la firma de Olga Uhía de Pitre (folio 14, anexo 5).

4. La señora Lucila de Pimiento reconoce que en su calidad de Almacenista General del Departamento recibió la mercancía y el vehículo decomisados a Olga Uhía de Pitre conforme al inventario visible a folios 6 y 7 del cuaderno 2 (anexo 5); manifiesta que devolvió carro y mercancía a la señora de Pitre por orden del Gobernador Castro Castro y conforme a la certificación cuya fotocopia se le presentó (folio 14, anexo 5); y declara que entre los objetos devueltos a la señora de Pitre estaban algunas cajas de cigarrillos "Marlboro" y de whisky "Old Parr", unas y otra sin estampillar (folios 24 a 26).

5. En diligencia de indagatoria el procesado recuerda haber dispuesto en providencia oficial la devolución de una camioneta y de una mercancía de la señora Olga Uhía de Pitre a solicitud suya, porque consideró "que la mercancía no era de contrabando", dado que se puede conseguir en Valledupar y porque el vehículo fue comprado en "Auto Cesar"; acepta como dictada y suscrita por él la resolución pertinente (folio 12, anexo 5); en cuanto a los cigarrillos y al whisky decomisados a la misma persona dice: "ordené como siempre he ordenado que fueran confiscados para rematarlos por el Departamento", porque "al no estar estampillados consideré que eran de contrabando"; al preguntársele por qué razón en el oficio en que ordenó a la Almacenista la entrega de la mercancía decomisada no hizo excepción de los cigarrillos extranjeros y el whisky, contestó: "Sencillamente porque esta oficina depende de la Secretaría de Hacienda del Departamento que es la supervisora de esa oficina, del Almacén Departamental, corrijo, es Jefe del Almacén Departamental, entonces el señor Secretario de Hacienda, corrijo, con la seguridad de que el Secretario de Hacienda no dejaría de ninguna manera salir mercancía de licor o cigarrillos supuestamente de contrabando si no estaba estampillado, haciendo cumplir las órdenes terminantes mías"; agrega luego que el Código Fiscal (sic) del Departamento autoriza la confiscación y venta en pública subasta de whisky y cigarrillos presuntamente de contrabando, por eso "la razón de haber incautado la caja de whisky y los cigarrillos de que trata la factura que me mostraron" (folios 146 a 151).

6. El Secretario de Hacienda Departamental declara, sin embargo, que en relación con la mercancía decomisada a la señora de Pitre en el mes de junio de 1979 "el Juzgado de Rentas y la Secretaría a mi cargo desconocen quién autorizó la entrega de dicha mercancía junto con su vehículo, ya que dicho proceso no se adelantó en esa oficina y entiendo que dicho acto se realizó entre la Oficina Jurídica del Departamento y el Despacho del Gobernador" (folio 155).

7. La calidad de Gobernador que ostentaba el sindicado en la época de los hechos está debidamente acreditada con prueba documental de su nombramiento, posesión y ejercicio del cargo (folios 81, 82 y 355).

8. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita sobreseimiento temporal para el sindicado, pues considera necesario practicar aún numerosas diligencias, que enumera en su concepto.

9. Por su parte, el señor apoderado del sindicado reclama sobreseimiento definitivo porque a su juicio el señor Gobernador actuó conforme a la ley cuando dispuso la devolución a doña Olga de Pitre del vehículo y de la mercancía que la policía le decomisó el 26 de junio de 1979.

Considerandos

1. Dentro de un proceso disciplinario iniciado contra el Gobernador del Cesar, José Guillermo Castro Castro, dispúsose compulsar copias a la justicia penal ordinaria para que se investigase "la posible comisión de un delito en el tratamiento" dado por el Gobernador y otros funcionarios "a mercancías presumiblemente de contrabando", así como un posible delito de detención arbitraria. Llegada la documentación pertinente a la Sala Penal de la Corte, correspondió en reparto a este Despacho el material consignado en el anexo número 5 con 51 folios; los primeros 14 folios se refieren al decomiso y posterior entrega de vehículo y mercancía a la señora Olga Uhía de Pitre; los folios 16 a 23 dicen relación a nuevo decomiso de vehículo y mercancía a esta misma señora, hecho en el que no intervino la Gobernación del Cesar porque la policía envió actuación, carro y mercancía a la justicia penal aduanera; el folio 48 contiene la fotocopia de un oficio dirigido por el Gobernador Castro Castro al Comandante de la Policía del Cesar en el que le solicita información sobre decomiso de vehículo y mercancía a la señora Josefa Luquez, oficio que aparece contestado por el oficial en el sentido de que fueron puestos a órdenes de los jueces penales de aduanas (folios 49 y 50); los folios restantes se refieren a órdenes de captura.

Este sumario, como expresamente se indica en el auto cabeza de proceso, se orientó a investigar los hechos protagonizados por la señora de Pitre y el señor Gobernador (folios 2 a 14 del anexo 5).

Hecha esta aclaración resulta evidente que las diligencias cuya práctica solicita la agencia fiscal no se relacionan con la situación que es objeto de este sumario; ellas apuntan a hechos diversos y desconectados con el que aquí se investiga.

2. Demostrado está en el proceso que la policía decomisó el 26 de junio de 1979 vehículo automotor y mercancía a la señora Olga Uhía de Pitre por considerar que uno y otra parecían de contrabando; que carro y artículos fueron puestos a órdenes de la Gobernación en el Almacén General del Departamento; que el Gobernador dispuso su devolución en providencia en que dio como argumento que no se había violado el Decreto 2144 de 1978 porque los objetos aprehendidos no eran de contrabando; que entre los objetos decomisados figuraban diez cajas de cigarrillos "Marlboro" y una caja de whisky, ambos de procedencia extranjera y sin estampillar; y que por orden del mismo Gobernador el carro y toda la mercancía decomisada le fue devuelta a la señora de Pitre. Así aparece en documentos cuya autenticidad reconoció el sindicado (folios 2 a 14 del anexo 5) lo afirma la señora de Pitre en su testimonio (folios 31, 35 y 36); lo reconoce el sindicado en diligencia indagatoria (folios 147, 148 y 149) y lo asevera la almacenista general, señora de Pimiento (folios 25 y 26).

3. La resolución del 2 de julio de 1979 mediante la cual el sindicado, en su calidad de Gobernador del Cesar dispuso la entrega de vehículo y mercancía decomisados a la señora Olga Uhía de Pitre es manifiestamente ilegal, por las siguientes razones:

a) Porque no tenía facultad legal para decidir que automotor y mercancía decomisados no eran de contrabando; en efecto, el Decreto 2144 de 1978 —invocado por el sindicado en su providencia— otorga potestad a Gobernadores, Intendentes y Comisarios para sancionar a quien "transporte mercancías sin las guías de tránsito o documentos exigidos por las leyes o reglamentos, o a quien transporte mercancías de uso prohibido" (artículo 1º, literal e), número 1); como se ve, esta norma se refiere solamente al

transporte de mercancía sin guía de tránsito (requisito exigido por el artículo 10 del Decreto 129 de 1977 para el transporte de café) o sin la planilla única de carga (obligación impuesta a los transportadores terrestres por el artículo 1º del Acuerdo 199 de 1972 del Instituto Nacional de Transporte), y al de mercancía de uso prohibido (estupefacientes, armas estrictamente militares, etc.). No confiere, pues, este decreto competencia a los Gobernadores para resolver sobre hechos que puedan configurar contrabando, cuestión esta reservada a la jurisdicción penal aduanera conforme a un estatuto especial (Decretos 955 de 1970, 520 de 1971 y Ley 21 de 1977);

b) Porque habiendo reconocido el Gobernador que los cigarrillos y el whisky decomisados a la señora de Pitre —entre otros artículos— eran de contrabando (folio 148), dispuso, sin embargo, su entrega mediante resolución en la que afirma que "los elementos decomisados (sin excepción ninguna) no constituyen contrabando por haber sido adquiridos legalmente en la ciudad de Maicao" (folio 12, anexo 5). Su afirmación de que no dispuso la entrega de cigarrillos y whisky y que, al contrario, ordenó "que fueran confiscados para rematarlos por el Departamento", está en abierta contradicción con el claro tenor de su resolución y con el no menos claro de la orden de entrega que por escrito impartió a la Almacenista del Departamento, en ninguna de las cuales excluye de la devolución aquellos artículos (folios 12 y 13, anexo 5); por lo demás, la constancia de entrega de la mercancía a la señora de Pitre tampoco los exceptúa (folio 14, anexo 5), y la almacenista que la entregó afirma que fue la misma que aparecía "en el acta de recibo del Teniente Néstor Jaime Díaz Rincón", cuya fotocopia se le puso de presente (folio 6, anexo 5) y en la que figuraban 10 cajas de cigarrillos "Marlboro" y una caja de whisky "Old Parr" (folio 25). Obsérvese que a una pregunta del instructor sobre la contradicción en que incurre el sindicado entre lo que dice en su resolución y en la orden consiguiente (entrega del vehículo y de toda la mercancía) y lo que expresa en la indagatoria (confiscación para remate de cigarrillos y whisky), responde confusamente con una insinuación en el sentido de que confiaba en que su Secretario de Hacienda "no dejaría de ninguna manera salir mercancía de licor o cigarrillos supuestamente de contrabando si no estaban estampillados" (folio 148); sin embargo, preguntado este funcionario sobre el incidente, respondió categóricamente que nada supo la oficina a su cargo del decomiso y posterior devolución de esta mercancía a la señora de Pitre (folio 185);

c) Porque si el Gobernador sabía que los cigarrillos y el whisky decomisados a la señora de Pitre eran presumiblemente de contrabando, como lo reconoce en su indagatoria, en la misma resolución en que concluyó que los hechos imputados a tal señora "no encuadran dentro de ninguna de las conductas tipificadas como contravención en el Decreto 2144 de 1978", ha debido disponer su envío a la justicia penal aduanera para que ella decidiera sobre iniciación o no de la acción penal correspondiente, como se desprende del inciso 1º del artículo 1º del mismo Decreto 2144 de 1978, y

d) Porque la resolución del 2 de julio de 1979 fue dictada por el Gobernador con violación del procedimiento que para tales casos establece el Decreto 2144 de 1978, fundamento legal de la misma. En efecto, el artículo 5º del citado estatuto establece:

1. Que "el Gobernador, Intendente o Comisario adelantará personalmente la investigación o podrá comisionar al respectivo Secretario de Gobierno, para que actúe como funcionario instructor".

2. Que "se oirá en descargos al contraventor dentro de las 24 horas siguientes al conocimiento de los hechos, diligencia para la cual deberá estar asistido de un apoderado".

3. Que "a partir del día siguiente al de la diligencia descrita en el literal anterior, empezará a correr un término de 5 días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el imputado, su apoderado o decretadas de oficio".

4. Que "transcurridos los anteriores términos el Gobernador, Intendente o Comisario dictará la correspondiente resolución escrita y motivada en la que se hará constar la identificación del contraventor y el hecho que se le imputa". Pues bien, esta tramitación no se cumplió; sólo consta que decomisados vehículo y mercancía, la señora de Pitre solicitó su devolución al Gobernador en escrito del 2 de julio de 1979 (folio 10, anexo 5) al que adjuntó copia del acta de decomiso y factura de la mercancía, y ese mismo día el sindicado dictó la resolución cuestionada y la orden de entrega de la mercancía (folios 12 y 13, anexo 5).

4. Los razonamientos precedentes demuestran, pues, que la resolución proferida por el sindicado es ostensiblemente contraria a la ley y que al emitirla fue consciente de su ilicitud porque en

su indagatoria reconoce la existencia de una jurisdicción penal aduanera competente para decidir sobre el delito de contrabando, cuestión esta —por lo mismo— ajena a las funciones que entonces ejercía por mandato del Decreto 2144 de 1978; porque admite, igualmente, que los cigarrillos y el whisky decomisados a la señora de Pitre fueron traídos de Maicao (ver resolución), sin pagar los impuestos correspondientes y por consiguiente "podían ser de contrabando" (folio 148), a pesar de lo cual dispuso su entrega incondicional; porque manifiesta que cuando el comandante de la policía le enviaba "casos de supuesto contrabando para que los sancionara basado en el Decreto 2144 de 1978, yo le manifesté categóricamente que esos casos debía enviarlos a la Justicia Penal Aduanera" (folio 152), lo que demuestra que era consciente de su incompetencia para ocuparse de tal materia; y porque nada permite suponer que desconociese el procedimiento previsto en el citado Decreto 2144, que sin embargo pretermitió.

5. *La conducta realizada por el sindicado está descrita como prevaricato por el inciso 1º del artículo 168 del Código Penal de 1936 y reiterada por el artículo 149 del nuevo Código Penal, tipo este que a más de suprimir las expresiones "auto o sentencia", tal vez porque se suponen comprendidas en la más amplia de "resolución", exige que esta sea "manifiestamente" contraria a la ley, es decir, ostensiblemente ilegal; por lo demás, las sanciones previstas son idénticas en ambas codificaciones.*

6. Reunidas, pues, las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, habrá de llamarse a juicio al procesado para que responda por el delito de prevaricato a que se ha hecho referencia. Dada la naturaleza de la pena señalada para este delito (prisión), se dispondrá la detención preventiva del sindicado; sin embargo, como quiera que en caso de sentencia condenatoria podría otorgársele el beneficio de la condena de ejecución condicional (artículo 68 del nuevo Código Penal) no se hará efectiva la privación de su libertad con fundamento en el número 5 del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

1. LLAMAR a responder en juicio sin intervención del jurado al señor José Guillermo Castro Castro, actual Gobernador del Departamento del Cesar, de condiciones civiles precisadas en el sumario (folio 145) por el delito de prevaricato descrito en el Capítulo VII del Título III, Libro Segundo, del Código Penal vigente, cometido en las condiciones y circunstancias mencionadas en la parte motiva de esta providencia.

2. ORDÉNESE su detención preventiva, aunque no se hará efectiva la privación de su libertad por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia, siempre que el procesado preste caución prendaria por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda corriente, dentro de los cuatro días siguientes al de la notificación de esta providencia (artículo 450 del Código de Procedimiento Penal) y suscriba la diligencia compromisoria a que se refiere el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.

3. Notifíquesele personalmente este proveído y hágasele saber el derecho que le asiste de nombrar defensor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

La excarcelación de que trata el ordinal 9º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975, sólo puede ser resuelta por el juez del conocimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 019.

Bogotá, D. E., marzo 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Abogado Asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El apoderado especial del procesado Carlos Rengifo, ha solicitado a la Corte que le conceda a éste, al igual que al otro sentenciado, Gustavo Hernández, el beneficio de la libertad provisional a que los dice acreedores porque si "en fallo del 29 de enero del año en curso, la honorable Corte anuló el proceso que se había seguido a Carlos E. Rengifo y Gustavo A. Hernández, por error en la denominación del delito atribuido en las instancias, a partir del auto de proceder, y dispuso que se volviera a hacer la calificación de los hechos", "no hay calificación del sumario, ni puede hacerse en la honorable Corte, de modo que los procesados merecen el beneficio de libertad caucionada, conforme dispone el numeral 9 del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, pues han transcurrido más de doscientos setenta días desde aquél en que se hizo efectiva la privación de la libertad: 4 de octubre de 1978".

El Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra, en cambio, improcedente esa solicitud, porque del aparte segundo de la norma invocada en sustento "resulta con toda claridad que, no habiéndose calificado el mérito del sumario dentro del tiempo señalado por la ley y ante la solicitud de libertad del interesado el juez competente debe proceder a llamar a juicio al incriminado si existe mérito para ello o a conceder la excarcelación, lo cual supone que la solicitud de libertad debe ser elevada ante el juez competente para conocer del asunto y por ende, para llamar a juicio. Pero en el caso presente y como lo admite el peticionario, la honorable Corte no puede hacer el llamamiento a juicio, si existiere mérito, porque legalmente no está autorizada para ello".

Considerando

Es verdad que el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal prescribe que "la excarcelación se concederá de oficio o a solicitud de parte en cualquier momento procesal, excepto en el caso previsto en el numeral 5 del artículo anterior"; pero la expresión, "en cualquier estado del proceso", no puede tener significación diferente a la de que la libertad provisional se otorgue en la oportunidad procesal adecuada y siempre que, por otra parte, exista la posibilidad procesal de otorgarla en quien haya de decidir sobre su procedencia.

El ordinal 9º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 autoriza la concesión de la libertad provisional, es cierto, cuando ha vencido el término de ciento ochenta días en caso de ser menos de tres los procesados, o el de doscientos setenta cuando ellos son tres o más o cuando son tres o más los delitos materia del proceso, sin que se haya calificado el mérito del sumario; pero no lo es menos que la misma norma advierte que si al resolver sobre esa gracia "el juez encontrare que hay mérito para dictar auto vocatorio a juicio, negará la excarcelación, ordenará cerrar la investigación y la calificará dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término de traslado

a las partes" y que sólo en el evento de no calificar el sumario en ese término, "decretará inmediatamente la excarcelación", lo que significa, en suma, que sin estos presupuestos procesales previos, la causal invocada es legalmente improcedente.

Los actos procesales que conforme a tal precepto es menester disponer como consecuencia de la negativa de excarcelación, son, además, de ordenación privativa del funcionario del conocimiento, de modo que mal podría la Corte entrar a decidir sobre ese pedimento, cuando, caso de resolverlo negativamente, carecería de competencia legal para tomar las determinaciones a que alude la norma.

La sentencia de 29 de enero pasado anula el proceso a partir del auto de proceder inclusive y ordena reponer la actuación, previa la correcta calificación del sumario por parte del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali, de manera que es a este funcionario exclusivamente y no a la Corte, a quien corresponde decidir sobre la excarcelación pedida, debiendo tener en consideración, eso sí, que aquella nulidad se decretó sólo sobre la base de la incorrecta calificación jurídica de los hechos alegada por el casacionista.

Por lo demás, esta Corporación, en decisiones anteriores, ha sido del mismo criterio al ahora expuesto, una de ellas de 21 de mayo de 1979 (Acta número 38 de esa fecha).

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto de la Procuraduría Delegada, NIEGA el beneficio de libertad de que se ha hecho mérito.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COPARTICIPACION CRIMINAL. INSTIGACION

En el mundo de la delincuencia organizada existe un ambiente de valores entendidos, de lenguaje convencional, de procedimientos simplificados, y a veces basta un ademán, una frase entrecortada, una expresión figurada, un signo, para comunicar una propuesta delictiva.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 18 (26 de febrero de 1981).

Bogotá, D. E., marzo 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Hernando Suárez Galeano, alias "El Sargento", Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza contra la sentencia de seis de marzo de mil novecientos setenta y nueve, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá los condenó a las penas principales de seis años y seis meses de presidio para cada uno de los dos primeramente mencionados y de ocho años y dos meses de presidio para el tercero como coautores responsables del delito de robo agravado, modificando así, en cuanto a la sanción, la que había dictado el Juzgado Catorce Penal del Circuito de esta ciudad el día trece de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, de la cual conoció en razón del recurso de apelación que contra ella interpusieron los procesados. En dicha sentencia también fue condenado Mamerto Turga Patiño a la pena de seis años y seis meses de presidio como cómplice no necesario del delito de robo agravado imputado a todos ellos, pero no recurrió de la sentencia.

El recurso interpuesto por Suárez Galeano, Cruz Vargas y Naranjo Pedraza fue admitido por auto de diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y nueve (folio 2 del cuaderno de la Corte), pero luego fue declarado desierto respecto de los dos últimos por no haber presentado demanda de casación. Sí lo hizo Luis Hernando Suárez Galeano, y la suya fue declarada ajustada a los requisitos formales que prescribe la ley (folio 41 ibídem).

Hechos y actuación procesal

Con estricta sujeción a la realidad procesal los narra así el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"El 25 de enero de 1977 el señor Gustavo Ospina formuló denuncia ante la Unidad Operativa Judicial de Kennedy y dio cuenta que el día anterior a eso de las 3 de la tarde, como empleado de la Empresa de Transportes 'Ceta', impartió la orden de 'cargue' al conductor del camión de placas XK 1094, señor Eliseo Jaimes, para transportar de esta ciudad a la de Bucaramanga 402 cajas de Terel x 48, 2.040 unidades de Close Up rojo y 166 cajas de Bizeogra x 15, por un valor total de $ 270.000.00, según planilla número 0366199. Al conductor le fue dada la suma de $ 2.000.00 como anticipo del valor del viaje. En la fecha del denuncio se le avisó telefónicamente a su residencia desde la Inspección de Policía de Soacha que Jaimes había sido atracado y sustraído todo el cargamento que transportaba en el camión. Agregó que luego del referido cargue vio personalmente a dos hombres que en el vehículo acompañaban a Jaimes, uno de ellos apellidado Naranjo y apodado 'El Caballo', quienes en la mañana del 24 ayudaron a descargar el mismo automotor que venía de Bucaramanga y quienes, según le informó Eliseo Jaimes, fueron los autores del delito.

"Las autoridades de policía, pocos días después de los acontecimientos, encontraron en la casa de Mamerto Turga Patiño del barrio La Alquería de esta ciudad, buena parte de las mercancías robadas, y capturaron a éste allí y en sitios diferentes a Alfonso Naranjo Pedraza y Marco Tulio Cruz por datos suministrados por Elisco Jaimes.

"Los dos últimos confesaron ampliamente su participación en el delito y señalaron a Hernando Suárez (alias El Sargento) como la persona que con anterioridad encargó la mercancía, a su llamado acudió cuando ya se habían apoderado del camión, se unió a su acción delictiva, indicó la casa de Turga Patiño como lugar para dejarla, y ordenó llevar el camión a inmediaciones de Soacha para abandonarlo allí junto con su conductor. El tercero, con reticencias, acepta su participación igualmente.

"El Juzgado Cincuenta y Seis de Instrucción Criminal de Bogotá inició investigación penal, la que por reparto correspondió al Juzgado Catorce Penal del Circuito de esta ciudad, el que en providencia del 19 de septiembre de 1977 calificó los hechos como robo agravado y comprometió en juicio a Marco Tulio Cruz Vargas, Alfonso Naranjo Pedraza (alias El Caballo), Luis Hernando Suárez Galeano o Hernando Rodríguez o Jesús Hernando Rodríguez (alias El Sargento), en calidad de coautores, y a Mamerto Turga Patiño como cómplice, ordenando la detención de Suárez Galeano, quien había sido declarado reo ausente, y sobreseyó temporalmente a Blanca Cecilia Romero de Turga.

"En ampliación de indagatoria, dentro del período probatorio de la causa Naranjo Pedraza y Cruz Vargas, retractáronse parcialmente, inculparon ya al conductor Jaimes Alvarez de haber dirigido la acción delictiva, y capturado Luis Hernando Suárez Galeano fue oído en indagatoria en la que se manifestó ajeno a los hechos, repudió el apodo con que lo señalaron sus acusadores y sin embargo aceptó que el teléfono por el cual se comunicaba era el número 30 31 38, o sea el mismo que desde un principio dio a Marco Tulio Cruz como nexo de comunicación con Hernando Suárez (alias El Sargento).

"La audiencia pública se celebró entre el 3 y el 6 de octubre de 1978 y en ella primeramente se practicaron careos entre Hernando Suárez Galeano, de una parte, y Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza, de la otra. En ellos los dos últimos negaron que el primero fuera la persona a la que ellos se refirieron como apodada 'El Sargento' y que sólo lo conocieron al notificárseles una providencia, cuatro o cinco meses antes de la audiencia. Los defensores de los procesados con base en la parcial retractación de Cruz Vargas y Naranjo Pedraza y el desconocimiento que de Suárez Galeano aquéllos afirmaron, pidieron la absolución de cada uno de los encausados, habida cuenta de que al ser interrogada en la audiencia limitaron su conducta al obedecimiento de órdenes de descargue de la mercancía dadas por Elisco Jaimes, lo que reiteraron en escritos que obran a folios 438 y siguientes.

"Por último, el juzgador de primer grado dictó sentencia condenatoria el trece de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, la cual, como ya se anotó, reformó el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a la pena principal impuesta, en el fallo sometido al recurso extraordinario de casación" (folios 57, 58 y 59 del cuaderno de la Corte).

La demanda

La abogada recurrente al impugnar la sentencia con base en las causales primera y cuarta de casación, le formula cuatro cargos, tres de ellos al amparo de la causal primera, y uno dentro del marco de la cuarta.

Causal primera. Primer cargo. Si se interpretara de conjunto su censura para tratar de desentrañar el sentido de la violación que pretende, habría de decirse que intentó formular un cargo por violación indirecta de la ley sustancial en razón de errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador al apreciar la prueba que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria.

Sin embargo, no lo hizo con la claridad y precisión debidas, y de allí que cite como base del cargo el cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, fundamente la violación indirecta por el desconocimiento de la prueba y proponga, en el resumen final del cargo, simultáneamente la violación directa y la indirecta de la ley.

En efecto, bajo el epígrafe: *La causal de casación que se invoca*, expresa: "La 1ª prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la cual se refiere a tres motivos de violación de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea".

Luego formúla, así el primer cargo:

"Impugno la sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá en contra del procesado recurrente, por violación *indirecta* en que incurrió el sentenciador de segundo grado del artículo 404 del Código Penal".

Más adelante, después de anotar que el juzgador de instancia infringió en forma directa los artículos 215, 216, 217 y 264 del Código de Procedimiento Penal, agrega: "Al quebrantar el Tribunal Sentenciador las anteriores normas procesales penales, el quebrantamiento se produjo en forma directa por omisión en haber tenido en cuenta sus presupuestos esenciales como medios reguladores de las pruebas, motivo por el cual infringió el Tribunal en forma *indirecta* el artículo 404 del Código Penal, por evidente y manifiesto error de *hecho*, puesto que no tuvo en cuenta pruebas legalmente producidas y agregadas al expediente".

Finalmente, bajo la denominación de "Resumen", dice: "Impugno la sentencia recurrida por la vía de la violación indirecta de los artículos 402 y 404 del Código Penal, por haber quebrantado el Tribunal en forma directa los artículos 215, 216, 217 y 264 del Código de Procedimiento Penal".

El soporte probatorio de la censura en este primer cargo lo hace consistir la abogada recurrente en que el Tribunal ignoró que la acusación que se desprendió inicialmente contra Luis Hernando Suárez Galeano de las primeras versiones suministradas por Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza quedó desvirtuada con las diligencias de careo practicadas entre ellos y Suárez durante la audiencia pública, ya que en ellas afirmaron que apenas vinieron a conocer a Suárez en la cárcel cuando les fue notificada una providencia y que él no es la misma persona a quien se refirieron en sus precisas originales declaraciones. Desestimó también, por lo mismo, la presunción de veracidad que acompañaba a la confesión de Suárez, al haber perdido su valor incriminador las pruebas que la infirmaban.

Segundo cargo. Lo enuncia así:

"Acuso la sentencia recurrida proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se condenó al procesado Luis Hernando Suárez Galeano a la pena de seis años, seis meses de presidio, por ser violatoria de la ley sustancial en sus artículos 402 y 404 del Código Penal por evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas".

Para fundamentarlo, recuerda, como lo había hecho en el anterior, que el Tribunal no tuvo en cuenta en su sentencia que las acusaciones que inicialmente le formularon Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza a Luis Hernando Suárez Galeano, resultaron infirmadas en las confrontaciones practicadas entre ellos cuando se realizó la audiencia pública, pues allí dijeron los primeros que el segundo no fue quien les prometió anticipadamente comprarles la mercancía, ni quien, una vez se la entregaron, les dio cinco mil pesos a cada uno.

Al haber dejado el Tribunal subsistentes las primeras declaraciones de Cruz y Naranjo y haber estimado, por tanto, que existía la prueba plena que exige la ley para poder condenar a Suárez, incurrió en evidente error de derecho y, en consecuencia, quebrantó "los artículos 217 y 217 (sic) del Código de Procedimiento Penal (parece que se refiere al 215) en forma directa, y por manifiesto error de derecho infringió en forma *indirecta* los artículos 402 y 404 del Código Penal, en razón de que los elementos constitutivos del delito de robo agravado, imputado al procesado, no habían tenido demostración en el proceso".

Bajo el título de "Resumen" concluye así el cargo:

"Impugno la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá por quebrantamiento de los artículos 6º, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, quebranto que se produjo en forma directa y el que tuvo proyecciones en la aplicación de los artículos 402 y 404, en concordancia con el artículo 19 del Código Penal".

Tercer cargo. Esta es su enunciación:

"Impugno la sentencia recurrida, por haber quebrantado el Tribunal en forma DIRECTA los artículos 1º, 3º, 19, 402 y 404 del Código Penal. Las tres primeras normas sustanciales, por no haber sido aplicadas al caso de mi defendido en su justo entendimiento, y las dos últimas, por haber sido aplicadas cuando la realidad procesal no daba lugar a su aplicación".

Al demostrarlo, enrostra al Tribunal el hecho de haber ignorado que el delito de robo fue planeado y ejecutado por los procesados Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza. "Sin contar con la presencia física del procesado Luis Hernando Suárez Galeano".

Agrega que "el expediente arroja la plena prueba de que Galeano Suárez no hizo acto de

presencia en el apoderamiento del camión, no maniató ni amordazó al chofer Jaimes cuando fue llevado por los sujetos Cruz Vargas y Naranjo Pedraza hacia Fontibón".

De allí deduce que la conducta de Suárez no podía tenerse como constitutiva de una coautoría, sino cuando más de una complicidad no necesaria.

Esto se desprende de las siguientes apreciaciones que contiene en este punto la demanda:

"Siendo el delito de robo un delito instantáneo, para que pueda calificarse como coautores del delito a todos los sujetos que en él intervienen, se requiere que la actividad desplegada por ellos sea anterior o concomitante a la ejecución del delito. Si la ayuda es posterior, entonces la conducta delictuosa no encajaría dentro de la coautoría, sino dentro de la complicidad necesaria (sic) prevista por el artículo 20 del Código Penal, con la consecuencial disminución de la pena allí prevista".

"Es necesario tener en cuenta que cuando el camión llegó a la casa de Mamerto Turga ya el delito de robo estaba consumado siendo sus ejecutores exclusivos los sujetos Cruz Vargas y Naranjo Pedraza, sin el concurso físico del recurrente Suárez Galeano, y ya estando consumado el delito, no se puede gobernar su conducta con sujeción al artículo 19 del Código Penal, ya que la cooperación en la ejecución del hecho tiene que ser anterior o concomitante al delito, y no posterior, por ser éste uno de los delitos denominados instantáneos".

Luego entra la recurrente a proponer, dentro de este mismo cargo, la errónea denominación jurídica de la infracción, pues deriva el comportamiento de su defendido hacia el delito de encubrimiento, sacándolo del terreno del robo en cualquiera de sus manifestaciones. Al respecto dice:

"Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, surge la conclusión de que cuando los procesados Cruz Vargas y Naranjo Pedraza llevaron el camión a la casa de Mamerto Turga para el descargue del mismo ya el delito de robo estaba completamente agotado en todos sus elementos constitutivos, y la actividad desarrollada por el procesado Luis Hernando Suárez Galeano no puede ser regulada con sujeción a la previsión contenida en el artículo 19 del Código Penal, sino por el artículo 199 del Código citado".

Al final, resume, así el cargo: "Impugno la sentencia acusada, en razón de que el Tribunal sentenciador, incurrió en manifiesto quebrantamiento de la ley sustancial por la vía directa, ya que no aplicó en la sentencia los artículos 3º y 199 del Código Penal, que resultaban ser las normas sustanciales más acordes en su aplicación para reprimir el delito de encubrimiento, modalidad delictiva que más se acomoda a la verdad de los hechos.

"Infringió el Tribunal los artículos 19, 402 y 404 del Código Penal por haberlos aplicado *indebidamente* en la sentencia, generándose por este motivo una violación directa de la ley sustancial, por evidente error de derecho.

"Como resultado de la impugnación que le formulo a la sentencia acusada en el presente cargo, concreto la acusación en el sentido de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá infringió los artículos 3º y 199 del Código Penal, violación que se produjo por la vía directa y por error de derecho".

Causal cuarta. Cargo único. Nulidad de la sentencia por errónea denominación jurídica de la infracción, motivo de invalidación a que se refiere el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

La recurrente fundamenta la censura volviendo a recordar que la prueba que inicialmente comprometió a su patrocinado quedó desvirtuada con los cargos practicados en la audiencia pública entre él y los procesados Marco Tulio Cruz y Alfonso Naranjo Pedraza. De allí que puede afirmarse: "que Suárez Galeano no estuvo presente en el lugar de la consumación de los hechos, ni ellos lo conocían con anterioridad al auto de la notificación del auto de proceder en la Cárcel Nacional Modelo".

Por eso, aceptando "en gracia de discusión", que hubiese estado presente en la casa donde se descargó la mercancía del camión saqueado, su conducta configuraría el delito de encubrimiento, no el de robo. Como se le residenció en juicio por este último delito, en su calidad de coautor, se incurrió en el auto de proceder en una errónea denominación jurídica de los hechos acreditados en el proceso, estructurándose así la causal de nulidad descrita en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Son sus palabras:

"Como la calificación de la delincuencia se hizo en el auto de proceder bajo la denominación de robo agravado y *las pruebas posteriormente allegadas al proceso demuestran una conducta tipificadora de un delito de encubrimiento*, surge en consecuencia un nítido error en la deno-

minación jurídica de la infracción que cae bajo la sanción de nulidad, prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal" (subrayas fuera de texto).

La demanda concluye con la solicitud de casación de la sentencia, para que se absuelva a Suárez, si es que prospera la causal primera, o se decrete la nulidad si se acepta la causal cuarta.

Respuesta del Ministerio Público

Causal cuarta. Como lo impone la técnica del recurso, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal comienza por contestar el cargo formulado al amparo de la causal cuarta de casación.

Pide que se desestime la censura, pues si el impugnador lo que pretendió fue discutir la denominación jurídica de los hechos en la forma en que los plasmó el juzgador, no debió haberlos desconocido en su valor intrínseco, sino en la calificación que se les dio en derecho, demostrando a plenitud, lo que no hizo, que la que se les asignó no es la que sustancialmente les corresponde. En lugar de esto, que era lo adecuado, se limitó a oponer su personal criterio al del fallador.

Y si lo que pretendía era cuestionar los hechos mismos, en su valor intrínseco, para luego censurar su calificación jurídica, debió haber establecido indubitablemente el error en que el fallador incurrió al dejar de apreciar o al apreciar erróneamente la prueba, de donde provino la violación de la ley, indicando en conclusión la calificación acertada que correspondía a la prueba sustentatoria verificada.

Recuerda que la sentencia se ocupó ampliamente del análisis de los elementos probatorios que el impugnante estima ignorados, y que en cambio éste, en lugar de estudiarlos pormenorizadamente y demostrar el error en su apreciación, se limita a enunciar su personal opinión sobre la prueba en general.

Causal primera. Primer cargo. En contestación de la tacha que por este aspecto se formula a la sentencia, pone de presente el Ministerio Público que, además de las indagatorias de Cruz Vargas y Naranjo Pedraza, existen otros elementos de prueba que sirvieron también de base al auto enjuiciatorio y a la sentencia de condena, elementos que no analiza el recurrente.

Los juzgadores de instancia no ignoraron en forma alguna los cargos practicados entre Suárez Galeano y Cruz Vargas y Naranjo Pedraza, ni tampoco la indagatoria del primero de ellos. Por el contrario, estas pruebas fueron ampliamente analizadas en la sentencia y rechazadas por no ajustarse a la realidad, lo mismo que las pretendidas retractaciones de Cruz y Naranjo en la etapa del juicio, pues su inicial confesión, libre y espontánea, encontró pleno respaldo en otros elementos de convicción, no así la estudiada y calculada posición adoptada a última hora.

Pide que se desestime el cargo por no haber logrado la demanda demostrar razonadamente la infracción de las normas sustantivas ni los errores de hecho en que dice haber incurrido el Tribunal al condenar a Suárez.

Segundo cargo. Para la Procuraduría tampoco está llamada a prosperar esta censura, pues el recurrente no logró demostrar el error de derecho manifiesto que alega, ya que las pruebas que enuncia no constituyen los únicos soportes probatorios de la sentencia, sino que ella se basó también en otros elementos de convicción de cuyo análisis y refutación no se ocupa la demanda.

Tercer cargo. Debe desecharse también, en concepto de la Procuraduría, porque se incurrió en el grave error de "involucrar en la demostración o razonamiento pertinente al quebrantamiento por la vía directa el que es propio de la indirecta". Esta afirmación la hace el Procurador por cuanto el impugnante cuestiona los hechos en su valor intrínseco y discute la prueba, olvidando que su censura está enderezada a probar una violación directa de la ley.

Recuerda con la Corte que "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 en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y rechacen a la vez los hechos en que se apoya la decisión".

Finalmente, por no estar llamado a prosperar ninguno de los cargos que conforman la demanda, la Procuraduría solicita que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Se analizará en primer término la censura referente a la nulidad de la sentencia, por ser este el camino indicado en atención a las consecuencias que se seguirían de prosperar el cargo.

Para la recurrente la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, debido a la errada calificación jurídica que se dio a los hechos, pues, de acuerdo con las variaciones que después presentó la prueba de cargo, la imputación que corresponde al comportamiento de su defendido es la de encubrimiento (artículo 199 del Código Penal) y no la de robo agravado por la que fue condenado.

Sea lo primero anotar que, analizada en su conjunto la demanda, presenta ángulos contradictorios, pues en los cargos primero y segundo se parte de la base de que esa prueba de inculpación quedó totalmente desvirtuada, resaltándose así la ausencia de compromiso penal de Suárez Galeano frente a los cargos que le fueron atribuidos. En el cargo tercero se admite, en alguna parte de la fundamentación, que la conducta de éste podría configurar una complicidad secundaria en el robo, pero no una coautoría. Y en esta censura por nulidad se sostiene, como se dejó enunciado, que la incriminación debió haber sido por encubrimiento, no por robo.

Pero además de esa contradicción entre los diferentes cargos, existe también otra en el propio ámbito del que se analiza. En efecto, la censura se basa en la apreciación de que la prueba recibida con posterioridad al auto de proceder, concretamente la de confrontación entre Suárez Galeano con Cruz Vargas y Naranjo Pedraza, dejó sin piso los cargos que inicialmente le habían formulado los dos últimos al primero, ya que en estos careos dijeron que lo vinieron a conocer en la cárcel y que, en todo caso, no es él la persona a quien se refirieron en sus primeras versiones tanto ante la oficina de investigación del F-2 de la Policía como ante el Juzgado Instructor. En otros términos, que Suárez nada tuvo que ver con los hechos, en ninguno de sus momentos.

Pero contrariando esa afirmación, y con el fácil recurso de aceptarlos "en gracia de discusión", se expresa: "Como la calificación de la delincuencia se hizo en el auto de proceder bajo la denominación de robo agravado y *las pruebas posteriormente allegadas al proceso demuestran una conducta tipificadora de un delito de encubrimiento*, surge, en consecuencia, un nítido error en la denominación jurídica de la infracción que cae bajo la sanción de nulidad, prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal".

Esas pruebas posteriores, se dijo ya, son las diligencias de confrontación, y en ellas pretendieron los procesados Cruz y Naranjo exculpar en todo a Suárez, sin discriminación de circunstancias (folios 418 y 419 del cuaderno principal).

No se ve, por tanto, cómo esas lacónicas y precisas aseveraciones de no haberlo conocido antes y de no ser Suárez la persona a que se refirieron, tengan, a la vez, la virtud de borrar de las primeras versiones lo que no conviene a Suárez, y de dejar subsistentes las partes que permitan ubicar su conducta dentro de una ilicitud penal más benigna.

O quedó sin valor la prueba, o conserva su vigor, pero cobijando en ambos casos todos los aspectos a que se refería. Es que en sede de casación no se actúa en terreno de suposiciones, sino de afirmaciones y comprobaciones. O se acepta la prueba, o se la controvierte o rechaza, pero no puede tenérsela por válida para lo que convenga, y restarle su valor para lo que perjudique.

Además, envuelve un contrasentido lógico y jurídico aceptar que la calificación hecha en el auto de proceder fue acertada, pues la prueba existente le prestaba sólido respaldo, y luego alegar, que como esa prueba se desvirtuó *posteriormente, hubo* errada calificación jurídica de los hechos. Si la prueba, en aquel momento, permitía llamar a responder en juicio a Suárez como coautor del delito de robo, según lo acepta la recurrente, pues no de otra manera podría entenderse su argumentación, no puede decirse luego que porque perdió *después* su mérito, aquella calificación fue equivocada. Si esto llegare a ocurrir, tendrá su incidencia en la sentencia, pero sin producir efectos retroactivos sobre una decisión en firme a la que prestó esa prueba en su oportunidad indiscutible apoyo. Lo contrario pugnaría con la certeza y la seguridad de las decisiones judiciales.

La recurrente debió, en tal caso, haber acudido a la causal primera de casación, cuerpo segundo, para evidenciar el error en que habría incurrido el fallador al proferir sentencia basándose en unas pruebas desvirtuadas, y, por lo mismo, jurídicamente inexistentes, con lo cual quedaría sin piso la sentencia por ser violatoria de la ley en forma indirecta, presentando desde luego técnicamente el cargo, pues los que formuló, con base en dicha causal, habrán de ser desestimados, como se verá, por haber desconocido la técnica del recurso y carecer de la claridad que debe caracterizar la censura en casación.

Lo que se deja comentado sería suficiente para desestimar el cargo, pero no está por demás re-

cordar que para que pueda hablarse de encubrimiento es necesario comprobar que la persona de quien se predica fue totalmente ajena al otro delito. Obra con posterioridad a su comisión, prestando a sus autores una ayuda no convenida previamente, y sin haber influido causalmente en la determinación criminosa de aquél o aquéllos cuya actuación ilícita ampara. Cualquier trato anterior, relacionado con el delito por ellos cometido, lo sitúa en el campo de la participación delictiva respecto del mismo, no en el del simple encubrimiento.

En el caso presente, la prueba inicial que recoge el proceso, y que como lo analizan los juzgadores de instancia no fue desvirtuada por los posteriores intentos de rectificación carentes de sustento probatorio lógico, permite afirmar que Luis Hernando Suárez Galeano no solamente no fue ajeno al delito de robo atribuido a él y a los demás procesados, sino que su actuación fue decisiva en relación con el comportamiento de éstos, como que los indujo eficazmente a cometerlo.

En efecto, Marco Tulio Cruz afirma que un individuo a quien conoció con ocasión de sus actividades de cotero y que, por lo mismo se dio cuenta de que se le tenía confianza en la empresa, le dijo cierto día que "si de pronto salía un viajecito de lo que fuera él lo compraba", y al preguntarle Cruz que cómo harían para entrevistarse, le dio para localizarlo el teléfono número 30 81 38 (folio 16 del cuaderno principal), que resultó ser el mismo que suministró posteriormente en su indagatoria Suárez como el que usaba para sus comunicaciones (folio 322 ibídem).

En un memorial que dirige posteriormente al juez reitera esta manifestación acerca del marco circunstancial que rodeó su conocimiento con Suárez y de la forma como le hizo la propuesta:

"Como lo expresé en mi injurada y como así lo es, yo venía ayudándole como compañero de descargar los carros al señor Alfonso Naranjo Pedraza, y mi participación posterior a los hechos se desprende en las circunstancias que hábilmente motivadas y aprovechando nuestra necesidad se agitó por parte del señor Hernando 'El Sargento', persona a quien jamás había conocido íntimamente de trato personal, sólo reitero las frases de este señor, cuando le descargué varios viajes de chatarra, dirigidas al suscrito:

"... Hola vea por qué usted como está tan pobre y como es conocido en esa empresa ... *por qué no me consigue* un viaje de chatarra o de lo que sea que yo se lo compro", palabras éstas que sólo me sirvieron para tenerlas en cuenta no obstante mi estado de necesidad, fue así como me dio un teléfono en caso tal y como Hernando "El Sargento" (folio 211 ibídem). Subrayas fuera de texto.

En la diligencia de indagatoria manifestó que desde entonces se puso a pensar en esto y se lo comunicó a su compañero Alfonso Naranjo Pedraza, otro de los procesados en este negocio, quien, como se verá, lo confirma en sus declaraciones.

Así se expresa Cruz respecto de este punto:

"Yo para conocer a Hernando, a quien le dicen El Sargento, fue dos meses atrás en que él me contrató para que le descargara unos viajes de chatarra, en una volqueta que él tenía, como dos viajes y ahí cojimos confianza, y un día me dijo que él me compraba cualquier clase de viajes, o lo que fuera *y yo me puse a pensar desde ahí* y de esto una vez le comiqué a mi compañero Naranjo y ésta me dijo que de pronto resultaba algo y como en realidad yo sí tenía y tengo necesidad lo hice" (folio 32 ibídem). Subrayas fuera de texto.

Presentada la ocasión, que fue la compañía que le hicieron Cruz y Naranjo al conductor del camión para ayudarlo a salir de Bogotá rumbo a Bucaramanga, por no ser conocedor de las vías (folio 141 vuelto), se dieron a la empresa de realizar la idea que había creado Suárez Cruz al prometerle que le compraría cualquier clase de viaje que resultara.

Así lo confiesa Cruz en memorial que dirige al juez, y en el que trató de poner en cabeza del chofer la iniciativa del robo, retractación de sus anteriores declaraciones a la que los juzgadores de instancia le restaron todo mérito, en fuerza de las consideraciones que quedaron consignadas en los respectivos fallos. Pero lo que importa es que, como lo reconoce allí el procesado, en presencia de la ocasión de perpetrar un robo de mercancías transportadas en camión, tomó cuerpo, para hacerse luego realidad, la idea latente, incoada, que le había creado Suárez, bajo el aliciente de comprárselas. Dice Cruz:

"De inmediato yo me acordé que El Sargento Hernando me había dado un teléfono para que en caso de que vendieran algún camión con mercancía de primera o de segunda él la compraba y fue así como me comuniqué con El Sargento Hernando habiéndome dicho él que nos esperaba en La Alquería en una dirección que no recuerdo para negociar la mercancía y a la vez descargarla en ese lugar" (folio 271 ibídem).

De la versión dada ante la Oficina de Investigación del F-2 de la Policía del Distrito de Bogotá y de su indagatoria, se desprende igualmente la forma como Cruz tenía vinculada mentalmente la persona de Hernando Suárez "El Sargento" con el robo que pudiera llegar a efectuar de mercancías, pues fue en quien pensó inmediatamente para comunicarle lo que estaba haciendo. Dice Cruz: "Ahí paré y mi compañero Alfonso se quedó en el camión y yo me fui a conseguir al señor Hernando Suárez, para que comprara la carga, me trasladé hasta la casa de él en el barrio San Vicente, ahí cerca llamé y me contestó la señora que no estaba; pero yo le dije que si llegaba lo esperaba en el paradero de Santa Lucía en la cafetería (versión ante el F-2, folio 14 ibídem). 'Entonces yo di la vuelta hacia el lado del chofer y le dije 'córrase para allá.' y ahí mismo mi compañero Naranjo llegó y lo bajó al piso y yo cojí la cabrilla y me vine a coger la avenida de Corabastos hacia la Avenida 68 con 27 y ahí le dije al compañero Naranjo que me esperara mientras que yo iba a traer a quien me había quedado de comprar la mercancía, llegué y me fui a llamar al hombre y volví con el hombre, él se llama Hernando que el apelativo es 'Sargento' y ahí llegamos al camión con él como a eso de las ocho y media de la noche" (indagatoria, folio 32 ibídem).

Es importante destacar la forma como se dirige en ese momento a Suárez: "Como a las ocho y media de la noche llegó ahí el señor Hernando Suárez, enseguida le dije *que ahí estaba la mercancía que me había encargado*" (folio 15 ibídem) —subrayas fuera de texto—.

De tal manera se sentía vinculado a la idea que había proyectado en él, que cuando éste le manifiesta que la mercancía había sido decomisada por agentes del F-2, su contestación deja entrever que había venido obrando bajo el influjo de aquél; "entonces yo le dije al hombre que tenía que responder por esa mercancía porque él había visto con la necesidad y pobreza *que me había obligado* a hacer esto" (folio 32 ibídem) —subrayas fuera de texto—.

A lo anterior debe agregarse, a manera de complemento, la manifestación de Cruz de que hechos de esta naturaleza era la primera vez que los realizaba y que igualmente ese era también el único que había hecho con Suárez: "y tan sólo a quien distingo de las personas que me menciona es al compañero Naranjo, pero tan sólo hicimos este negocio por el que estamos, nada más, y con Hernando El Sargento también ese solo negocio de la mercancía del camión" (folio 33 ibídem). Sus antecedentes corroboran esta aseveración, pues los que registra son por "abigeato" y fuga de presos (folio 199).

Por su parte, Alfonso Naranjo Pedraza confirma en sus versiones las afirmaciones de Cruz.

En la diligencia de careo con el conductor del camión, expresa que Cruz y él tenían planeado de antemano un hecho así, tocárale al conductor que le tocare, y que ese día de los acontecimientos a eso de las diez de la mañana le había reiterado Cruz que tenía comprador para la mercancía y que con ese comprador, que resultó ser Hernando Suárez "El Sargento", Cruz habló previamente, y que le entregaron confiadamente las mercancías. Pertenecen a esa diligencia de confrontación los siguientes apartes:

"*Preguntado.* ¿Sírvase manifestar al juzgado si antes de que el señor Elíseo Jaimes Alvarez, les pidiera el favor de que lo guiaran al peaje ustedes ya habían planeado el atraco o en qué momento lo premeditaron? *Contestó:* "Sí habíamos premeditado eso con el compañero Cruz días antes porque eso no fue premeditado para él sino para cualquier otro conductor de carro...". "Nosotros estábamos ahí con Marco Tulio y nos dijo el señor o me dijo a mí que si podía guiarlo para salir de Bogotá y yo le dije que sí que podíamos guiarlo, tanquió su vehículo y nos fuimos para la calle 18 hacia abajo para coger la 68, pues como el compañero mío o sea Marco Tulio Cruz me había hecho una propuesta de antemano, temprano me había dicho él por ahí a las diez de la mañana me había hablado ahí en la empresa de Transportes Ceta y me dijo que él tenía un tipo o un cliente que compraba un viaje de cualquier cosa o cualquier mercancía, ese tipo para mi concepto era el que tanto mencionaban esa noche que se le quitó el carro al señor, tanto mencionaban El Sargento con nombre propio no lo conozco, por eso le acepté al haberme dicho Marco Tulio Cruz y él me había dicho que si teníamos forma de quitarnos un viaje de lo que fuera él tenía quien lo comprara. A esa propuesta que él me hizo en las horas de la mañana cometí el error de haberle aceptado" ... "*Preguntado:* ¿Sírvase informar al juzgado si desde el momento que según usted dice su compañero Marco Tulio planeó el atraco, éste tuvo oportunidad para ir a comunicarse con la persona donde podía dejar a guardar la mercancía y si usted tenía conocimiento en qué sitio la iban a dejar? *Contestó:* El con anterioridad ya habían charlado con el tal Sargento, yo no sabía dónde la iban a guardar ni conozco ese sitio, lo que hicimos nosotros para quitarle el carro fue quitarle la

mercancía y después quedó eso a disposición del Sargento" ... "Nosotros no quedamos de ir ningún día a sacar la mercancía porque quedó eso a responsabilidad del tal Sargento, por lo que decía Marco Tulio" (folios 143 y vuelto, 144 y 145 vuelto del cuaderno principal).

Estas manifestaciones de Naranjo, que a su vez tienen respaldo en lo que expresó Cruz en memorial dirigido al juez de la causa (folio 271 ibídem) y cuya parte pertinente se transcribió en esta providencia (folio ...) permitieron al Tribunal hacer en su sentencia la siguiente lógica deducción: "y ello admite presumir fundadamente que Cruz Vargas, desde ese momento, se puso en contacto con Luis Hernando Suárez Galeano, para acordar los movimientos a desarrollar una vez se apoderaran del cargamento" (folio 72 del cuaderno del Tribunal).

De las transcripciones hechas se puede inferir que Suárez creó en Marco Tulio Cruz la idea de robarse un camión cargado de mercancías, idea que éste, a su turno, comunicó a su compañero Alfonso Naranjo, quien se hizo partícipe de la misma.

Esa idea tuvo plena eficacia causal, como que se actualizó y materializó en la primera ocasión propicia que se les presentó a Cruz y a Naranjo, que fue la de guiar dentro de la ciudad, a un conductor de un camión cargado de mercancías, en este caso Eliseo Jaimes Alvarez.

Para hacer estas afirmaciones se tienen en cuenta las circunstancias que rodearon la propuesta que Suárez hizo a Cruz.

En efecto, la dirigió a un "cotero" de profesión, íntimamente en contacto, por lo mismo, con el cargue y descargue de mercancías transportadas o para transportar. La ocasión en que se la formuló fue cuando Cruz le descargaba a él un carro que transportaba chatarra, en un lugar obviamente vinculado a esta ocupación de cargue y descargue. No la dirigió a una persona extraña a ese medio y a esa actividad, sino percatándose de que Cruz disfrutaba de confianza en la empresa y aprovechando la amistad que surgió entre ellos desde ese momento.

En esas condiciones y dentro de esas circunstancias es como hay que entender la expresión de Suárez a Cruz de que "si de pronto salía un viajecito de lo que fuera él lo compraba" (folio 16 del cuaderno principal).

Dentro de ese marco circunstancial hay que darle a esa frase un valor entendido. Por medio de ella Suárez estaba induciendo a Cruz para que se apoderara ilícitamente de mercancías de esas que él cargaba y descargaba en su actividad de "cotero". De allí el vocablo "viaje", "viajecito", o sea la carga, no desconocido en el "argot" de una actividad delincuencial en boga, a la que se le ha dado hasta su peculiar denominación de "Piratería Terrestre".

Y así la entendió efectivamente Cruz, y de la misma manera Naranjo cuando éste se la comunicó, pues no otra cosa que esa fue la que hicieron al presentárseles la primera oportunidad: apoderarse de un camión cargado de mercancías y ponerlas a disposición de quien los había inducido a hacerlo, prometiéndoles adquirirlas

De tal manera que lo indeterminado eran las mercancías (podían ser telas, o comestibles, o jabones y hasta pasta dental como resultó ser la robada en este caso), pero la modalidad delictiva sugerida era clara: apoderarse ilícitamente de mercancías transportadas o para transportar.

Cuando se induce a una persona a cometer un delito, la concreción de éste surge de la individualización que objetivamente se hace de él (robar un camión cuyas placas y especificaciones se comunican, que está estacionado en determinado lugar y cargado con una específica mercadería), pero también puede nacer de las circunstancias que rodean la propuesta, cuando ellas no dejan duda de cuál es el delito a cuya comisión se está induciendo, con lo que éste se hace perfectamente determinable, que fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso.

La llamada autoría intelectual, o más propiamente la actuación del inductor, instigador o determinador, hay que tratar de captarla en la prueba, a veces en detalles o vestigios únicamente que logran escapar a la previsión suma que distingue al autor mediato, pues, como queriendo el delito no lo realiza por sí mismo sino por intermedio de otro, su preocupación principal es la de no dejar rastro alguno de su intervención. Por eso llega, en veces, hasta a eliminar al autor material para silenciar cualquier posibilidad, por remota que sea, de ser descubierto. No se contará por lo mismo, salvo casos excepcionales, con profusión de manifestaciones acerca de su participación.

La delincuencia organizada, y entre ella se puede contar la "Piratería Terrestre", se mueve dentro de un ambiente de valores entendidos, de lenguaje convencional, de procedimientos simplificados. En ese mundo, a veces basta un ademán, una frase entrecortada, una expresión figurada, un signo, para comunicar una propuesta delictiva.

El llamado autor intelectual conoce muy bien, porque lo selecciona, al autor material, y sabe qué le debe decir y en qué forma debe decírselo.

Por eso Cruz no tuvo dificultad en entender lo que Suárez le proponía con la frase "comprarle el viaje que resultare". Y también lo comprendió Naranjo perfectamente cuando Cruz lo hizo partícipe de la propuesta que él había recibido de Suárez. En esa forma los indujo éste a realizar el delito, y de manera tan eficaz que efectivamente lo cometieron, y precisamente dentro de la modalidad que estaba sobreentendida en la expresión que empleó aquél.

Comunicada por Suárez la idea, aquéllos tomaron la decisión criminosa de apoderarse del primer vehículo cargado de mercancías que les fuere posible, y esa determinación no fue producto de su iniciativa sino de Suárez Galeano, quien los indujo a realizarla bajo el acicate de la promesa de comprarles el producto de la depredación. Se vinculó, así, Suárez, desde entonces al proceso que culminó posteriormente con el apoderamiento por parte de Cruz y Naranjo del camión y las mercaderías que conducía Eliseo Jaimes, y como en esta clase de atentados no es lo usual que se entreguen sin resistencia los objetos codiciados, sino que, por el contrario, se recurre normalmente a la intimidación, el amordazamiento y al uso de ataduras, esa vinculación de Suárez implicaba la aceptación anticipada del uso de esos medios.

No solamente indujo a Cruz y a Naranjo a la comisión del delito, sino que tan pronto le avisó el primero que habían logrado lo que se habían propuesto, para lo cual llamó al teléfono 30 81 38 que le había suministrado, acudió a la cita y se unió a la acción de ellos convirtiéndose desde ese momento en el director del resto de la operación. Fue quien ordenó que se dirigieran al barrio "Alquería La Fragua" a la casa-lote de Mamerto Turga, otro de los condenados, donde se descargó la mercancía; participó activamente en esa labor; una vez concluida, ordenó que se dirigieran a Soacha y allí dispuso que abandonaran el camión con el conductor que se encontraba dentro del mismo imposibilitado para actuar. Al día siguiente les dio a Cruz y a Naranjo de a cinco mil pesos (folio 32 del cuaderno principal), y al otro día volvió, ya sin ellos, a retirar la mercancía, lo que logró en gran parte, pues otra fue decomisada por las autoridades en la propia casa de Turga (folio 22 ibídem). Todo esto revela no al extraño que entra a negociar una mercancía sin haber participado en nada en el proceso de su apoderamiento, sino a quien estaba al tanto de lo que venía sucediendo.

Agréguese a lo anterior que Cruz y Naranjo se refieren a Suárez como "El Sargento", y esta expresión la escuchó reiteradamente la víctima, quien informa que éste se subió en la segunda parada que hizo el camión (folios 6 y 141 a 146 ibídem). Cruz dice que fue a buscar a Suárez en el barrio San Vicente, y allí ha vivido él toda la vida (folios 14 y 231). La descripción física que Cruz dio de Suárez o "El Sargento" coincide con la identidad de éste, según advertencia consignada por el juez en la diligencia de indagatoria (folio 324 ibídem). Ni manera de decir que Suárez pudo haber sido confundido con otro, pues su récord de anotaciones en el prontuario de identificación de la Dipec (24 en total) (folios 312 y vuelto y 362 del cuaderno principal), indican que no es persona extraña a este tipo de actividades.

A todo este conjunto de circunstancias convergentes, que a manera de cerco lo aherrojan, se limitó a manifestar en su indagatoria que se trataba de un ardid del F-2 que estaba empeñado en perjudicarlo (folios 321 a 324). Por último cabe anotar que ni siquiera en las ampliaciones de indagatoria de Cruz y Naranjo, en las cuales trataron de desplazar hacia el conductor del carro la actividad que ellos desarrollaron (folios 281 a 288 del cuaderno principal) desaparecen las referencias a Suárez o "El Sargento", quien también desempeña en ellas el mismo papel que tiene asignado en las versiones iniciales.

Con razón los juzgadores de instancia, quienes hicieron el estudio crítico y concatenado de la prueba, encontraron que ni la indagatoria de Suárez ni las retractaciones de Cruz y Naranjo tenían respaldo en el proceso.

De lo anotado y comentado no puede menos de deducirse la participación, a título de determinador de Luis Hernando Suárez Galeano en el delito de robo agravado, cuyos autores materiales fueron Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza, y el cómplice Mamerto Turga Patiño.

No hubo, por tanto, errada denominación jurídica de los hechos atribuidos a Suárez, pues su comportamiento encaja dentro del tipo penal del robo, no del encubrimiento, ya que no actuó, según lo analizado, como un simple encubridor, ni como un mero receptador que entra a intervenir con posterioridad a la comisión del robo, ajeno en absoluto a su planificación y realiza-

ción, ni tampoco como un cómplice secundario que promete una ayuda intrascendente en la determinación de los autores materiales, sino que su proceder fue decisivo en la conducta de éstos. No habían concebido ellos antes esa idea criminosa; ni vacilaron, una vez realizada, en llamar a Suárez para poner a su disposición la mercancía; sin haberse percatado siquiera en qué consistía; sin abrigar ninguna preocupación al abandonarla a su cuidado; sin habérseles ocurrido un destinatario diferente, o una manera diversa de realizarla. Actuaron, para decirlo de otra forma, al impulso de Suárez y por cuenta de éste. Así puede explicarse la expresión de Cruz cuando él llegó: aquí está la mercancía que me encargó (folio 15 vuelto). Del análisis de la personalidad de Cruz y Naranjo, y de la forma como actuaron, siempre pensando en Suárez, queda la sensación de que no habrían cometido el robo si no los hubiese asistido también la seguridad de que contaban con él.

El cargo no prospera.

Causal primera. Primer cargo. La censura habrá de desestimarse por la falta de claridad y precisión en su formulación, pues, de aceptarla, la Sala tendría que entrar, lo que no le corresponde, a interpretar el propósito del censor tratando de desentrañar el sentido de su crítica.

Además, en la forma como plantea, fundamenta y resume el cargo, involucra los dos conceptos de violación de la ley sustancial, y sabido es que su simultánea alegación pugna con la técnica del recurso y con la lógica jurídica, pues no se puede, a la vez, aceptar los supuestos probatorios del fallo, como se exige a quien ataca la sentencia por la violación directa de la ley que entraña, y desconocerlos, controvirtiéndolos, como le es permitido a quien acciona con base en la violación indirecta.

Lo dicho no constituye óbice para recordar con el Procurador que tampoco se pasó por alto la prueba que la recurrente estima ignorada en la sentencia. Ella fue analizada y valorada frente a los otros elementos de juicio que conforman el proceso, habiéndosele encontrado sin la fuerza de convicción que quiere atribuirle, explicablemente, la abogada impugnante.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, contienen evidencias de que dichos elementos probatorios sí fueron considerados, y no puede olvidarse que, en todo aquello en que el fallo de primer grado no sea modificado por el de segunda instancia, constituye con éste una unidad jurídica.

Se desestima el cargo.

Segundo cargo. Se plantea como un error de derecho en la valoración de la prueba, pero en el fondo es un error de hecho.

La tacha a la sentencia se hace consistir en que, no obstante que la prueba de incriminación inicialmente recibida fue posteriormente desvirtuada, el juez apreció que existía plena prueba para dictar sentencia condenatoria contra Luis Hernando Suárez Galeano.

Aparte de que la prueba a que se refiere el censor no perdió su valor inicial, como lo apreciaron razonadamente los juzgadores de instancia, ni fueron esos los únicos elementos de juicio que respaldan el fallo acusado como lo recuerda el Procurador, al considerar que hay plena prueba para proferir sentencia condenatoria, no habiéndola, configura más un error de hecho, que de derecho, pues equivale a suponer elementos probatorios que no tienen existencia. En parte alguna de la sentencia se otorga a determinada prueba un valor especial que específicamente no le conceda la ley, ni se le desconoce a otras el que la ley les otorga. Simplemente fueron analizados en su conjunto todos los elementos de convicción, se hizo de ellos una lógica valoración y se les encontró con fuerza suficiente para prestar respaldo a una sentencia de condena.

Además, con la misma falta de técnica anotada respecto del cargo precedente, vuelve la demandante a proponer simultáneamente la violación directa y la indirecta.

El cargo no prospera.

Tercer cargo. La falta de claridad y precisión que se ha observado en la formulación y fundamentación de otros cargos, lleva también en éste a la recurrente a incurrir en fallas de técnicas y en contradicciones.

En efecto, como lo destaca el Procurador, alega la violación directa de la ley y no obstante controvierte la prueba, lo que no es admisible cuando se elige esta vía de impugnación, ya que hay que aceptar, en este caso, "las premisas de hecho de la sentencia".

De otro lado, da a entender que el comportamiento de su defendido podría ser considerado como constitutivo de una complicidad secundaria, pero nunca de una coautoría, y más adelante sostiene que debe tenerse a Suárez como un encubridor, no como un partícipe en el robo, enunciando así una errónea denominación jurídica de los hechos, censura que no es procedente formular dentro del ámbito de la causal primera, por

las consecuencias que se seguirían de prosperar, ya que habría que dictar el fallo de sustitución (artículo 583 del Código de Procedimiento Penal), el cual se proferiría en ese caso en discordancia con el auto de proceder, originándose otro de los motivos que da lugar el recurso de casación (artículo 580, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal).

El cargo no prospera.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. El fenómeno de la llamada autoría intelectual, instigación o determinación forma parte del más amplio de la coparticipación, que se presenta cuando varias personas intervienen en la realización de un mismo hecho punible, ya sea creando o fortaleciendo en otros la idea criminal, ora ejecutando materialmente la conducta descrita en la ley como delito o contravención, o bien contribuyendo mediante colaboración eficaz a su verificación.

La coautoría (intelectual o material) surge cuando, al menos dos personas realizan como propio un mismo hecho punible, ya sea que ambas lo ejecuten material e inmediatamente, o que la una determine a la otra a cometerlo; en esta última hipótesis, el determinador ha de influir de tal manera sobre la otra persona, que haga nacer en ella la voluntad criminosa o refuerce una incipiente violación. La doctrina reconoce que el instigador puede lograr su propósito mediante orden, coacción, mandato, consejo o convenio, cuyo destinatario es el eventual autor material; pero cualquiera sea el medio de que se valga para lograr la intervención del ejecutor, es indispensable que tenga el propósito de realizar un hecho punible determinado, que no pueda o no quiera ejecutarlo por sí mismo, que se valga de otra persona —*longa manua*— para lograr su ilícita pretensión y que ésta ejecute el mismo hecho hacia el cual lo determinó aquél.

Identidad de hecho punible es, pues, elemento esencial de la coparticipación en general y de la coautoría en particular; él desaparece, y, por ende aquella figura, cuando entre los copartícipes hay heterogeneidad de propósito porque unos se orientan hacia comportamiento lícito y otros hacia evento antijurídico, cuando sus voluntades apuntan a hechos punibles diferentes, o cuando no hay concesión respecto del hecho en que intervienen.

La instigación o determinación que ejerce el autor intelectual sobre el material ha de referirse, entonces, a una acción u omisión concreta que está descrita en la ley como delito o contravención; la vaga mención que una persona haga a otra de un hecho eventualmente ilícito no compromete al primero en el delito que el otro posteriormente realice; no es jurídicamente posible *determinar* a otro a que ejecute un hecho *indeterminado*. Cuando el Código Penal de 1936 (artículo 19) y el de 1980 (artículo 23) deducen responsabilidad penal a quien "determine a otro" a cometer el *hecho punible*, están exigiendo que entre autor intelectual y material haya identidad respecto del hecho concreto delictivo o contravencional que aquel quiere realizar valiéndose de éste; esto no significa identidad de *nomen juris*, sino de acción u omisión punibles; el uno puede entender, en efecto, que instiga a cometer rapto —desaparecido hoy como tipo penal— y el otro pensar que va a secuestrar, sin que se destruya la coparticipación siempre que ambos sean conscientes de que privan de la libertad a una persona.

Tampoco puede calificarse como determinador a quien interviene después de la consumación de un delito para adquirir su producto, así haya hecho con anterioridad alguna vaga referencia a la posibilidad de que sea cometido por alguien, no sólo porque no habría realmente instigación delictiva sino porque el dolo del autor intelectual no puede surgir *a posteriori*; es de su esencia que proceda al hecho punible o, por lo menos, sea con el concomitante.

2. En el presente caso, la expresión "si de *pronto sale un viajecito de chatarra o de lo que sea, yo se lo compro*" utilizada por Suárez en

una conversación con el procesado Cruz, ha sido interpretada por el juzgador y por la mayoría de la Sala como si se tratase de una determinación para la ilícita apropiación de chatarra u otra mercancía de las que éste y su compañero solían cargar o descargar; partiendo de tal premisa consideran que actuó como instigador del delito de robo materialmente cometido por los procesados Cruz y Naranjo. No participo de esta conclusión por las siguientes razones que se apoyan en las explicaciones doctrinales precedentes:

a) Porque la frase atribuida a Suárez no configura la determinación delictiva que sanciona el Código Penal dadas su condicionalidad y vaguedad; nótese que la oferta se redujo a ofrecerle compra de cualquier "viaje", cuando estaba descargando uno de chatarra; el valor entendido en el sentido de concreta inducción de Suárez para que Cruz y Naranjo cometiesen delito de robo de chatarra o de otra mercancía en su propio beneficio, que la mayoría de la Sala le da a la citada frase, no tiene asidero real en el proceso a pesar del notable esfuerzo que en la providencia se hace en tal sentido;

b) Porque entre el momento de esa oferta y el de la comisión del delito de robo perpetrado por Cruz y Naranjo transcurrió lapso de aproximadamente dos meses, sin que exista prueba que demuestre la existencia de algún acuerdo ulterior entre Cruz y Suárez para la perpetración del ilícito efectivamente ejecutado. La conclusión contraria a la que llegan el fallador de instancia y la mayoría de la Sala es puramente conjetural;

c) Porque cuando Suárez se enteró, después de una llamada telefónica de Cruz, de lo que éste y su compañero habían hecho, el delito de robo ya estaba consumado, y

d) Porque su actividad a partir de tal momento, fue la de aceptar la compra de la mercancía e indicar el lugar donde debían ocultarla y donde convenía abandonar camión y transportador.

Pienso, pues, que en esto punto le asiste razón al recurrente y que así ha debido reconocerlo la Sala.

Tales son los fundamentos que apoyan mi posición negativa a la decisión tomada en este proceso por la mayoría de la Sala.

Alfonso Reyes Echandía

Fecha ut supra.

HOMICIDIO IMPERFECTO. SANCIONES CONTEMPLADAS TANTO EN EL ANTIGUO CODIGO PENAL COMO EN EL VIGENTE

No es posible disminuir la pena, con el criterio de una disposición favorable y vigente, de una pena tipo establecida por una ley derogada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 20 de 3 de marzo de 1981.

Bogotá, D. E., marzo 9 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El señor apoderado de Rodolfo Castro Díaz, condenado por un delito de homicidio, solicita para éste el beneficio de la excarcelación con fundamento en el artículo 453, numeral 6º, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, por aparecer que el tiempo, de la privación de la libertad de su poderdante, es superior al que le corresponde con base en las disposiciones permisivas y favorables de la nueva legislación penal.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que se debe negar la libertad por pena cumplida, porque "en definitiva, es más favorable la codificación vigente para el momento de sancionarlo y como sólo ha descontado 41 meses —se le detuvo el 29 de septiembre de 1977—, no ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, a más de que no demostró los requisitos para hacerse merecedor a la rebaja por la libertad condicional".

Se considera

Rodolfo Castro Díaz fue condenado por el Juzgado Once Superior a la pena principal de cinco años y cuatro meses de presidio, como autor responsable de un delito de homicidio imperfecto, con fundamento en el veredicto del jurado. La pena se dosificó con base en el artículo 362 del Código Penal vigente entonces, que reprimía el homicidio con un mínimo de 8 años de presidio, por carecer el procesado de antecedentes penales, y en la disminución hasta la tercera parte de la pena de acuerdo con lo previsto por el artículo 17 ibídem. El expresado fallo fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

El anterior Código Penal reprimía el homicidio con pena de presidio de 8 a 14 años, según el artículo 17 ibídem, el delito imperfecto admitía una rebaja hasta en una tercera parte. En cambio, el actual Código Penal sanciona el homicidio simple con pena de prisión de 10 a 15 años. Y de conformidad con el artículo 22 ibídem, la tentativa se reprime con una pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo señalado para el delito consumado.

Las disminuciones previstas para el delito imperfecto, tanto en la antigua legislación penal como en la vigente (artículos 17 y 22, respectivamente), se refieren de manera expresa a la pena señalada para el delito consumado, en cada Código, lo cual no permite disminuir la pena con el criterio de una disposición favorable y vigente, de una pena tipo establecida por una ley derogada. En ambas legislaciones, en efecto, las disminuciones previstas para el delito imperfecto, tienen relación expresa y directa con el correspondiente artículo que reprime el delito consumado.

En conclusión, como lo anota el señor Procurador Delegado, es más favorable la codificación vigente para el momento de sancionarlo, y, como sólo ha descontado 41 meses, no ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, además

de que no hay en el proceso los documentos previstos por el artículo 72 del Código Penal para conceder la libertad provisional, respecto de su personalidad y buena conducta en el establecimiento carcelario que permitan suponer fundadamente su resadaptación social.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el beneficio impetrado por el procesado Rodolfo Castro Díaz.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL

Requisitos para concederla.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 22.

Bogotá, D. E., marzo 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

El procesado Diego Enrique Posada Ruiz, condenado a la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio como responsable de circulación de moneda falsa, solicita le sea concedida la libertad provisional a que cree tener derecho por cuanto, en reclusión, ha cumplido más de las dos terceras partes de la sanción y el Consejo de Disciplina del establecimiento carcelario respectivo ha certificado su buena conducta en él. El peticionario invoca el ordinal 6º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975, en armonía con el artículo 72 del estatuto penal vigente.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra admisible la solicitud, porque Posada Ruiz "se encuentra privado de la libertad desde hace más de 26 meses, tiempo que supera las dos terceras partes de la pena" y "se hace acreedor a la rebaja para la libertad condicional, en atención a sus buenos antecedentes, a la conducta observada en el establecimiento carcelario donde se encuentra recluido y a la poca gravedad del hecho cometido".

Considerandos

1. *Como quiera que la libertad provisional solicitada con fundamento en el numeral 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, está supeditada al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgar libertad condicional, necesario es examinar en cada caso si el procesado sería merecedor de este beneficio.*

2. *Conforme al artículo 72 del nuevo Código Penal y a sus concordantes normas procedimentales, podrá concederse libertad condicional cumplidos los siguientes presupuestos:*

a) Que el procesado haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años, o de prisión que exceda de dos;

b) Que haya descontado las dos terceras partes de la condena; como parte cumplida de la pena tiénese en cuenta la conversión por trabajo y estudio en las condiciones y con los requisitos señalados en la Ley 33 de 1971 y su decreto reglamentario (Decreto 2119 de 1977);

c) Que el director del respectivo establecimiento carcelario, de acuerdo con el Consejo de Disciplina, emita resolución favorable a la libertad condicional;

d) Que el agente del Ministerio Público rinda concepto sobre la pretensión del procesado, y

e) Que "la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social".

3. *Este último requisito, dadas su complejidad e importancia, merece algunas consideraciones. El exige del funcionario judicial un diagnóstico y un pronóstico; aquél apunta al examen objetivo de tres cuestiones, a saber: la personalidad del condenado, su comportamiento en los establecimientos en donde ha descontado la pena y sus antecedentes personales, familiares y sociales; éste fundado en la demostración de los supuestos precedentes, es un juicio de valor que el funcionario judicial emite sobre la readaptación social del condenado, y por ende, sobre su buena conducta futura.*

La comprobación del comportamiento asumido por el condenado durante todo el período de privación de su libertad hasta la fecha en que soli-

cita su libertad condicional y la de sus antecedentes, será ofrecida, aquella por las direcciones de los lugares donde ha estado recluido y ésta, por el mismo proceso o por el propio condenado. Cuanto a su personalidad, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica con el auxilio de técnicas sicológicas —entrevistas, tests proyectivos— y la intervención de personal especializado; desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación; entonces, el juez ha de acudir a los antecedentes que le brinda el proceso, a las informaciones de personas que hayan conocido al procesado y al directo contacto con éste; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa. Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquél es ciertamente complejo, éste reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que han de emitirse; lo que sólo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados.

4. *La decisión judicial sobre reconocimiento de libertad condicional y, por esta vía de la llamada excarcelación provisional, no depende, entonces, de genéricos enunciados sobre la mayor o menor gravedad del delito cometido, ni de un ambiguo etiquetamiento que como sujeto peligroso se le endilga al condenado, ni del objetivo número de delitos que haya cometido, ni de la pluralidad de reseñas policiales que le aparezcan, sino del concreto examen que en cada caso ha de hacerse del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgarla y, particularmente, del que dice relación al examen de su personalidad, de sus antecedentes personales, familiares y sociales y de su comportamiento durante el período de privación de su libertad, con base en los cuales el funcionario judicial competente ha de suponer con fundamentos racionales que se ha producido la readaptación social del procesado.*

Si el juez no dispone de estos elementos de juicio para decidir, debe mantenerse el statu quo jurídico que afecta al procesado.

5. En el presente caso tiénese los siguientes datos:

a) El procesado Posada Ruiz ha descontado cerca de 27 meses de la pena que le fue impuesta (36 meses de presidio);

b) Durante el tiempo de reclusión en la Cárcel Modelo de Bogotá su conducta ha sido buena como lo certifica el Consejo de Disciplina de dicho centro penitenciario;

c) No le aparecen sindicaciones por delitos precedentes (folios 96 y 104);

d) Declaraciones testimoniales dan fe de su buen comportamiento social y de actividades laborales lícitas durante período anterior al de la comisión del delito por el cual se le condenó (folios 84 y 90);

e) Los jueces de primera y segunda instancia le impusieron pena mínima por considerar que se trata de un delincuente primario, con buenos antecedentes y porque no concurrió en el hecho punible circunstancia "de mayor peligrosidad", y

f) Su indagatoria lo muestra como persona joven, casada, sin hijos, con domicilio y profesión conocidos en la población de Villeta (folio 17).

La información precedente permite concluir que el procesado ha cumplido más de las dos terceras partes de la pena que se le impuso —sin tener en cuenta la que habría descontado por trabajo legalmente reconocido— y la totalidad de ella si se enjuicia su conducta a la luz del nuevo Código Penal en cuanto su artículo 208 la sanciona con pena mínima de un año de prisión. Por lo que respecta a los demás aspectos de su personalidad, a su comportamiento en la "Cárcel Modelo" y a las características del delito cometido, de su examen conjunto es posible colegir su readaptación social.

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

Resuelve:

CONCEDER libertad provisional a Diego Enrique Posada Ruiz, mediante caución prendaria de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente y diligencia de compromiso en los términos del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, José María Velasco Guerrero (Conjuez), *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISIONES DE COMPETENCIA

Presupuestos procesales para que el superior de dos o más jueces pueda entrar a resolver a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un asunto. En el Procedimiento Penal Colombiano no existen colisiones de competencia implícitas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26783.

Aprobado: Acta número 022.

Bogotá, D. E., marzo 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Juez Primero Superior de Palmira se declaró incompetente para conocer de este sumario, que envió al Veintitrés Superior de Bogotá, fundado en la consideración de que si bien el uso de los documentos falsos (pasaporte y cédula de ciudadanía), habían sido utilizados por la procesada al pretender salir del país por el Aeropuerto Internacional de Palmaseca, en Palmira, de su indagatoria y de sus ampliaciones aparecía establecido que aquéllos le habían sido entregados en las dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, en Bogotá, "por un individuo de nombre Leonidas, quien se encargó de conseguírselos", lo que, a juicio de aquel funcionario determinaba la competencia del de Bogotá para conocer conjuntamente tanto de la falsedad documental como del uso de los documentos falsos.

El Juez Veintitrés Superior de Bogotá admitió, en efecto, los razonamientos expuestos por el de Palmira y mediante auto de 17 de noviembre del año pasado avocó el conocimiento del asunto y dispuso la práctica de varias pruebas para su perfeccionamiento.

El 2 de febrero del año en curso, sin embargo, practicadas en gran parte las pruebas que él mismo había dispuesto, el juez de Bogotá, mediante auto de esa fecha, resolvió "no aprehender (...) el conocimiento de las presentes diligencias (...) como consecuencia de no aceptar la colisión negativa de competencias propuesta por el señor Juez Primero Superior de Palmira (V)" y, por tanto, remitir la actuación "a la honorable Corte Suprema de Justicia, Corporación que en últimas decidirá lo que en derecho corresponde al tenor de lo previsto en el ordinal 4º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, a través de su Sala de Casación Penal".

Considerando

Contra lo que parece entender el señor Juez Veintitrés Superior de Bogotá, no existe en este asunto colisión de competencia alguna que deba dirimir la Corte.

Para que el superior de dos o más jueces pueda entrar a resolver a cuál de ellos le corresponde el conocimiento de un asunto, con exclusión de cualquier otro, se requiere, en efecto, el cumplimiento de los siguientes presupuestos indicados en el Código de Procedimiento Penal, algunos de los cuales no aparecen reunidos todavía en este expediente:

a) Que un juez le diga a otro que no se considera o que se considera a sí mismo competente para conocer de un proceso;

b) Que ese otro juez manifieste las razones con fundamento en las cuales declara no estar de acuerdo con aquél;

c) Que uno y otro observen el procedimiento señalado por la ley para ese evento, y

d) Que la disparidad de criterios se presente respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación o estado procesal.

No hay en el procedimiento penal colombiano colisión de competencia cuando la controversia no se suscita directa y expresamente entre los funcionarios que participan en el asunto, ni cuando uno de los funcionarios se refiere a una concreta situación probatoria y procesal y el otro a una diversa posterior, ni cuando no se observa el procedimiento dispuesto por la ley para la tramitación de la cuestión, ni cuando alguno de los interesados elude la confrontación que se le provoca.

Mientras el trámite legal y las indicadas condiciones procesales no se cumplan, como no aparecen cumplidas en este asunto, la Corte carece de atribución legal para decidir una controversia que no ha sido planteada legalmente por los dos funcionarios que habrían podido hacerlo.

No hay en el procedimiento penal colombiano, en efecto, colisiones de competencia implícitas, de modo que si la que se propuso en una determinada etapa procesal no fue aceptada, no puede revivírsela después tácitamente, esto es, sin plantearla de nuevo en forma expresa, directa y con base en la nueva situación probatoria, como lo hace el señor Juez Veintitrés Superior de Bogotá, equivocadamente, desde luego.

De lo hasta aquí brevemente expuesto es fácil advertir que no se presentó colisión de competencia cuando el Juzgado Primero Superior de Palmira la provocó al Veintitrés Superior de Bogotá, a causa de haber compartido éste los planteamientos de aquél y avocado, en consecuencia, el conocimiento del asunto.

Dijo en aquella oportunidad, en efecto, el Juzgado de Palmira:

"... Primero: *Abstenerse* como en efecto lo hace, de seguir conociendo de este sumario adelantado a Luz María Ortiz Alarcón o Sofía Díaz de Quintero, por el delito de falsedad en documentos, y *ordena remitirlo* al de igual categoría de Bogotá, D. E., que esté en reparto ...".

"... Segundo: Si al juez a quien le corresponda este asunto, no acepta los razonamientos de este Despacho se le provoca *colisión negativa de competencia*, de conformidad con lo previsto en el Libro I, Título II, Capítulo V del Código de Procedimiento Penal ...".

El Juzgado de Bogotá, a su turno, aceptó los razonamientos expuestos por el de Palmira y aprehendió el conocimiento de la investigación:

"... Avócase el conocimiento de esta investigación y para su perfeccionamiento se dispone que por este juzgado se practiquen las siguientes diligencias: ...".

"... 1ª Las ordenadas en el auto cabeza de proceso ...".

"... 2ª ...".

"... 3ª ...".

Tampoco existe actualmente colisión alguna porque el Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá, que la propone, no se ha dirigido al juez ante quien la promueve, "exponiéndole los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto" (artículo 69 del Código de Procedimiento Penal), limitándose a exponer tales razones ante la Corte, con quebrantamiento del trámite expreso señalado por la ley, dejando de lado al funcionario al que debe comunicarle los fundamentos probatorios de que ahora dispone para considerarse incompetente y con olvido de que sólo en el evento de ser rechazados sus nuevos argumentos por el juez de Palmira, la Corte adquiriría competencia para dirimir la controversia:

"... La Corte no tiene jurisdicción y competencia para dirimir un incidente sobre colisión de competencias, mientras el juez o Magistrado ante quien se promueva la colisión y, por lo mismo, a quien debió dirigirse quien la suscita, no haya contestado si la acepta o no. Esta no puede ser una manifestación tácita o sobreentendida, por el hecho de que ya el superior haya dado su parecer, sino que debe hacerse en forma concreta, como lo exige la misma ley, 'dando la razón jurídica de su renuencia' —si es este el caso— para que así el incidente adquiera forma y la entidad correspondiente pueda entrar a resolverlo ...".

(Auto, 21 de marzo de 1957, LXXXIV, 480).

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTENGA, por sustracción de materia, de adoptar decisión alguna sobre el asunto enviado a su conocimiento por el Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá, despacho al cual se ordena devolver la actuación para que proceda de conformidad con el trámite legal.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Se incurre en nulidad no sólo legal sino de tipo constitucional, cuando la justicia ordinaria conoce de delitos comunes cometidos en estado de sitio por los miembros de la Policía, pues su juzgamiento está asignado a la jurisdicción Penal Militar, de conformidad con los artículos 284 y 308, ordinal 2º del Código de Justicia Penal Militar, que fueron declarados exequibles por la Corte

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26343.

Aprobado: Acta número 27.

Bogotá, D. E., marzo 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*
Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Oliverio Giratá García contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 22 de mayo de 1980, que confirmó la del Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito por la que aquél fue condenado a la pena principal de cinco años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Alcides José Maldonado.

El recurso se admitió por auto de 5 de agosto de 1980 y, dentro del término legal, el abogado defensor del sentenciado presentó la correspondiente demanda de casación la que en su oportunidad se declaró ajustada a las exigencias legales.

Hechos y actuación procesal

Aquéllos y ésta, con ceñimiento a la realidad procesal, los condensa el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, así:

"... en la madrugada del 25 de septiembre de 1978 el Agente de la Policía Nacional, Oliverio Giratá García, quien había tenido un altercado con el fotógrafo Alcides José Maldonado en el establecimiento 'La Tropibomba' de la población de Puerto Gaitán, por creer que le había tomado una fotografía estando dormido, se encontró nuevamente con él en el bar 'El Diamante' de la zona de tolerancia invitándole a salir a la calle para dispararle el arma de dotación oficial causándole la muerte minutos después.

"Por estos hechos el Juzgado Tercero Superior de Villavicencio llamó a responder en juicio al procesado por el delito de homicidio agravado en las circunstancias del ordinal 5º, artículo 363 del Código Penal, es decir, por haber colocado 'a la víctima en condiciones de indefensión y de inferioridad al hacerla salir del salón y recibirla fuera del establecimiento con el revólver preparado, apuntando cuidadosamente para no fallar el disparo y sin que éste pudiera defenderse' (folio 176 del expediente)'; pronunciamiento éste consentido por las partes.

"En la audiencia pública llevada a cabo el 30 de octubre de 1979 fue sometido a consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"El enjuiciado *Oliverio Giratá García*, hijo de Salvador y Rosaura, soltero, natural de Villavicencio, con instrucción hasta primero de bachillerato, profesión ex Agente de la Policía Nacional, *¿es responsable, sí o no*, de haber dado muerte con intención de matar a Alcides José Maldonado, mediante herida producida con arma de fuego (revólver), aprovechando las condiciones de inferioridad personal de la víctima, lo

que verificó en la madrugada del 25 de septiembre de 1978 en el bar denominado 'El Diamante' en el Municipio de Puerto Gaitán, comprensión de este Distrito Judicial?

"Este, por unanimidad contestó:

"Sí es responsable, pero de haber obrado en estado de ira o de intenso dolor por grave e injusta provocación" (folio 227).

"El juez del conocimiento interpretando el veredicto como afirmativo de la responsabilidad del acusado en los términos en que fue elaborado el cuestionario (artículo 363 del Código Penal), pero admitiendo que el hecho se cometió en las circunstancias atenuantes del artículo 28 ibidem, lo condenó a la pena principal de cinco años de prosidio, fallo que impugnado por éste fue confirmado por el Tribunal Superior de Villavicencio mediante el que es objeto del recurso de casación".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Dentro del marco de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la demanda impugna la sentencia del Tribunal, porque "violó la ley sustancial por aplicación indebida".

En sustento arguye "que se ha violado directamente la ley sustancial ya que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 363 (Código Penal entonces vigente), dejando por su parte de aplicar el 362 en armonía con el 28 que reconoce el delito pasional que anula las circunstancias de la indefensión o la inferioridad", por lo que solicita "muy comedidamente casar el fallo recurrido y en su lugar dictar el que deba reemplazarlo como así lo ordena el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, dosificando la sanción con base en la penalidad que informa el tantas veces citado artículo 362 dentro de las prescripciones del artículo 36 del mismo ...".

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, amén de advertir que la demanda acusa falta de técnica por cuanto bajo el ámbito de la causal alegada no es dable al actor discutir los supuestos fácticos tenidos por el juzgador por probados, sostiene que "el cargo formulado resulta infundado si se tiene en cuenta que el demandante se limitó a plantearlo sin ofrecer argumentos tendientes a demostrarlo", en la medida en que "se desconocen las razones por las cuales la respuesta del jurado debe interpretarse como un claro desconocimiento de la circunstancia agravante del homicidio", más cuando el hecho "de que Giratá García hubiera hecho salir al occiso del bar 'El Diamante' para darle muerte sin ofrecerle la oportunidad de defenderse resulta objetivamente probada en el proceso y mal podía ser desconocido por el jurado". Así, pues, concluye, la acusación no está llamada a prosperar.

Consideraciones de la Corte

Lo que es nulo no está llamado a producir ningún efecto. Así, pues, no es menester que la Corte estudie la impugnación que al amparo del cuerpo primero de la causal primera de casación se hace a la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, porque encuentra que ésta fue proferida en juicio viciado de nulidad esencial o absoluta y, por lo mismo, de imposible allanamiento por actuación de los sujetos procesales al surtirse el trámite propio de las instancias.

En efecto:

Las constancias procesales indican que para la fecha de los hechos en el victimario concurría la calidad de Agente de la Policía Nacional en servicio activo. Además, cuando se cometió la infracción, todo el territorio nacional se encontraba, como se encuentra ahora, en estado de sitio conforme a la declaratoria hecha por Decreto 2131 de 7 de octubre de 1976.

La Corte, en fallo de Sala Plena de 29 de septiembre de 1973, proclamó la constitucionalidad del artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, según el cual, para los efectos de aplicación de tal estatuto, "los términos militar o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II". De suerte que, habiendo esta misma Corporación en fallo pleno del 4 de octubre de 1971 declarado exequible el ordinal 2º del artículo 308 de ese mismo Código, en cuanto asigna competencia a los jueces castrenses para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, cuando el país se halla en guerra, conflicto armado, o turbación del orden público, es prominente el vicio de nulidad que aqueja al proceso con arreglo al numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por incompetencia del juez y, consiguientemente, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, al resultar lesionada la garantía procesal que apunta a la legalidad de la jurisdicción.

La demanda, es cierto, en forma alguna predica semejante defecto procesal. Pero que así sea, no obsta para que la Corte reconozca oficiosamente su existencia, más cuando, como en el evento sub judice, es fulgurante y porque "así lo exigen razones superiores de jerarquía legal que dimanen como 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" (Casación Penal, 27 de noviembre de 1975).

La Sala Penal, por lo demás, no podría desatar una decisión en criterio opuesto al pleno de la Corte. Así lo ha expresado en resoluciones anteriores, de modo igual a como ha proclamado la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional mientras persista el estado de sitio.

Concluyese, entonces, que si el juzgamiento del policial Oliverio Giratá García se hizo por la justicia ordinaria cuando debió serlo por la castrense, el proceso es nulo, de nulidad absoluta, desde el auto de cierre de investigación, inclusive, pues que a partir de ese acto procesal su diligenciamiento está reservado exclusivamente al funcionario del conocimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia a que se contraen las motivaciones de esta providencia y DECLARA, en consecuencia, la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de investigación, inclusive, para que por intermedio del Tribunal Superior de Villavicencio el expediente sea enviado a la autoridad militar correspondiente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Los suscritos tal como lo manifestaran en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homicidio, y en el cual actuó como ponente el honorable Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21 de 1980), reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de normalidad, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiendo por militares a quienes sirvan en el Ejército, Fuerza Aérea y Marina.

Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, no menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar, y por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículos 21, 166 y 167 de la Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47; y Decretos 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarle se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez (Magistrado), *Alfonso Reyes Echandía* (Magistrado).

CAMBIO DE RADICACION

Cuáles son sus objetivos primordiales

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 27.

Bogotá, D. E., marzo 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Solicítase concepto de la Corte sobre cambio de radicación del proceso adelantado por el Juzgado Cuarto Superior del Socorro, contra Edgar Marín Ariza por delito de homicidio.

Resultandos y considerandos

1. El señor apoderado de Marín Ariza señala como fundamentos de su petición los siguientes:

a) La víctima del homicidio fue el doctor Luis Eduardo Mateus Pardo, abogado prestigioso y muy conocido en el Distrito Judicial de San Gil, y particularmente en la ciudad del Socorro;

b) Es probable que los jurados que resulten sorteados para intervenir en la audiencia pública sean "abogados ligados por simple sentido de solidaridad con el doctor Luis Eduardo Mateus Pardo";

c) El ambiente social derivado de la calidad del occiso y de la gravedad del hecho es perturbador y "susceptible de conducir a una tergiversación del derecho".

2. El Juzgado Cuarto Superior del Socorro certifica que en su despacho está radicado el proceso en cuestión y que las diligencias se encuentran para la realización de sorteo de jurados.

3. En declaraciones extrajuicio los señores José Raúl Pineda y Cirilo Segura, al responder a un cuestionario formulado por Alberto Marín Ariza, aceptan que un primo hermano del occiso es actualmente empleado subalterno del Juzgado Civil del Circuito de Puente Nacional, desempeñó cargo semejante en el Socorro, e hizo amistades allí; igualmente, que el doctor Mateus era conocido en dicha ciudad y que hubo reacciones de protesta por su muerte.

4. *El cambio de radicación de un proceso ha de orientarse hacia la obtención de dos objetivos fundamentales: la salvaguardia del buen nombre de la administración de justicia y la garantía de un proceso equilibrado y justo en el que discurran armónicamente el interés social de una justicia punitiva independiente pero respetuosa de la legalidad y el derecho del procesado a un juicio imparcial y ceñido a los ritos normativos. Cuando nada afecta seriamente tales objetivos, el debate procesal ha de continuar en la sede judicial donde se inició, de lo contrario, se estaría tendiendo sombra de duda sobre la capacidad del Estado para impartir allí justicia soberana y recta.*

5. Ninguna de las razones que se aducen en el presente caso justifican el cambio de radicación solicitado; en efecto, el hecho de que la víctima del homicidio hubiese sido abogado conocido y estimado en la región, ni el explicable de una reacción social negativa ante el delito, ni el de que un pariente suyo sea funcionario subalterno del poder judicial en ese Distrito y tenga amistades en la ciudad del Socorro, permiten colegir entrabamiento en el desarrollo de la causa o determinaciones lesivas de las garantías procesales del enjuiciado. Cuanto a la sugerencia de que los jurados que llegaren a sortearse o lo hayan sido ya sean abogados amigos del occiso o a él ligados profesionalmente, no pasa de ser afirmación conjetural; y si llegare a darse tal supuesto, la propia ley brinda soluciones adecuadas (im-

pedimentos, recusaciones) diversas de la que propone el memorialista.

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

Resuelve:

EMITIR CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación solicitado.

Devuélvase al Ministerio de Justicia.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS

Falsedad documental y sus elementos tipificadores; concurso de personas o coparticipación criminal, manifestaciones del uso del documento privado falso; y el daño en esta clase de ilícitos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 27.

Bogotá, D. E., marzo 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia que lleva fecha veintiocho de abril del año pasado, confirmó la proferida por el Juzgado Once Superior de esta misma ciudad el 26 de octubre de ese año en la que se condenó a Misael Arias Rojas, Margarita Camelo Triana y José Orlando Castro a la pena principal de dos (2) años de prisión y multa de cien pesos a favor del Tesoro Nacional como responsables por el delito de falsedad en documentos.

Contra dicha providencia interpuso el procesado Arias Rojas el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado por esta Sala admisible.

Durante el trámite, en el que no se observa nulidad alguna, el recurrente sustentó por medio de apoderado al efecto, el recurso presentando la correspondiente demanda de casación que la Corte declaró ajustada a los términos de ley. Igualmente se produjo el concepto del Ministerio Público con lo cual, agotado el trámite, se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal

Los primeros tuvieron lugar en esta ciudad y en la Universidad Libre, Facultad de Derecho, donde los procesados cursaban esta carrera en cuyo desarrollo Misael Arias Rojas perdió uno de los años por haber obtenido calificaciones inferiores a tres en economía, sociología y Derecho Romano, lo que contó a su compañera Margarita Camelo, quien le informó que el estudiante de la misma facultad José Orlando Castro Mayorga tenía modos de arreglar esa situación, por lo cual Arias se puso en contacto con este último quien se comprometió a corregir las notas mediante el pago de la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00). Aceptado este trato por Arias, le giró a Castro Mayorga tres cheques, uno a la vista por seis mil pesos y los otros dos posfechados por tres mil pesos cada uno. Posteriormente Arias concurrió a la Secretaría, como se lo había indicado Castro, y comprobó que, efectivamente, las notas habían sido corregidas y él aparecía ganando el año. Esto sucedió entre 1974 y 1975. Los hechos y otros semejantes llegaron a conocimiento de la doctora Rosalba Castro de Sotelo quien presentó la denuncia dando lugar al presente proceso que culminó en la forma que se deja señalada.

A la sentencia recurrida pertenecen los siguientes apartes:

"En este proceso no se ha venido discutiendo sobre quién fue el autor o autores del hecho investigado, por cuanto que Arias Rojas y Camelo Triana han confesado su cooperación en el hecho la cual (sic) resultó a la postre necesaria. Y al hacerlo comprometieron seriamente a José Orlando Castro Mayorga. Lo que se ha debatido ha sido si el hecho plena y legalmente acreditado de la falsificación en los documentos contentivos de las notas de los acusados estructura o no el delito de falsedad en documento privado. Para aclarar esta situación, el funcionario de instancia hizo un estudio detenido para concluir que sí existió el perjuicio a tercero que lo hace consistir en lo siguiente:

"a) ... La entrega del dinero constituye un perjuicio material toda vez que implica la disminución de un patrimonio;

"b) Perjuicio en contra de la reputación o buena fama de la Universidad, pues realmente con el escándalo producido a raíz de la falsificación de notas, un centro de educación superior tan importante en Colombia como la Universidad Libre, ve caer en buena parte su prestigio debido al ilícito que se cometió internamente y que es motivo de la investigación;

"c) Perjuicio para la educación superior, tal vez el más grave que se puede efectuar con la conducta desarrollada por los procesados".

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Un cargo formula el demandante en el marco de la causal cuarta de casación y cuatro en el de la causal primera. De estos últimos, tres son por violación indirecta de la ley sustancial y otro por transgresión directa de la misma.

A continuación se resumen esas censuras y, con cada una de ellas la respuesta del Ministerio Público representado en esta oportunidad por el Procurador Primero Delegado Penal.

Primer cargo. Causal cuarta de casación. Considera el actor que la sentencia se pronunció en un proceso viciado de nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Estima que los hechos sometidos a juicio no configuran una falsedad documental sino un delito de estafa.

Asevera que la persona que obtuvo un provecho ilícito no fue el procesado sino José Orlando Castro Mayorga quien, gracias a sus conexiones con los empleados de la Secretaría de la Facultad, consiguió una buena ganancia al alterar las notas mediante la entrega de $ 12.000.00 que le exigió al recurrente.

"Examinado atentamente el *iter criminis* del delito objeto del presente proceso, dice el demandante, se llega a la conclusión de que la alteración de las cinco notas las verificó Castro Mayorga, sin que en la ejecución del designio criminal tuviera participación alguna Misael Arias Rojas, quien no tenía acceso a los libros de calificaciones como muy bien quedó esclarecido en el curso de la investigación. La ejecución material de la alteración de las notas mencionadas se produjo dentro de la Universidad no teniendo para tal fin, ninguna participación en la ejecución de la alteración el procesado Arias Rojas".

Agrega que la maniobra engañosa se inició cuando Castro Mayorga prometió a Arias Rojas arreglarle las notas convenciéndolo de que era mejor hacer esto que repetir el año y que como el procesado quería matricularse al año siguiente, accedió a ello sin que, a la postre, hubiera logrado ese propósito a virtud del escándalo que se formó por la falsificación de las notas.

Termina diciendo que como el recurrente no tenía acceso a ellas "incurre en manifiesto error el Tribunal sentenciador al radicar en cabeza de la Facultad de Derecho el perjuicio sufrido por la consumación de la infracción penal. Si durante el proceso no se avaluaron los perjuicios, en la forma prevista por el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal no puede hablarse del perjuicio material o moral causado por la infracción, ya que esta clase de perjuicios deben ser evaluados por los peritos designados por el juez *a quo*".

Replica la Procuraduría que si los hechos fueron tales como se dejan consignados en el proceso no puede hablarse de que Arias Rojas fue inducido en error por Castro Mayorga, ya que el primero entregó al segundo una suma de dinero a plena conciencia de lo que estaba haciendo y con el conocimiento claro de que con ello pagaba la realización de un ilícito que tuvo real cumplimiento, pues las calificaciones fueron efectivamente alteradas.

"De manera, dice el Procurador Primero Delegado, que si los procesados procedieron mancomunadamente y con propósito definido, es impropio afirmar que uno de ellos, precisamente al que los hechos iban a beneficiar, careció de la necesaria comprensión de lo que estaba ocurriendo, esto es, actuó dentro de un estado de error, ocasionado por las maniobras que tampoco tuvieron existencia. En consecuencia si no existieron maniobras engañosas, ni la situación de error en la víctima que con los elementos fundamentales para la tipificación del delito de estafa, tal ilícito no tuvo existencia, y, por lo tanto, en momento alguno se incurrió en la causal de nulidad alegada por el actor".

Pide, en consecuencia, que se deseche el cargo.

Segundo cargo. Causal primera. Sostiene el actor que hubo violación indirecta de la ley por manifiesto error de derecho en la interpretación de las pruebas cuya materialidad, dice, no entra a discutir, pues es un hecho suficientemente establecido en el proceso que las notas fueron falsificadas por Castro Mayorga y sus colaboradores ubicados en la Secretaría de la Universidad

Libre de Colombia, tal como lo afirma la sentencia.

Pero cuestiona la interpretación que el Tribunal hizo de esas pruebas, ya que a unas atribuyó un valor probatorio que no tienen y negó a otras su real contenido siendo así que, a su juicio, no existe en los autos prueba valedera de que Arias Rojas hubiera intervenido directamente en la ejecución material del delito de falsedad y no tiene, por lo tanto, el carácter de cooperador necesario que le atribuye el *ad quem* como que no sólo no intervino en el hecho sino que, según su propia manifestación, desconocía quién llevaba a cabo la alteración de las notas.

"Es necesario tener en cuenta, dice, que Misael Arias Rojas no tenía el manejo de los libros de notas de la Facultad de Derecho, en razón de que tal manejo estaba circunscrito a los empleados de la Secretaría de la Facultad, resultando un imposible físico para Arias Rojas tener tales libros a su disposición. Si Arias Rojas hubiera tenido el manejo de tales libros de notas y se los hubiera facilitado en cualquier forma a Castro Mayorga para el cumplimiento de su designio criminal, entonces sí tendría fundamento la imputación de cooperación en la falsedad o alteración del libro de notas, pero nada de esto se probó en el expediente".

La Procuraduría responde diciendo, en primer término, que hay error de técnica al presentar simultáneamente, como lo ha hecho el censor, cargos por violación directa y por violación indirecta de la ley, pues cuando se hace lo primero se aceptan los hechos tal como quedaron consignados en la sentencia, pero se discute su ubicación jurídica, en cambio, al censurar la sentencia por violación indirecta, se están negando los hechos en que se basó la sentencia por lo cual, si se alegan al mismo tiempo ambas violaciones, se incurre en contradicción.

Con todo, entra el Ministerio Público al examen de los cargos diciendo, respecto al que se deja resumido, que no es necesario que el copartícipe de un delito actúe materialmente en la ejecución del mismo y que en el caso de autos el procesado pagó para que sus calificaciones fueran alteradas en los registros de la Universidad. Agrega que en estas circunstancias lo mejor hubiera sido calificar de autoría intelectual la participación de Arias Rojas, pero que como de todos modos se trata de una participación, las consecuencias punitivas vienen a ser las mismas y no hubo lesión de los derechos del procesado por la forma como se ubicó su actuación en el proceso delictivo.

"Ahora bien, dice la Procuraduría, obvio que tanto el autor como el cómplice pueden no actuar materialmente en la realización del hecho y aun ignorar quién va a realizar el comportamiento delictivo y sin embargo, su responsabilidad permanece inalterada: piénsese en el caso de que alguien paga para matar e ignore quién va a ejecutar el hecho y la forma como lo hará. Nadie negará la coparticipación de este sujeto, que precisamente ha demostrado una más señalada perversidad y sagacidad de su actuar delictuoso".

Es de opinión, por consiguiente, que no debe aceptarse esta censura.

Tercer cargo. Formulado también dentro de la causal primera lo hace consistir el actor en que se incurrió en manifiesto error de derecho en la interpretación de las pruebas ya que, en su concepto y contrariamente a como lo estima el Tribunal, no se configuró ningún perjuicio "en razón, dice, de que si bien las fichas fueron alteradas, el propósito perseguido con esa alteración no se logró puesto que Misael Arias Rojas no se matriculó en la Facultad de Derecho, ni siquiera solicitó certificados de los estudios cursados": y que, en consecuencia, las notas alteradas no se usaron por lo que, como dijo el Fiscal del Tribunal, se estaba en frente de una falsedad inocual.

Agrega que el artículo 240 del Código Penal exige expresamente que se haya causado el perjuicio lo que, repite, no se presentó en este caso.

Replica la Procuraduría que si bien la doctrina ha exigido reiteradamente el uso del documento privado falso para que se perfeccione este delito, en el presente caso hay que tomar en cuenta que la alteración se produjo no en un documento que el actor tenía en su poder sino que estaba en el de otro, expresa "una cosa es crear integralmente un documento privado y no hacer jamás uso de él, o alterarlo y usarlo, y otra muy distinta alterar archivos ajenos, modificar o destruir documentos que pertenecen a otros, pues indudablemente en estos últimos eventos el ilícito se ha perfeccionado en su totalidad".

O sea que en el presente caso el delito se perfeccionó habida cuenta de la capacidad probatoria de los archivos.

No está, por lo tanto, de acuerdo con el censor y pide no se acepte la censura.

Cuarto cargo. Formulado en el ámbito del primer cuerpo de la causal primera de casación, lo hace consistir el actor en que, en su concepto, se

aplicó indebidamente el artículo 240 del Código Penal por cuanto no se demostró en los autos la existencia de un perjuicio a terceros, requisito expresamente exigido por el legislador en la citada norma.

"Si el perjuicio hubiera existido, dice, la Universidad Libre se hubiera constituido en parte civil dentro del proceso y hubiera hecho valer sus derechos como persona perjudicada con la infracción, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 24, 125 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, pues a ello tenía pleno derecho de acuerdo con los artículos ya citados ...".

Tampoco, agrega, el Agente del Ministerio Público pidió el pago de perjuicios ni el expediente contiene prueba alguna de que se hubiera cumplido por el juez la obligación, contenida en el ordinal 6º del artículo 503 de ordenar el pago de los ocasionados por la infracción de lo cual deduce que no se causó ninguno y que, por lo tanto, el juez no podía dar aplicación, como lo hizo, al ya citado artículo 240 del Código Penal.

Al responder este cargo dice el Procurador que la norma citada por el actor no integra el tipo únicamente con el hecho de que se hubiera causado perjuicio, sino también con la sola intención de causarlo y que, además, no puede deducirse la no presencia del daño con base en el hecho de que el perjudicado no se hubiera constituido en parte civil dentro del proceso, pues esto es simplemente potestativo y bien puede no reclamar la indemnización o hacerlo por la vía civil.

Consideraciones de la Corte

A continuación se ocupará la Sala de los cargos formulados a la sentencia, en el mismo orden con que fueron expuestos por ser el que corresponde a la técnica de casación, advirtiendo que hace suyas las consideraciones de la Procuraduría por estar de acuerdo con ellas.

Primer cargo. Causal cuarta de casación. La pretensión de que en el presente caso se trata de un delito de estafa, en que el sujeto activo fue José Orlando Castro Mayorga y el ofendido el procesado Arias Rojas, carece, por completo, de fundamento.

En efecto, si bien es cierto que tanto en la falsedad como en la estafa hay un engaño y que ambas consisten en una conducta cuya finalidad es la de inducir en error a otra u otras personas, nada tiene que ver la actuación de Castro Mayorga con el delito de estafa, ya que no indujo al procesado Arias Rojas en error sino que, por el contrario, ambos de común acuerdo pretendían crear una situación ficticia, haciendo que los funcionarios de la Universidad y otras personas a quienes debía probárseles cuáles eran las calificaciones del segundo, tomaran las falsas por las verdaderas.

Este es el clásico engaño en que se concreta la falsedad que consiste, como bien se sabe, en crear una situación probatoria documental ficticia haciendo creer que es la verdadera.

La falsedad documental es un engaño que se lleva a cabo por medio de un documento con el cual se imita la realidad para que alguien lo tome como una cosa verdadera. Vale decir, para llevar al convencimiento de que se está delante de un documento auténtico o veraz cuando no es lo uno o lo otro o no es ninguna de las dos cosas.

En el caso de autos se alteró una verdad que consistía en la real situación de las calificaciones de Arias Rojas, sustituyéndola por una ficción: las calificaciones alteradas para aparentar que dicho individuo había obtenido unas más altas que las que, en realidad, obtuvo.

No hay duda, por otra parte, de que la alteración recayó sobre un verdadero documento en el sentido penal, ya que los libros de registro de calificaciones de la Universidad sirven para demostrar la situación académica de los alumnos, permiten la promoción de éstos, a cursos superiores y los hacen acreedores, una vez terminados los estudios, a recibir el correspondiente grado, facultándolos así para el ejercicio de una profesión que, de otra manera, no podrían ejercer.

Producen, por lo tanto dichos documentos efectos de derecho y de ahí que su alteración perjudique el tráfico jurídico, es decir, las relaciones de este carácter que se desprenden de los correspondientes estudios universitarios.

Establecidos los elementos típicos del delito de falsedad en documento, a saber, alteración de un escrito con carácter documental, imitación de la verdad y perjuicio, no es posible aceptar que esa misma conducta configure en este caso específico una estafa, ya que no se dan en él ninguna de las circunstancias que permiten la absorción de la primera especie delictuosa por la segunda.

En efecto, el delito de estafa no es de aquellos que sólo puedan cometerse por medio de una falsedad, para decir que esta última necesariamente queda subsumida en la primera como ocurre, por

ejemplo, en el delito de alteración del estado civil que sólo puede cometerse mediante falsedad.

Ni tampoco, como se deja dicho, la secuencia de los actos en el presente caso permite pensar que se haya cometido una estafa y no una falsedad pues, como advierte el Ministerio Público, no fue el procesado víctima de ningún engaño, sino que, por el contrario, contribuyó a urdir uno propiciando la alteración de las notas y, finalmente, no fue él quien resultó ofendido sino la Universidad, en primer término, y la fe pública a la postre.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. Causal primera. La crítica que el demandante hace a la sentencia en el sentido de haber atribuido a Arias Rojas la calidad de cómplice necesario en el delito de falsedad documental que éste, a juicio del primero, no podía tener por no haber intervenido materialmente en la alteración de las calificaciones, tampoco puede ser aceptada.

El concurso de varias personas en un delito es, en el fondo la reunión de un número plural de voluntades y de conductas con la mira de realizar un fin ilícito.

Se presenta, por lo general, cuando un solo individuo no puede lograrlo y se necesita que otros colaboren, ya sea en la misma fase del iter criminis ora en las distintas etapas del mismo.

Basta, por lo general, que todas tengan el común propósito de realizar un hecho típicamente antijurídico y culpable, castigado por el Código Penal con una sanción.

Es la reunión de esas personas, ligadas por un mismo propósito lo que constituye aquello que en otros tiempos se llamaba societatis sceleris *esto es sociedad criminal, y que ahora se denomina "cooperación delictuosa".*

Pero no es necesario que todas colaboren de la misma manera. En siendo común el propósito que persiguen, unas pueden contribuir físicamente, otras intelectualmente, vale decir, unas en la actuación o realización del delito, otras en su ideación.

Dentro de ese plan integrativo de las acciones cabe, sin embargo, distinguir la modalidad y eficacia de cada una de las conductas, en el sentido de que unos ejecutan actos que integran el tipo delictivo y son considerados como autores, y otros llevan a cabo acciones secundarias desde el punto de vista típico y son calificados de cómplices.

Entre estos el Código Penal anterior señalaba (artículo 19) aquellos que ejecutando acciones secundarias, prestan un concurso de tal manera importante que, sin él, no puede llevarse a cabo el hecho delictuoso: son los llamados "cómplices necesarios".

Su determinación es cuestión que se deja al juez que es quien debe valorar el grado de la participación para decir si era o no indispensable para el resultado final, y esto no es posible hacerlo en abstracto sino frente a cada hecho determinado.

En el presente caso, el Tribunal consideró, en primer término, que Arias Rojas era un coparticipe en el delito de falsedad documental, esto es, que había tomado parte en el mismo, dando su aporte para la consecución del fin delictivo determinante de la conducta de todos, a saber, la alteración de las calificaciones.

Y esto es indiscutible ya que él puso en marcha la actuación de otros, con la intención de que se consiguiera ese fin, y ejecutando actos dirigidos a él como fueron los de ponerse en contacto con personas que a su turno alcanzaran a quienes manejaban dichos libros, es decir, fue un eslabón en la cadena destinada a conseguir dicho propósito.

Obró, en consecuencia, de un modo finalista y eficaz por lo que resulta innegable su condición de cómplice.

Y en cuanto a que lo fuera en grado necesario hay que tomar en cuenta que su participación en el hecho juzgado fue tal que sin haberse puesto en movimiento el episodio delictuoso con dirección al fin tantas veces anotado, los otros que en él cooperaron, incluyendo, desde luego, a quienes hicieron físicamente la alteración, no se habrían movido. Fue, puede decirse, motor del acontecimiento delictivo de donde resulta acertada la calificación de cómplice necesario.

No es menester decir más para llegar a la conclusión de que no debe aceptarse esta censura.

Tercer cargo. Lo hace consistir el actor en que no se perfeccionó el delito de falsedad en documentos privados porque el procesado Arias Rojas no hizo uso de las calificaciones alteradas ya que ni siquiera pidió un certificado en que constaran y que, como la doctrina ha establecido que el delito de alteración de esa clase de documentos requiere el uso, no dándose éste, no hay lugar a inculpar a nadie de delito perfecto.

Al hacer esta censura parte el actor de un concepto demasiado restringido de lo que es o debe ser el uso de un documento privado falso.

Ciertamente la doctrina había venido exigiendo, en las postrimerías del Código Penal anterior, el uso del documento, hasta convertir este requisito en indispensable para el perfeccionamiento del ilícito en cuestión al punto de que el nuevo Código debió incluirlo entre los elementos típicos de la infracción, como puede verse en el artículo 221 de este ordenamiento penal.

Pero es que el uso del documento privado falso consiste, en esencia, en la manifestación de su contenido con miras a aprovecharlo en modo pertinente a su naturaleza.

En otras palabras, usa un documento de esa clase quien lo introduce, de algún modo, en el tráfico jurídico poniéndolo en vía de desplegar los efectos que el autor de la falsedad o el usuario han previsto o tenido en mentes al falsificarlo o al usarlo.

Si bien la forma más frecuente de uso consiste en transferir o pasar el documento a otra persona, esto no es indispensable. Puede usarse un documento sin que el que lo tiene (sea falsificador o simplemente usuario) se desprenda de él como cuando se exhibe una letra de cambio falsa amenazando con iniciar un juicio ejecutivo.

En el caso de autos no hay duda de que las calificaciones alteradas no permanecieron en secreto sino que fueron vistas por los empleados de la Secretaría de la Universidad quienes, al decir del propio procesado, le informaron de ellas diciéndole que había ganado el año.

Eso es suficiente uso del documento privado falso a que se refiere el proceso sin que resultara necesario que se hubiera sacado copia de ellas para hacer posible el paso del procesado al curso superior.

Al decir de la casación italiana "para que exista uso se necesita que el documento salga de la esfera íntima del agente para proyectar en el exterior frente a terceros, su capacidad de generar efectos jurídicos lo que implica, cuando menos, que se haga constar su existencia" (sentencia de 20 de febrero de 1939).

Esta apreciación es perfectamente aplicable a nuestro derecho y conforme a ella resulta que no era necesaria ninguna acción posterior a la exhibición de las notas alteradas para configurar el uso.

No prospera este cargo.

Cuarto cargo. Nuevamente hace el actor una apreciación errónea de lo que es el delito de falsedad, en general, y particularmente de la falsedad en documentos privados al decir que se trata, en el presente caso, de una falsedad inocua por cuanto, a su entender, no se produjeron daños, ya que ni la parte civil ni el Ministerio Público pidieron la indemnización de perjuicios ni el juez la decretó de oficio.

El delito de falsedad no es de aquellos que se llaman ordinariamente "de daño real o material", sino de los de "daño potencial" llamados también "de peligro", porque no se necesita que produzcan una lesión efectiva en el bien jurídico tutelado sino que basta con que lo amenacen en forma directa e inmediata.

Ese bien jurídico es, en nuestro derecho, primordialmente, la fe pública, o sea la confianza de la colectividad en ciertos medios de prueba, en este caso, los documentos como medios de establecer la existencia, modificación o extinción de un derecho.

En el caso de autos no hay duda de que el medio de establecer el derecho de un estudiante a pasar a un curso superior y obtener, por este modo, la concesión de un título de doctor en derecho, consiste en demostrar documentalmente que se han aprobado los cursos inferiores mediante la obtención de ciertas calificaciones.

Alterarlas para hacer creer que se ha obtenido el derecho a pasar al curso siguiente, vulnera la fe pública en esos documentos y el derecho de la Universidad a obligar al estudiante a repetir el anterior o a cancelarle la matrícula, o, en fin, a tomar cualquier otra determinación reglamentaria relacionada con esa situación.

No se necesita que se haya producido daño patrimonial de ninguna especie porque en la falsedad documental no es este el único perjuicio que puede producirse, ya que se trata de un delito pluricofensivo. Cuando se dice que es este un delito que pone en peligro un bien o interés jurídico se está hablando tanto de derechos privados como públicos y no sólo de derechos de contenido patrimonial sino también de otros, por ejemplo, la dignidad, la libertad, etc.

Así pues, establecido que sí hubo perjuicio, por cuanto se pusieron en peligro derecho e intereses jurídicamente tutelados, se viene a concluir que carece de base la afirmación que en contrario hace el demandante y que debe, en conclusión, rechazarse también 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, oído el concepto del Procurador Primero Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

No CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONSULTA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Son consultables cuando la sanción prevista para el delito por el que se procede excede de cinco años, pues la gravedad del mismo no disminuye por la simple razón de que lo haya cometido un inimputable. La Corte reitera su doctrina.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 27 (17 de marzo de 1981).

Bogotá, D. E., marzo 20 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga contra la sentencia dictada por esa Corporación el veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta, por medio de la cual confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de Cartago contra el procesado José Vicente Vélez Rodríguez, a quien se impuso la medida de seguridad de la libertad vigilada por un término no menor de dos años, en razón del delito de homicidio cometido en persona de Javier Rodríguez González, por el cual respondió en juicio sin intervención de jurado de conciencia. —El Tribunal conoció de esa sentencia por vía de consulta y adoptó su decisión por mayoría, ya que uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión salvó su voto—.

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada en consonancia con las exigencias formales que requiere la ley (folios 2 y 15 del cuaderno de la Corte).

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, se abstuvo de ampliar la demanda presentada por el Fiscal recurrente (folio 16 ibídem).

Hechos y actuación procesal

La descripción que de los hechos hizo el Tribunal es la siguiente, la cual fue incorporada por el recurrente a su demanda, por estimarla fiel trasunto de lo que se demostró en el proceso:

"José Vicente Vélez Rodríguez el lunes 15 de octubre de 1973, después de haber viajado a Roldanillo para cobrar unos dineros pertenecientes a su hermano Argemiro, regresó a Bolívar, Municipio de su domicilio, y en las horas de la tarde se dedicó a la ingestión de bebidas embriagantes en diferentes establecimientos públicos del lugar. Fue así como con Gustavo Escobar y Fabio Torres libó abundantemente y en forma extraña en la cantina de Eduardo Ladino. Allí hizo mefistofélica mixtura de cerveza y aguardiente, denominada vulgarmente 'carabina' como así lo califican los testigos. De la tienda comercial de Ladino salió acompañado de Fabio Torres hacia la llamada "Las Vegas" a eso de las siete de la noche. En ese sitio libaban también Luis Mario González, su hijo Humberto y un amigo de nombre Javier Rodríguez. Vélez apuró cerca del mostrador unos tragos de aguardiente con Torres Reyes. En una mesa del establecimiento dialogaban Luis Mario y Javier, y en otra se hallaba, mientras los nombrados conversaban, Humberto González Vélez, en sumo estado de embriaguez, trató de abandonar la cantina, y fue llamado por su amigo Javier Rodríguez; y luego de unos minutos, los dos salieron hacia la calle, pero regresaron y ocuparon el sitio inicial. Al rato, Vélez Rodríguez desenfundó un cuchillo y con él dio sendas (sic) heridas a su amigo Javier Rodríguez que le produjeron

la muerte" (folios 301 y 302 del cuaderno principal y 4 del cuaderno de la Corte).

La investigación la adelantaron los Juzgados Promiscuo Municipal de Bolívar y Quinto de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Buga, radicado en Roldanillo.

En el momento en que concluía la diligencia de indagatoria, el apoderado de Vélez aportó, para que fueran agregados al expediente, un certificado del médico que lo reconoció la misma noche de los hechos y tres fórmulas que denotan que con anterioridad había buscado atención médica al parecer en relación con problemas atinentes a su siquismo (folios 20, 21, 22, 23 y 24 del cuaderno principal). Posteriormente solicitó al juzgado que se ordenara un examen somático y psíquico de su defendido, con el fin de que se estableciera si al momento de cometer el hecho se encontraba en alguna de las circunstancias que describen los artículos 28, numeral 1º y 29 del Código Penal (folio 76 ibídem).

Los médicos legistas de Cali conceptuaron, con base en los electrocardiogramas que previamente le habían sido tomados a Vélez, tanto en estado normal como después de haber sido premedicado con 120 centímetros cúbicos de aguardiente, que no encontraban fundamentos en esa pieza técnica para afirmar que el sindicado presentara perturbaciones mentales. Agregaron: "Solamente habla este comprobante de una modificación emocional que no mide gráficamente ni funcionalmente el estado mental lúcido del examinado" (folios 123 a 130 y 134 ibídem).

El apoderado pidió que se ampliara el dictamen médico-legal de la Oficina Forense de Cali, para que, mediante el examen psiquiátrico del procesado, se absolviera el cuestionario que formuló en el mismo memorial en que solicitó dicha ampliación (folios 148, 150 y 151 ibídem). Así lo hizo el juzgado, y los funcionarios de la Oficina Médico-legal de Cali recomendaron el envío del sindicado a la Sección de Psiquiatría del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, por carecer la Seccional de Cali de personal especializado en la materia (folios 152, 165 y 171 ibídem).

El Instituto practicó el examen médico-psiquiátrico y llegó a las siguientes conclusiones, consignadas en su dictamen, el cual fue rendido por un profesional especialista en la materia:

"a) El señor José Vicente Vélez Rodríguez padece de una Disritmia Cerebral de tipo centroencefálico (Epilepsia Psicomotora) para lo cual no ha recibido tratamiento médico especializado. Por ende debe ser valorado y tratado por un neurólogo para que inicie medicación anticonvulsiva y le tomen controles electroencefalográficos periódicos;

"b) El día de los hechos se encontraba bajo los efectos de una embriaguez patológica, entidad médica psiquiátrica considerada como una grave anomalía psíquica reversible y transitoria dentro del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal (sic);

"c) Le está vedado de por vida la ingesta de bebidas embriagantes, el porte de armas o el desempeño de labores que impliquen el uso de ellas, así como el conducir vehículos; medidas preventivas necesarias para evitar incidentes futuros similares;

"d) En la actualidad se encuentra asintomático para enfermedad mental, pero persiste en él la sintomatología orgánica y los trazados electroencefálicos anormales de su epilepsia psicomotora, de ahí que presente crisis de angustia y componentes depresivos por lapsos;

"e) Teniendo en cuenta sus antecedentes, las características de su personalidad y la patología orgánica que presenta, considero que no representa peligrosidad social siempre y cuando siga las indicaciones dadas en el parágrafo a) de estas conclusiones (tratamiento neurológico)" (folios 175 a 182 ibídem).

Con base en ese dictamen, no objetado (folio 195 y vuelto ibídem), el Juzgado Cuarto Superior de Cartago, al llamar a responder en juicio a José Vicente Vélez Rodríguez por el delito de homicidio cometido en Javier Rodríguez González advirtió que éste se tramitaría sin intervención del jurado de conciencia por estimar que su comportamiento quedaba enmarcado dentro de las prescripciones del artículo 29 del Código Penal (folios 204 a 223 del mismo cuaderno).

Ninguna prueba nueva se practicó en el período probatorio de la causa y la audiencia se realizó en la forma en que se había dispuesto en el auto de proceder, esto es, sin intervención de jurado (folios 225 y 228 a 233 ibídem).

Sobre el mismo supuesto de la grave anomalía psíquica de que padecía el procesado al momento de cometer el hecho, se profirió la sentencia en la que se le impuso medida de seguridad, consistente en libertad vigilada por un término no menor de dos años, contados a partir del momento en que se hiciese entrega de él a sus familiares, y como accesoria la prohibición de concurrir a establecimientos públicos donde se expendan

bebidas alcohólicas (folios 241 a 265 del cuaderno principal).

Vélez fue confiado al cuidado de su esposa y de un hermano de él, quienes suscribieron la correspondiente diligencia de entrega, en la que adquirieron el compromiso de velar por él y vigilar el cumplimiento de las obligaciones y medidas cautelares que le fueron impuestas por el juzgado y que se derivan de esa diligencia y de la sentencia (folio 266 ibídem).

Por auto separado ordenó el juzgado la consulta de la sentencia (folio 267 ibídem) y al desatarla el Tribunal profirió la que fue objeto del recurso que ahora se resuelve.

Dicha sentencia fue adoptada por mayoría de votos, pues uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión se apartó del criterio de sus colegas por estimar que no era consultable, pues en tratándose de medidas de seguridad, que fue la sanción impuesta, la indeterminación de su máximo legal las excluye del régimen de la consulta, ya que para la viabilidad de este grado de jurisdicción se exige que el delito porque se proceda tenga asignada en la ley una sanción privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco años.

Esta apreciación concuerda con el pensamiento del Fiscal Segundo de ese Tribunal, el cual solicitó en su concepto de fondo que la Corporación se abstuviera de resolver la consulta por carecer de competencia para ello (folios 269 y vuelto del cuaderno principal). Es él quien luego recurre en casación al no haber sido acogido su criterio.

Los siguientes son los aspectos sustanciales del fallo en relación con el tema discutido:

"Si en el auto respectivo se han calificado los hechos como constitutivos de un delito que en su género y especie tenga pena privativa de la libertad mayor a cinco años, el fallo con el cual termina el proceso se debe consultar por mandato del artículo 1º de la Ley 17 de 1975, que modificó el 199 del Código de Procedimiento Penal. Las circunstancias de enajenación mental, de la intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, y de la anomalía psíquica, que afectan al procesado, previstas en el artículo 29 del Código Penal, no alteran, no modifican la calificación del ilícito agotado, como se expresa en este acápite, porque esas condiciones sólo inciden en el procedimiento del juicio, y se tienen en cuenta en la sentencia para la individualización de la condigna sanción '...'. Del artículo 63 anotado resulta claro también que la sanción consistente en medida de seguridad, no se opone a la previa calificación genérica y específica del delito, ni desnaturaliza la ilicitud, pues, al contrario, para poder imponer la medida es indispensable que se haya procedido por un ilícito calificado que merezca legalmente pena de presidio. Entonces, si se procedió por una infracción penal de esta naturaleza que tiene pena privativa de la libertad mayor de cinco años, la sentencia debe consultarse, sin que se contraríe el procedimiento por tratarse de la imposición de medida de seguridad".

"Y por último: existe una razón de conveniencia y seguridad para sostener la tesis de la consultabilidad de los fallos en estos casos. Hay jueces que incurren en el error jurídico de sancionar con penas las conductas de los anormales psíquicos, y otros, que, acaso por falta de estudio, especialmente en el campo probatorio, consideran incursos en el artículo 29 del Código Penal a sujetos normales y los condenan a medidas de seguridad. De estos hechos el Tribunal ha tenido conocimiento y ha corregido los ostensibles desafueros legales. Entonces, tan arbitrarias decisiones, si no se respeta la segunda instancia, quedan firmes como monumentos de injusticia. Esto justifica la consulta de las sentencias, en los casos que se estudian, pues la revisión por el supervisor evita los lamentables errores jurídicos" (folios 307 y 308 del cuaderno principal).

Por su parte el Magistrado que salvó su voto expresó así su pensamiento:

"De tal manera que el delito por el cual se procede en este juicio es el homicidio y la sanción para imponer al procesado es la Colonia Agrícola Especial, por tratarse de un sujeto que obró en las condiciones psíquicas previstas en el artículo 29 del Código Penal y según este mismo Código, esta especie de sanción tiene señalado un mínimo de un año y como máximo el momento en que una vez agotado ese mínimo el enfermo o intoxicado deje de ser peligroso para la sociedad.

"De lo cual se infiere que la duración de esas medidas de seguridad, una vez cumplido el mínimo impuesto, no depende de la clase de infracción penal objeto de juzgamiento sino del estado psíquico del condenado. Por ello, esa duración, después de purgado el mínimo de la sanción, resulta de tiempo indefinido; así como puede extenderse tan sólo en un día más, puede en otros casos llegar a tener únicamente como límite el resto de vida del procesado. Todo, por cuanto

el máximo de la medida de seguridad, se repite, no depende del delito o de las circunstancias que rodearon su comisión sino del estado mental que presente el condenado en cada caso.

"Resultando indefinido el máximo de medida de seguridad imponible a un condenado cuando actuó en las condiciones señaladas en el artículo 29 del Código Penal, la sentencia por medio de la cual se le sanciona no es consultable, porque sólo tienen este grado de jurisdicción, según lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 17 de 1975, las providencias de esta naturaleza que hacen relación a procesos en los cuales se puede imponer un máximo de sanción privativa de la libertad personal que exceda de cinco años; sin que en casos como éste, se pueda hacer tal afirmación, por lo indefinido, según la misma ley, que resulta el máximo de la medida de seguridad que se aplica en la providencia. En esta forma se evita incurrir en el error de tomar, como lo hizo la mayoría de la Sala, un máximo que por mandato de la ley no es aplicable a los procesados que delinquen en las condiciones contempladas en el artículo 29 tantas veces citado" (folios 313 y 314 ibídem).

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal recurrente le formula un solo cargo a la sentencia, consistente en haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción del Tribunal. Lo enuncia así:

"La impugnación del fallo de segunda instancia se apoya en la causal señalada en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues el Tribunal Superior profirió su decisión confirmatoria de segunda instancia en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción al tenor de lo previsto en el ordinal 1º del artículo 210 del Código Procesal, ya que la entidad juzgadora en el caso *sub examine* carece de jurisdicción legal para conocer del mérito de la sentencia en razón del grado de consulta a que erróneamente fue sometida la proferida en este juicio".

Para fundamentarlo, manifiesta que la medida de seguridad, como medio que es de recuperación de la salud mental de los anómalos psíquicos que cometen un hecho descrito en la ley penal como delito, no puede reputarse como sanción privativa de la libertad, ni tampoco su indeterminación permite afirmar que tengan un máximo imponible superior a los cinco años, de donde forzoso es concluir que no se llenan en este caso los presupuestos exigidos por el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal para la viabilidad de la consulta.

En esas condiciones el fallo proferido contra José Vicente Vélez Rodríguez, "a quien se juzgó dentro de la excepción a que aluden las normas 12 y 29 del Código Penal en cuanto respecta a la falta de dolo o culpa del hecho realizado" quedó ejecutoriado al no haber sido recurrido en apelación (artículo 209 del Código de Procedimiento Penal), y, por tanto, el Tribunal carecía de competencia para revisarlo por la vía de la consulta.

Para reafirmar el concepto acerca de la peculiar índole de las medidas de seguridad y de su tajante diferenciación respecto de la pena privativa de libertad, señala que "basta observar el texto del artículo 98 del Código Penal, pues esta norma dispone que si el sentenciado es atacado de enajenación mental 'se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad, y se le pasará al manicomio o colonia agrícola especial', lo cual permite hacer la distinción clara e inobjetable en relación con el carácter punitivo de la primera sanción y la especial consideración recuperativa de la medida de seguridad que no implica por lo tanto el contenido intimidativo y represivo de la pena privativa de la libertad, sino un medio científico para recuperar la salud mental del anormal que ha ejecutado el hecho reputado como delito, pero que no se le atribuye a título doloso o culposo, sino como ejecución emanada de un estado de anormalidad que la ley sanciona con el propósito de evitar las consecuencias de una peligrosidad que requiere tratamientos científicos diferentes a los que se aplican a los delincuentes normales".

De la facultad que otorga el Código Penal (artículo 74) al juez para revocar o reformar en cualquier tiempo la medida de seguridad que hubiere impuesto, deriva otro argumento el recurrente para objetar la consultabilidad de la sentencia, pensando quizás en la inmodificabilidad de la cosa juzgada.

Recuerda que, por ser de excepción la manera como se juzga a las personas que cometen un hecho delictivo encontrándose en cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 29 del Código Penal, "resulta obvio que el trámite procesal no puede hacer relación a la normatividad común y corriente, sino que es de rigurosa aplicación el específicamente determinado para dicha clase de agentes activos de los hechos inves-

ligados". De esa consideración deduce la posible razón que tuvo el legislador para no elevar a cinco años el mínimo de la medida de seguridad cuando expidió la Ley 17 de 1975.

Finalmente refuta el argumento formulado sobre la base de la gravedad del hecho delictuoso, pues delitos que no carecen de esa nota como los homicidios culposos, no son consultables por tener pena máxima imponible inferior a cinco años.

Concluye solicitando la invalidación de la sentencia que acusa para que en su lugar se declare "que el proceso quedó en estado de ejecución de la sentencia de primera instancia, después de que transcurrió el término para apelar y no se interpuso tal recurso contra dicha providencia".

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero manifestar que *no se trata de discutir si las medidas de seguridad son o no distintas de las penas privativas de la libertad. Tanto por su naturaleza como por las finalidades que persiguen, las primeras difieren radicalmente de las segundas. Esta afirmación, que también era verdadera frente al Código Penal anterior, no obstante que no hacía una categórica separación entre ambas, como que las consideraba bajo la común denominación de sanciones y las trataba en el mismo título, adquiere mayor respaldo en el nuevo Código, ya que éste les asigna su sede propia, distinta de aquélla en que se ocupa de las penas (Título V) y señala por separado los fines de unas y otras. El artículo 12 dice que la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, en tanto que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.*

Se trata es de precisar el criterio al que sometió el legislador la procedibilidad del grado jurisdiccional de la consulta. Si es de naturaleza objetiva o abstracta, o de índole subjetiva o personal.

El artículo 1º de la Ley 17 de 1975, dice: "El artículo 199 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"Artículo 199. Providencias consultables. Son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, dentro del término legal, las siguientes providencias:

"1º La sentencia, el sobreseimiento definitivo, el segundo sobreseimiento temporal y la providencia del artículo 163 de este Código, CUANDO EL DELITO POR EL QUE PROCEDE TUVIERE SEÑALADA UNA SANCIÓN PRIVATIVA DE LA LIBERTAD PERSONAL CUYO MÁXIMO EXCEDA DE CINCO AÑOS" *(subrayas fuera de texto).*

En parte alguna de la norma se sujeta la viabilidad de la consulta a condiciones personales del sujeto justiciable. Si ese hubiera sido, el propósito de la norma, habría establecido más bien una especie de fuero o de competencia especial, para decir, por vía de ejemplo, que eran consultables las sentencias proferidas contra un enfermo de la mente, o contra un mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho.

Por el contrario, la ley regula la procedencia de la consulta con base en la naturaleza y cantidad de pena señalada para el delito in genere, *seleccionando así un criterio eminentemente objetivo e impersonal.*

Tampoco la somete al quantum *de la pena impuesta al procesado, sino que atiende a la pena imponible.*

Ese criterio objetivo, abstracto, hace lógica la consulta, también ordenada en la Ley 17, para las sentencias absolutorias, el sobreseimiento definitivo y las decisiones que se toman con base en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Si para establecer la procedibilidad de ese grado de jurisdicción prescindió la ley de la particular situación procesal del condenado, esto es, de la pena que en concreto le hubiere sido aplicada, no se advierte la razón para tener que consultar otro tipo de situaciones personales, como el de la sanidad o insanidad mental del autor del delito. Debe mirarse únicamente a la pena conminada en la norma para el delito, cométalo una persona normal, o un anómalo psíquico, salvo, obviamente, el caso de competencias privativas, como las de los menores de dieciséis años (artículo 35 del Código de Procedimiento Penal).

Y no se diga que el artículo 1º de la Ley 17 de 1975, sólo es aplicable al caso de los procesados normales, porque si ese hubiese sido el pensamiento del legislador lo habría expresado claramente.

Desde que se estableció este mecanismo de revisión por parte del superior de las decisiones del inferior, se le ha reservado para los casos de mayor gravedad, la que se ha hecho derivar de la calidad y cantidad de la pena imponible para el delito, y esa gravedad intrínseca de la infracción (en el caso del homicidio, la supresión de

una vida humana), no desaparece por el hecho de que lo cometa un enfermo mental.

Al elevar la Ley 17 de 1975 de uno a cinco años el máximo de la sanción imponible que permite la consulta de la sentencia, buscó, es cierto, restringir los casos en que ella debía proceder, reservándola para los de mayor gravedad, pero conservando siempre un margen de delitos que dan base a ella.

Si prevaleciera la tesis de que también para la consulta de las sentencias que imponen medida de seguridad debe atenderse a la dosimetría de las mismas, habría que concluir que la ley 17 de 1975 la abolió automáticamente para este tipo de sentencias en todos los casos, cuando ni ese fue el pensamiento de los redactores del Código de Procedimiento Penal, ni tampoco el del legislador que, al elevar el monto de la pena imponible, buscó restringir su aplicabilidad, no abolirla. —Cabe volver a decir que si ese hubiera sido el objetivo de la ley, no habría dejado de manifestarlo con absoluta claridad—.

La facultad que la ley le otorga al juez para revocar, reformar o sustituir la medida de seguridad que hubiere decretado (artículo 74 del anterior Código, artículos 99 y 101 del nuevo), no puede válidamente erigirse en argumento contra la consulta de la sentencia que las impone, pues, aparte de que obedece a los fines que se persiguen con la medida asegurativa, que no son otros que la recuperación de la normalidad psíquica y de las condiciones para vivir adecuadamente en sociedad, opera también en el caso de que la sentencia haya sido confirmada por la vía de la apelación, y tendría vigencia igualmente, en la tesis del Fiscal recurrente, respecto de la sentencia de primera instancia ejecutoriada.

También cabe observar que el reproche que se hace a la sentencia del Tribunal Superior de Buga por haber conocido, en virtud de la consulta, de una sentencia que imponía medida de seguridad y no pena privativa de la libertad, cabría hacerlo, igualmente, a la interposición del recurso de casación contra dicha sentencia, pues para la procedibilidad de este recurso acude la ley a la misma exigencia a que supedita la consulta, o sea, que se trate "de delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años" (artículo 569 del Código de Procedimiento Penal).

La Sala se ha ocupado en anteriores ocasiones de este mismo tema, habiendo llegado a la conclusión de que la consulta es viable y legal en este caso.

En uno de esos pronunciamientos, adoptado con la salvedad de uno solo de sus miembros, fueron hechas las siguientes consideraciones:

"Sabido es que la consulta no es un medio de impugnación de las decisiones judiciales sino, como lo denomina la ley (artículo 198 del Código de Procedimiento Penal) un 'grado de jurisdicción'.

"Significa que, sin el impulso de las partes y sólo obedeciendo los principios fundamentales del proceso, entre ellos, en primer término, el de jerarquía, que impone como norma general, la revisión de las providencias por una autoridad superior en orden a garantizar un mayor acierto en la administración de justicia, lo determinado por un juez, pasa, en ciertas oportunidades, automáticamente, al conocimiento del superior para que éste lo examine y diga si está ajustado a derecho.

"Sólo por motivos de economía procesal, esa situación, que debiera ser común a toda clase de procesos, ya que el principio enunciado rige para todos ellos, se reduce al examen de los más importantes, es decir, aquéllos en que se ventilan hechos de mayor gravedad. Esta importancia del proceso se determina, generalmente, por la naturaleza y cuantía de la pena ya que se supone que el legislador conmina con sanción más grave a los hechos que considera más lesivos de los intereses sociales o individuales.

"Entonces la ley establece un cierto límite tanto en la naturaleza como en la cuantía de la pena, a partir del cual son consultables las decisiones, límites que entre nosotros son establecidos por el artículo 199 del ordenamiento ya mencionado y las que con posterioridad han reformado esa norma.

"Pero no debe perderse de vista que es la gravedad del delito lo que hace que unas providencias sean consultables. De ahí porque la norma atrás citada dice que 'son consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, las siguientes providencias. 1. La sentencia y el sobreseimiento definitivo, cuando la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año (hoy cinco años según la Ley 17 de 1975)'.

"Ciertamente esa norma hace referencia a la sanción que la ley señala para determinado género de delitos. Pero aun cuando debe tenerse en cuenta esto para efectos de la consulta y aún de la casación, no puede particularizarse tanto que sea necesario determinar la exacta sanción que

corresponde al hecho que se juzga. Basta saber si el máximo que para él señala la ley excede de cinco años y, en caso afirmativo, es obligatoria la consulta cuando no se interponga el recurso de apelación.

"Ese examen debe hacerse también en cuanto la sanción aplicable al caso concreto no sea una pena privativa de la libertad personal sino una medida de seguridad siempre que la forma básica del ilícito por el que se procede esté conminada con una sanción de esta naturaleza.

"Tal es el caso que se presenta en el juzgamiento de persona que se encuentra en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal en que la sanción imponible en el caso concreto no es una pena privativa de la libertad sino una medida de seguridad. Porque esto no disminuye la gravedad del ilícito ni impide la aplicación del principio de jerarquía atrás mencionado.

"Un homicidio cometido por una persona que padezca al momento de ejecutarlo, grave anomalía psíquica no es menos lesivo de los bienes e intereses sociales y privados que el que lleva a cabo un individuo normal ...".

"Igual razonamiento debe hacerse para el caso de la consulta, pues no hay porque prescindir de este importante grado de jurisdicción cuando en el caso concreto y dadas las modalidades del mismo, se ha impuesto no una pena sino una medida de seguridad y siempre que para la infracción respectiva el legislador haya señalado una pena privativa de la libertad personal superior a los cinco años.

"No debe tenerse tampoco en cuenta para esos casos las diferencias que puedan existir, en abstracto, entre penas y medidas de seguridad, pues lo que importa, se repite, es la naturaleza y gravedad del hecho juzgado, fuera de que, en estricta doctrina, existen rasgos comunes entre una y otra categoría de sanciones y no es posible negar que en muchos casos, como los de reclusión en establecimientos especiales, se trata también de una privación de la libertad que puede ciertamente terminar al cabo de un año (o de dos) pero que también es posible se prolongue por toda la vida del sancionado.

"De lo anterior, se concluye que, en el caso *sub examine* era legalmente viable la consulta de la sentencia condenatoria y que al conocer el Tribunal en este grado de jurisdicción de ella no estaba incurriendo en nulidad de ninguna especie" (casación de 8 de febrero de 1980).

En el caso que ahora se analiza, la conclusión es la misma, pues siguen siendo valederas las razones que tuvo la Sala en aquella oportunidad para adoptar esa decisión.

El cargo no prospera.

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. Como ya tuve ocasión de expresarlo en un asunto semejante (Proceso, Radicado número 2554G), estimo que bajo la vigencia del artículo 1º de la Ley 17 de 1975 no son ya consultables, como lo eran hasta entonces, las sentencias proferidas en procesos adelantados contra las personas a que se refería el artículo 29 del anterior Código Penal.

La consulta era pertinente, en efecto, bajo la norma del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, porque entonces ese grado de jurisdicción operaba cuando se procedía por delitos que tuvieran señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo excediera de un (1) año y puesto que la duración de todas las medidas de seguridad se extendía entonces a un mínimo de dos (2) años en los manicomios criminales y a un mínimo de un (1) año en las colonias agrícolas especiales (artículo 64), todas ellas daban lugar a la consulta de las sentencias correspondientes.

La comisión redactora del Código de Procedimiento Penal fue muy clara a este respecto:

"... Se pone en discusión el artículo siguiente, que dice:

"... Artículo. Si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior, sin que se apele de la sentencia, ésta se consultará con el respectivo superior, si la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción restrictiva de la li-

bertad personal. Si la infracción porque se procede tuviere señalada otra sanción y la sentencia no fuere apelada, se declarará ejecutoriada y se mandará ejecutar ...".

"... Doctor Rueda Concha. No debe extenderse el artículo a todas las sentencias, porque sería recargar inútilmente de trabajo a los jueces o Magistrados. Una sentencia que impone, por ejemplo, una pena de tres días de arresto, no vale la pena de consultarse ...".

"... Doctor Rey. Creo, por otra parte, que el artículo debe hablar de sanción 'privativa' de la libertad personal, no simplemente restrictiva ...".

"... Doctor Escallón. *Poner una sanción privativa de la libertad que exceda de un año; no hay necesidad de agregar 'o aquéllas que sean de tiempo indefinido', para incluir las medidas de seguridad, porque ellas en todo caso tienen un mínimo de un año* (las mayúsculas son mías)...".

"... Doctor Rey. Me parece que debería cambiarse la palabra 'infracciones' por la palabra 'sanción' ...".

"... Doctor Escallón. No, porque el artículo tiene que referirse también a las sentencias absolutorias ...".

"... Doctor Rueda Concha. Claro está. Precisamente es esta una de las objeciones procedentes de Ferri contra la escuela clásica: que la casación no se admitía sino para las sentencias condenatorias, lo cual a todas luces es absurdo. Deben también ser motivo de ese recurso las absolutorias ...".

"... La Comisión, como consecuencia, adopta el mínimo de un año en cuanto a la sanción privativa de la libertad. El artículo es aprobado por unanimidad, en la siguiente forma: ...".

"... Artículo. Si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior, sin que se apele la sentencia, ésta se consultará con el respectivo superior siempre que la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año. Si la infracción porque se procediere tuviere señalada otra sanción y la sentencia no fuere apelada, se declarará ejecutoriada y se mandará ejecutar...".

(Acta número 198 de la sesión del 17 de junio de 1937).

Luego, si ya la sanción mínima conocida correspondiente a las medidas de seguridad no permite la consulta por ser ésta procedente sólo cuando el máximo de aquéllas "exceda de cinco años", resulta incuestionable que mientras la ley no aumente su duración a un mínimo de cinco (5) años, lo que hasta ahora no ha ocurrido, la consulta de las sentencias correspondiente carece de todo fundamento legal.

El Código vigente, en efecto, establece la siguiente duración mínima de las medidas de seguridad:

"... Artículo 94. Internación para enfermo mental permanente. Al inimputable por enfermedad mental permanente, se le impondrá medida de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda ...".

"... Esta medida tendrá un mínimo de dos (2) años de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica ...".

"... Artículo 95. Internación para enfermo mental transitorio. Al inimputable por enfermedad mental transitoria, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico o similar, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento que corresponda ...".

"... Esta medida tendrá un mínimo de seis (6) meses de duración y un máximo indeterminado. Transcurrido el mínimo indicado se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica ...".

"... Artículo 96. Otras medidas aplicables a los inimputables. A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola ...".

"... Esta medida tendrá un mínimo de un (1) año de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente, cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida ...".

"... Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural ...".

2. Por las mismas consideraciones, en cuanto éstas se refieren a la cantidad y calidad de la sanción que es posible imponer a quienes cometen el hecho en las circunstancias en que lo hizo

el condenado José Vicente Vélez Rodríguez, estimo que tampoco era procedente la concesión del recurso de casación, que fue declarado admisible por la Corte en el supuesto, a mi modo de ver equivocado, de que las personas que cometen el hecho en los casos del artículo 29 del Código anterior son anormales para efectos de la sanción que es posible imponerles, y sucesiva o simultáneamente personas normales cuando se trata de decidir sobre la consulta o la admisibilidad del recurso extraordinario de casación, ambivalencia jurídica que a mí me resulta francamente insostenible.

Por tales consideraciones, respetuosamente, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Fecha ut supra.

INCIDENCIA DEL VEREDICTO DEL JURADO EN LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

La Corte ratifica su doctrina expuesta en sentencia de 25 de abril de 1977, en el sentido de que modificadas por el jurado las modalidades del hecho contenidas en el llamamiento a juicio, es lo dicho por el Tribunal del pueblo, obligatorio para el juzgador de derecho; en consecuencia, se operó la prescripción entre el vocatorio a juicio y el momento de dictar sentencia, así debe declararse; igualmente, cuando por razón del veredicto, el auto de proceder se dictó sobre un proceso ya prescrito, por cuanto que esta providencia, en estos eventos, no impide que opere este fenómeno jurídico

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 25841.
Aprobado: Acta número 30.

Bogotá, D. E., marzo 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Magistrado Auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y el señor defensor de Emiro Maldonado Camargo, interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 11 de octubre de 1979, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la de 11 de agosto del mismo año, proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en cuanto condenó a Emiro Maldonado Camargo a la pena principal de 16 meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Fermín Chacón Serrano, por exceso en la legítima defensa, de acuerdo con el veredicto definitivo del jurado. La Corte admitió el recurso y ordenó correr traslado a los recurrentes para que formulen las respectivas demandas de casación dentro del término legal.

Surtidos los traslados, sólo el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta presentó y sustentó la demanda, que se declaró ajustada a las exigencias legales y se ordenó dar traslado de ella a las partes no recurrentes.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el respectivo traslado, se limitó a manifestar que coadyuva en su integridad la demanda de casación.

Se procede, pues, a resolver el recurso previos los siguientes resultandos y considerandos:

Historia de los hechos

El señor Fiscal recurrente los relata sintéticamente, así:

"El veinte de enero de mil novecientos setenta y cuatro, como a las ocho y media de la noche, cuando el señor Fermín Chacón Serrano estaba parado en la puerta de la cantina de propiedad del señor Florencio Delgado, sita en el perímetro urbano de Salazar de Las Palmas, oyendo unos discos que había marcado en la rokola, pasaron Emiro Maldonado Camargo y Miguel Medina. A una llamada de atención de Chacón Serrano se paró Maldonado Camargo, conversaron un momento, se encaminaron a una callejuela y se pusieron a pelear a trompadas. Fue entonces cuando salió Medina con una varilla en la mano y le dio varios golpes a Chacón Serrano, prosiguiendo su ataque Maldonado Camargo. Luego, al caer Chacón Serrano, éste le dio una puñalada, falleciendo en el acto".

Historia del proceso

1. El auto cabeza del proceso se dictó el 21 de enero de 1964, por la Alcaldía Municipal de Salazar de Las Palmas (Santander), para la investigación de los hechos antes relatados.

2. El sumario culminó con auto de proceder contra Miguel Medina y Emiro Maldonado Camargo, el primero como autor principal y el segundo como copartícipe del delito de homicidio simplemente voluntario o intencional en la persona de Fermín Chacón Serrano, providencia dictada por el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta (folios 64 y siguientes, cuaderno 1).

3. Por auto de 26 de septiembre de 1968, se declaró ejecutoriado el auto de proceder, que se notificó oportunamente y no fue apelado (folio 79, cuaderno 1).

4. El 13 de mayo de 1976 se celebró la primera audiencia pública con intervención del jurado, al que se propusieron los cuestionarios correspondientes sobre la responsabilidad de los prfocesados, contestando por unanimidad así:

Para Miguel Medina: *Sí es responsable, pero no obró con intenciones de matar.*

Para Emiro Maldonado Camargo: *Sí es responsable, pero lo hizo en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación.*

5. El juzgado del conocimiento, por auto de 4 de junio de 1976 (folios 123 y siguientes, cuaderno 1), declaró *contraevidentes* los dos veredictos y ordenó la consulta respectiva. El señor defensor de los procesados apeló contra este auto.

6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, previa solicitud de su Fiscal, declaró nulo lo actuado, por no haberse notificado a todas las partes el auto que señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública (folios 150 y siguientes).

7. Corregida la irregularidad anotada, se llevó a cabo la audiencia el 30 de septiembre de 1976 (folios 176 y siguientes), y en ella el jurado de conciencia, contestó por unanimidad los cuestionarios en la siguiente forma:

Para Emiro Maldonado Camargo: *Sí es responsable, pero se excedió en su legítima defensa.*

Para Miguel Medina: *Sí es responsable, pero sin intención de matar.*

8. El Juzgado Segundo Superior de Cúcuta, por auto de 26 de octubre de 1976 (folios 190 y siguientes), declaró *contrario a la evidencia de los hechos*, el fallo popular emitido sobre la responsabilidad de Emiro Maldonado Camargo, ordenando que "por encontrarse en razón del fallo popular *prescrita* la acción penal, córrase traslado al señor Agente del Ministerio Público con el fin de que emita concepto y proceder a resolver lo que sea del caso".

9. El juzgado, en providencia de 4 de noviembre de 1976, previo concepto de su Fiscal, *declaró prescrita* la acción penal seguida en contra de Emiro Maldonado Camargo, en razón a que por haber procedido en exceso de legítima defensa, le corresponderían 16 meses de prosidio, de conformidad con los artículos 27 y 362 del Código Penal y 105 del mismo Código (folios 205 y siguientes), tiempo que ya había transcurrido a partir de la ejecutoria del auto de proceder.

10. Consultada la providencia sobre la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la prescripción de la acción penal en contra de Emiro Maldonado Camargo, y la contraevidencia del veredicto en lo referente a Miguel Medina, el Tribunal, por auto de 13 de diciembre de 1976, la confirmó respecto de esta última decisión, y revocó la prescripción declarada en favor de Maldonado Camargo, ordenando dictar la correspondiente sentencia condenatoria. El señor Fiscal del Tribunal había solicitado que se confirmara la declaratoria de prescripción, porque "en los juicios con intervención del jurado es éste quien hace, en definitiva, la calificación específica de la infracción, debiendo su decisión producir todas sus consecuencias jurídicas, como es la extinción de la acción penal" (folios 216 y siguientes).

11. Celebrada nueva audiencia pública para el caso de Miguel Medina, el jurado contestó, por unanimidad, el cuestionario en la siguiente forma: "No es responsable".

12. El juzgado del conocimiento, por sentencia de 11 de agosto de 1979, acogió el veredicto para Miguel Medina, por ser obligatorio, absolviéndolo, en consecuencia, de los cargos formulados en el auto de proceder, y condenó a Emiro Maldonado Camargo a la pena de 16 meses de presidio, como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Fermín Chacón Serrano, en exceso de legítima defensa (folios 268 y siguientes, cuaderno 2).

13. Contra esta sentencia apeló el señor defensor de Emiro Maldonado Camargo, y el Tribunal, previo concepto de su Fiscal, quien solicitó la confirmación de la absolución de Miguel Medina y la revocatoria de la condena contra

Maldonado Camargo, por estar prescrita, la acción penal, confirmó en sentencia de 11 de octubre de 1979, la de primera instancia, considerando en la parte motiva que la prescripción de la acción penal contra Maldonado Camargo no era procedente.

Contra esta providencia interpusieron el recurso de casación, tanto el defensor de Maldonado Camargo, como el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta.

Razones de la demanda

La única causal que aduce el representante del Ministerio Público, en la demanda de casación, es "la primera señalada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Es decir, porque la sentencia que condenó a Emiro Maldonado Camargo, fue dictada dentro de un proceso cuya acción penal estaba prescrita, violando así terminantes disposiciones de la ley, concretamente los artículos 104, 105, 106, 107 y 112 del Código Penal y el artículo 163 del Código Penal, que ordena la cesación de procedimiento en cualquier estado del proceso, cuando se presenta aquel evento, entre otros.

Considera el casacionista que la acción penal en el caso de estudio, quedó limitada con el veredicto definitivo de los jueces de conciencia, quienes reconocieron que Maldonado Camargo procedió con exceso de legítima defensa en el homicidio a él atribuido, en cuyo evento de acuerdo con los artículos 27 y 362 del Código Penal, se aplica una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo, o sean 16 meses de presidio, según la dosificación de las sentencias de primera y segunda instancia.

En consecuencia, el señor Fiscal afirma que siendo 7 años de presidio el máximo que se le puede imponer a un procesado que ha obrado con exceso de legítima defensa, según los artículos antes citados, la acción penal quedó prescrita de conformidad con el artículo 105 del Código Penal, que en su inciso segundo dice que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte.

Continúa diciendo: "En el caso *sub judice*, el auto de proceder dictado el trece de agosto de mil novecientos sesenta y ocho quedó ejecutoriado el 21 de septiembre del mismo año, a las seis de la tarde. En consecuencia, el nuevo lapso prescriptivo empezó a correr el 22 de septiembre de 1968, o sea que hasta la fecha han transcurrido 11 años, 8 meses y 12 días". Concluye, lógicamente, que este lapso sobrepasa el máximo de 7 años de presidio, configurándose el fenómeno de la prescripción de la acción penal, de acuerdo con las disposiciones antes citadas.

El problema así planteado consiste, en síntesis, en determinar si el homicidio intencional, que se reprimía con la pena de presidio de 8 a 14 años, y por el cual fueron llamados a juicio Miguel Medina y Emiro Maldonado Camargo, prescribe en el máximo estatuido por el artículo 105 (14 años), tomando como base el artículo 362, o en el máximo previsto por el artículo 27, con la misma base, o sea en 7 años. La primera hipótesis es la que sustenta el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, y la segunda es la planteada por el representante de la sociedad, reiteradamente, en favor de un procesado.

Consideraciones de la Corte

Si la acción penal prescribiera rígidamente de acuerdo con la calificación que se dé al homicidio en el auto de proceder, por ejemplo, homicidio agravado, no tendrían ninguna incidencia las circunstancias modificadoras de la responsabilidad que el jurado puede reconocer al pronunciar su veredicto, generalmente con base en alguna o algunas pruebas del sumario y del juicio que pesaron decididamente en su conciencia. La verdad es que nadie puede negar que los jueces populares pueden apartarse de las circunstancias específicas atribuidas al hecho en el auto de proceder, siempre que su fallo no sea claramente contrario a la evidencia de los hechos, y el juez de derecho debe dictar sentencia, no de acuerdo con las modalidades circunstanciales del enjuiciamiento, sino con las reconocidas en el veredicto. En este sentido, la respuesta del jurado está llamada a precisar, por ministerio de la ley, el ejercicio de la acción penal y desde luego las penas correspondientes, con la totalidad de sus consecuencias.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, para negar la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por prescripción de la acción penal, sostiene que este fenómeno jurídico no tiene efecto retroactivo, es de-

cir, que la calificación del jurado no puede comprender el enjuiciamiento, que es ley del proceso, para lo cual se basa en una doctrina de la Corte del año de 1963, ratificada en 1972.

Pero la Corte recogió esa tesis mediante sentencia de 25 de abril de 1977, citada por el recurrente y que dice en uno de sus apartes:

"Piensa la Corte, contrariamente a lo argumentado por el sentenciador, que si el veredicto del jurado fue compartido por él, sin reservas, la solución del proceso no podía ser la condena por homicidio intencional, a ocho años de presidio, sino la declaratoria de prescripción de la acción penal, dando aplicación al artículo 105 y ordenando cesar el procedimiento (artículo 163 del Código de Procedimiento Penal)".

O sea que, en el presente caso, si bien el juzgado tenía competencia para llamar a juicio por homicidio intencional, pues todavía no había prescrito la correspondiente acción penal, modificadas por el jurado las modalidades del hecho contenidas en el vocatorio, es lo dicho por el Tribunal del pueblo, obligatorio para el juzgador de derecho que debió ajustarse al veredicto también en este particular, declarando prescrita la acción mencionada ya que, entre el llamamiento a juicio y el momento de la sentencia había transcurrido un tiempo superior al señalado como máximo en la respectiva norma del Código Penal que, en este caso, era el artículo 362, pero puesto en relación con el artículo 37 del mismo ordenamiento de las penas.

En síntesis: cuando se trata de exceso en la legítima defensa relativo a un homicidio simplemente intencional, la acción penal prescribe en siete años, tiempo que, se repite, había transcurrido antes de dictarse la sentencia recurrida, por lo cual ésta violó el artículo 105 del Código Penal en concordancia con el 163 del Código de Procedimiento Penal y debe, por ello, casarse la sentencia.

En consecuencia, el cargo de violación de la ley sustancial al dictar sentencia condenatoria en un proceso cuya acción penal quedó prescrita mediante intervención del jurado, debe prosperar, y, por ello, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia recurrida.

En su lugar DECLARA PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL contra Emiro Maldonado Camargo, ordenando la cesación de todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EL CODIGO PENAL VIGENTE FRENTE AL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 1923 DE 1978 (ESTATUTO DE SEGURIDAD)

El Congreso puede derogar o modificar la legislación expedida por el ejecutivo durante el estado de sitio. El nuevo estatuto penal derogó algunas conductas reguladas por el denominado "Estatuto de Seguridad". Entre el Decreto legislativo número 1923 de 1978 y los Decretos 100, 141 y 172 de 1980, existe una sucesión o tránsito de leyes y siendo ello así, debe aplicarse el principio constitucional de favorabilidad que opera, igualmente, respecto de normas "especiales" o de excepción, ya que la Carta Fundamental no impone restricción alguna a dicho principio. La Corte modifica su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 30 de 24 de marzo de 1981.

Bogotá, D. E., marzo 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Edilberto Eduardo Medellín Cadena, fue condenado por el Tribunal Superior Militar (junio 20 de 1980) a purgar la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de extorsión (Decreto 1923 de 1978, 6).

El sentenciado interpuso casación, recurso que fue declarado desierto en auto de 24 de febrero del año en curso.

Durante el término de ejecutoria de este último proveído, el reo, en escrito de 26 del mes y año citados, solicita su libertad, invocando las siguientes razones:

1. El Código Penal que empezó a regir el 28 de enero de 1981, constituye legislación más benigna que aquélla bajo la cual recibió sentencia condenatoria.

2. El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra el principio de favorabilidad y "ante la inminencia de un *tránsito de legislación*, por simple interpretación *extensiva*, todos aquellos factores de norma que favorezcan al *procesado*, tanto al que es sujeto de la norma penal, como de la norma penal militar, deben aplicarse, porque así lo ha querido el pensamiento del *legislador* cuando diseñara las mismas", y

3. Dentro de este orden de ideas resultan aplicables conforme al principio de favorabilidad —artículo 6º del Código Penal— estas disposiciones: artículos 72, 356, 377 del Código Penal vigente; 60 del Código Penal de 1936; Ley 32 de 1971 y Decreto reglamentario número 2119 de 1977.

El peticionario ha cumplido en privación de libertad efectiva, veintisiete meses, dieciocho días.

Concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Armadas

"... Si es verdad que por tránsito de legislación, el artículo 375 del nuevo Código Penal creó una situación favorable para los condenados a las penas de presidio, por conversión de penalidad, la vigencia de la citada disposición para efectos de su aplicación está condicionada a la desaparición de la normación especial, que regulando íntegramente la materia se dictó bajo un régimen de derecho excepcional transitorio, en desarrollo de un mandato constitucional y por la cual fue condenado el solicitante.

"Lo anterior nos lleva a deducir que la eficacia de esa ley excepcional está sujeta a su vi-

gencia, esto es al tiempo que dure la anormalidad, la cual no puede ser derogada sino por otro acto expreso del Gobierno". A este efecto cita una decisión de la Corte que, aunque se omita decirlo, corresponde a esta Sala y que en su sección más pertinente, dice: "... Pero, ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, 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 órgano 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, 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 Corte 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 puede válidamente oponerse a que el Gobierno cumpla con sus funciones constitucionales. Pero aún en el evento que de ello fuera posible jurídicamente, prescindiendo de las consideraciones convenientes 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 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 ..." (Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*, julio 21 de 1975).

De ahí la opinión adversa de la Delegada a la comentada solicitud de libertad.

Consideraciones de la Corte

El Decreto 1923 de 1978, indudablemente, suspendió el artículo 406 del Código Penal de 1936. Reprodujo íntegralmente el tipo de la conducta delictuosa conocida como "extorsión", variando sólo la calidad de la pena (prisión por presidio) y su cantidad (ocho meses a cinco años por cuatro a diez años). Entendió el Gobierno que la pena, en este caso y en otros, debía exasperarse para desestimular esta clase de actividades o llevar una adecuada represión a sus autores o partícipes. Aportaba así un factor propicio a la recuperación del quebrantado orden público. Nadie puede pensar, ante esta situación, que tal comportamiento criminoso podía regularse simultáneamente por las dos mencionadas disposiciones, o que para algunos casos regía una y para los demás otra.

Se trata, ahora, de definir si el Código Penal actual (Decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980) posterior en su vigencia al Decreto 1923 de 1978, alcanza a este último en su efecto derogatorio, en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos, lo cual equivale, en el caso específico de la "extorsión", a reconocer la inmediata aplicación del artículo 365, que fijó una sanción mínima más benévola. Constitución Nacional, art. 26; Ley 153 de 1967, 2, 3, 44, 45; Código Civil de 1971; Código Penal de 1980, 6.

Ya se ha visto que hay una corriente de opinión, y la Sala participó en una época de ese criterio, que estima inmodificable la legislación

de estado de sitio por acción del legislador ordinario.

La Sala, en esta nueva ocasión, tiene válidos motivos para modificar ese concepto, máxime cuando la decisión a que se hace referencia (julio 21 de 1975) ofrece serios reparos, como adelante se anotarán —Ley 169 de 1969, 4—.

A este respecto se anota:

1. *De entrada debe destacarse una variante de importancia en cuanto a los tradicionales términos de discusión de este asunto. Los partidarios de la intangibilidad de los poderes del Presidente de la República, durante el estado de sitio, buscan preservarlos de una nociva intromisión del Congreso, que bien puede tener una muy diferente concepción del orden público y de las medidas conducentes a su preservación. Pero no insinúan restricciones, en esta órbita, para el mismo Presidente. A este le es dable derogar, modificar, adicionar, sustituir, etc., sus propias determinaciones durante el estado de excepción que regula el artículo 121 de la Constitución Nacional. Pues bien, el mismo que expidió el Decreto 1923 de 1978 fue quien profirió los Decretos 100, 141 y 172 de 1980, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 5ª de 1979. De lado queda, entonces, la posibilidad de una diferente interpretación y tratamiento del orden público. Quienes suelen imaginar al Congreso, así sea éste considerado como "admirable", en plan de fomentar el caos o propiciar el desquiciamiento de las instituciones durante el estado de sitio, no pueden convencer a nadie con sus presentimientos porque deben reconocer la labor purificadora que el Presidente de la República, al desarrollar concientemente las facultades extraordinarias, cumple de los eventuales desvíos o abusos del legislador ordinario.*

La deducción lógica es la de entender que los dos cuerpos de legislación analizados, redactados ambos por el Gobierno, responden, cada uno en su época, a un medio eficaz de conservación del orden público, imponiéndose en valor el último de ellos.

Conviene recordar que numerosas facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República, durante el estado de sitio, han buscado y propiciado su levantamiento al facilitar así la sustitución de la normatividad transitoria por una de carácter permanente.

2. *Esto no es óbice para que se afirme, rotundamente, que el legislador ordinario tiene atribución similar. Dos hechos históricos y uno contemporáneo avalan esta apreciación.*

a) La Carta, en su proceso de reforma, ha sido clara en establecer las facultades del Congreso, en cuanto a la legislación de estado de sitio. Otra cosa es que a esas enmiendas se les quiera aplicar siempre el mismo y anticuado criterio, sin pulsar el espíritu y destino de su transformación.

Cuando la Constitución, en un tiempo, no permitió la reunión del Senado y la Cámara de Representantes, durante el estado de sitio por motivo de conmoción interior, evidenció un nítido propósito de no querer esta combinada actividad legislativa. Cuando determinó (A. L. número 1 de 1960), que el ejercicio de las facultades del 121 fuera precedido de la convocatoria del Congreso y se facultaba a éste, únicamente, para acusar por inconstitucionales los decretos expedidos, si se lograba una proposición en este sentido, aprobada en cada Cámara por mayoría absoluta de votos, manifestó su voluntad de restringir a esta órbita sus poderes. Pero cuando las críticas a este sistema, que "minimizaba", volvía "impotente" y hasta propiciaba la "destrucción" del Congreso, formaron una opinión diferente y se buscó un factor más de control de las potestades del Gobierno durante el estado de sitio (A. L. número 1 de 1968, artículo 12), obligadamente se tiene que inferir que el legislador ordinario puede y debe ocuparse de las normas del estado de sitio, quedando a salvo la renovada oportunidad de ser suspendidas por el Gobierno, pero dándose también la ocasión de un nuevo estudio de su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, que definirá si la razón está de parte del Congreso o del Gobierno, alternativa igualmente posible y saludable.

No otro es el sentido del actual aparte del artículo 121, originado en la reforma de 1968, cuando dice: "La existencia del estado de sitio 'en ningún caso' impide el funcionamiento 'normal' del Congreso". *Y normalidad, en este caso, equivale a plenitud de facultades, atributos y poderes;*

b) El Congreso, con el beneplácito del Ejecutivo, por varias ocasiones prorrogó la validez de esta legislación de emergencia. Llegó incluso a convertirse en situación jurídica estable y permanente (Leyes 2ª y 93/58, 79/60 y 141/61). La Corte nunca declaró la inconstitucionalidad de este procedimiento. Se afirmó, así, la tesis de serle función legítima la de ocuparse de estas materias. De donde si tenía esa competencia pa-

ra mantener su eficacia después de cesar el estado de sitio, decisión tomada durante éste, sin que surgiera un fenómeno de solución de continuidad legislativa, no puede carecer de ella para derogar o abrogar esos decretos. A no ser que, caprichosamente, se quiera imponer un insostenible maniqueísmo jurídico: que el Congreso obra secundum jus *cuando coincide integralmente con el Gobierno, y procede contra jus, cuando se aparta, así sea en lo mínimo, de sus decretos legislativos. Tal conclusión supedita peligrosamente la constitucionalidad de las leyes a un acomodamiento extravagante de lo resuelto por el Ejecutivo, borrando la separación, autonomía y distinta naturaleza de estas dos ramas del Poder Público, en detrimento, claro está, del Congreso.*

Otro caso de índole semejante a las leyes mencionadas lo constituyó la número 21 de 1973, la que motivó el fallo de 21 de julio de 1975, y por medio de la cual se mudó a legislación ordinaria, antes de levantarse el estado de sitio, el Decreto ley número 1988 de 1971, sin dar ello margen a que reviviera la legislación ordinaria precedente.

Contribuye a la solidez de esta interpretación la responsabilidad señalada en el inciso 8º del artículo 121. Rechazar aquélla sería anular ésta, porque su ejercicio afectaría no a un decreto de estado de sitio sino a todos, pues al contralar tan dramáticamente al autor de ellos, se impediría su futura expedición. Bastaríale, entonces, al Presidente y a los Ministros incursos en las conductas allí señaladas, prolongar indefinidamente el estado de sitio. Si la Constitución prevé tan extremo remedio para conjurar los desvíos del 121, no debe escapársele uno de menor intensidad pero igualmente efectivo, esto es, el poder legislar el Congreso sobre materias coincidentes o afines a la de los decretos de estado de sitio, cuando éste sea contemporáneo de las reuniones ordinarias;

c) Si no asume una posición doctrinal como la que se expone, resulta inaplicable una ley como la de amnistía, porque ésta, como legislación ordinaria, contradice, desestabiliza y hace inoperante la normatividad del estado de sitio. Si la rebaja de una pena señalada en el estatuto de seguridad se mira como intocable y ajena al Congreso y al principio de favorabilidad, ¿qué puede pensarse de una ley que tiene el alcance de borrar delitos y penas contemplados en el Decreto 1923 de 1978? Y el problema se comunica, aunque en menor grado de dificultades, a la Ley 23 de 1980 (emergencia judicial).

3. La potestad legislativa del Congreso es ilimitada, salvo en materias expresamente reservadas por el Constituyente a las otras ramas del Poder Público (artículo 78-2). Ellas se refieren a los Reglamentos Constitucionales que expide el Presidente (artículos 120-7, 12, 14, 19 y otros) y a las providencias judiciales.

4. Las limitaciones a esa potestad deben ser expresas. No puede concebirse una restricción implícita; y, entre aquéllas, no está la de expedir leyes sobre asuntos incluídos en los decretos legislativos.

5. La Constitución no ha discriminado en norma alguna la potestad legislativa del Congreso en el estado de sitio, pues, por contrario modo, el inciso 4º del artículo 121, que conviene repetirlo, expresamente la autoriza cuando ordena: "la existencia del estado de sitio en ningún caso *impide el funcionamiento normal del Congreso". Y el Congreso* funciona normalmente *si puede expedir leyes ("Códigos en todos los ramos de la legislación", Constitución Nacional 76-2) y actos legislativos, sin cortapisas del Ejecutivo.*

6. Las previsiones que respecto de la función del Congreso señalan los artículos 76-12, y 122, inciso 3º, parte final, no llevan a concluir que en el 121 también se requiere de autorización específica para legislar sobre materias de orden público. Esa doble permisión no era necesaria, aunque la primera se explica porque constituyendo una delegación de facultades podría pensarse, que esa atribución no podía recuperarse en cualquier momento; y, la segunda exhibe su conveniencia para evitar confusiones sobre la privativa potestad presidencial respecto de los apartes 14 y 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

7. El artículo 120-7 atribuye al Gobierno la conservación en todo el territorio nacional del orden público y su restablecimiento donde fuere turbado. Esa función la ejerce ordinaria y normalmente por intermedio de la Policía y de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículos 1 y 2) y, excepcionalmente, valiéndose de decretos legislativos.

8. Constituye una exageración doctrinal atribuir al Gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden público. Asunto tan fundamental para las instituciones también cuenta, aun en estado de sitio, para el Congreso Nacional no sólo cuando ejerce "control político sobre los actos del Gobierno" —artículo 76, inciso 1º—, sino cuando expide leyes relacionadas con tal materia, y, para

la Rama Jurisdiccional cuando investiga y falla sobre hechos delictivos que atentan contra dicho orden público (rebelión, sedición, asonada).

9. *Los leyes expedidas por el Congreso pueden derogar expresa o tácitamente otras leyes o decretos precedentes, con las únicas excepciones ya mencionadas en la sección 3 de este pronunciamiento. La derogación expresa ocurre cuando la propia ley así lo dice, y, la tácita se presenta cuando se reproduce integralmente una norma anterior o se regula de modo diferente la materia tratada, impidiéndose, por incompatibles, su vigencia simultánea. —Ley 153/87, 3; Código Civil, 71—.*

10. *Toda ley que regule más favorablemente una materia, priva sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultractiva, según el caso. La regla establecida en el artículo 26 de la Constitución Nacional, no tiene excepciones, pues es una de las varias garantías consagrados en el Título III de la Carta Fundamental que no puede ser desconocida, ni quebrantada, ni limitada, así se trate del más rígido estado de sitio. La Corte, en doctrina que ha repetido como inmodificable, enseña: "... hay normas de la Constitución que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así por ejemplo: el artículo 23, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohíbe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26, que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza, el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohíbe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia ..." (sentencia de abril 19 de 1963).*

Y tan humanitario como científico principio de legislación lo ratifican la Ley 74 de 1968, artículos 4º y 15, aprobatoria de los "pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, *así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas,* en votación unánime, *en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966", y la Ley 16 de 1972, "por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre* Derechos Humanos", *Pacto de San José de Costa Rica, "firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969", la que ordena en su artículo 9º: "... Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".*

Para darse una restricción de esta garantía, tendría que indicarse su expresa limitación por el propio Constituyente, porque el legislador ordinario no tiene poder suficiente para contrariar un mandato constitucional, y menos el Gobierno durante el estado de sitio.

11. *Mediante los decretos legislativos el Gobierno puede, rápidamente, conjurar graves alteraciones del orden público. Esa es la autorización que consagra el artículo 121 y la razón de su existencia. Pero ello no implica que el Congreso, por vías normales y obviamente más lentas como la formación de las leyes, ejerza su inalienable potestad de legislar aun sobre los asuntos que han sido materia directa o indirecta de los decretos de estado de sitio.*

12. *No es verdad que esa convergencia de potestades en estado de sitio sea una contradicción jurídica ni comporte desorden institucional. Tal afirmación parte de un supuesto equivocado y jurídicamente insostenible: las ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder Público actúan en oposición, una en contra de la otra. Se olvida el texto y espíritu del artículo 55, conforme el cual todas las ramas del Poder Público "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado", y que, la función propia del Congreso, es la de legislar. Ocurre, simplemente, que en época de estado de sitio el Gobierno puede y debe, mediante decretos, procurar el restablecimiento del orden público, turbado, con medidas que por naturaleza son* inmediatas, provisionales y transitorias. *Pero el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias, como acto de armoniosa colaboración con el Ejecutivo y de control político del orden público, por medio de leyes que constituyan soluciones* ordinarias, mediatas y permanentes *a los mismos problemas.*

13. *Esa armoniosa colaboración funciona así:*

a) El Gobierno dicta un decreto de estado de sito declarado exequible por la Corte;

b) El Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo, lo deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente;

c) El Gobierno suspende total o parcialmente, de modo expreso, *la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo, y*

d) La Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución.

Así como puede darle la razón al Congreso, lo que equivaldría a sostener que su mandato contribuye en forma más eficaz a la preservación o restauración del orden, puede acontecer que afirme lo contrario. Esto indica que tanto Gobierno como Congreso, pueden acertar o desacertar, contribuir al orden público o menoscabarlo. Pero este es un juicio concreto, no abstracto ni a priori, máxime cuando esto último se ha pretendido orientar hacia una insostenible dicotomía: el Gobierno es factor de orden; el Congreso es factor de desorden.

Si se quiere llegar a una idea generalizante plena de significación jurídica, debe decirse que tanto el uno como el otro, por su origen y proyección políticos, procuran el bienestar común, el aseguramiento de la paz, el imperio de la justicia, el mantenimiento del orden. Cabe repetir con el texto del artículo 105, por lo que dice relación al Congreso, que "los individuos de una y otra Cámara representan a la nación entera, y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común".

Con la equilibrada tesis que se desarrolla, los fueros de una y otra rama del Poder Público se respetan y obedecen. Y, además, el Gobierno no puede eludir el control constitucional de los decretos de estado de sitio, dándose una precisa y oportuna confrontación entre el acto suyo y el del Congreso, en relación con la Constitución y a la realidad del país.

Esta apreciación resulta más imperiosa cuando se advierte que, en Colombia, una vez declarada la exequibilidad de un decreto legislativo, la Corte no vuelve a ocuparse de él, así las causas que lo motivaron hayan desaparecido y sea aquél, entonces, evidentemente innecesario.

14. *Cuando el artículo 121 de la Carta encuadra las atribuciones del Gobierno dentro de lo normado en un estatuto orgánico expedido por el Congreso y de carácter permanente —recuérdese que su inciso primero limita al Gobierno al ejercicio "de las facultades legales", a los preceptos de la Constitución y a las reglas del derecho de gentes—, ley marco que no podría suspenderse por decreto legislativo, puesto que es el propio fundamento de la legislación transitoria, se está reconociendo la preeminencia de este control político sobre el Ejecutivo y, con mayor razón, su potestad legisladora aun en materias relacionadas con el orden público.*

15. *El Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) es decreto de estado de sitio que suspendió algunas instituciones del Código Penal de 1936. Es así como afectó los tipos legales del secuestro (artículo 1º) rebelión (artículo 2º), incendio, armas de fuego, uso de objetos peligrosos, daños, etc. Como quiera que el Código Penal de 1980 reguló íntegramente estas materias con nuevos tipos y lo hizo, en ciertas hipótesis, de manera más benigna, esto dará lugar a que en cada caso, por fuera del de "extorsión" que ahora se resuelve, se decida el alcance del principio de favorabilidad consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional.*

No entenderlo así sería, por fuera de las argumentaciones anotadas, admitir que la suspensión *de una ley ordinaria* impide *que el Congreso la abrogue o derogue, con lo cual se logra no sólo la intangibilidad de los decretos de estado de sitio, sino, por un curioso proceso de hibernación jurídica, que el propio Congreso revise la legislación que él mismo ha expedido. Y se marcarían de paso, dos mayúsculos contrasentidos:*

a) los decretos de estado de sitio, que apenas pueden suspender *los efectos de la legislación ordinaria, lo cual destaca su accesoriedad y carácter vicariente, sobrevivirían autónomamente después de derogarse o sustituirse lo principal, y*

b) que los juicios del Gobierno sobre la incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción, no se ubicarían en el presente sino sobre la legislación por aparecer, debiéndose intuir esta noción, así la silencie el Ejecutivo. Se está en el aberrante entendimiento de reconocer que el Gobierno, al expedir sus decretos de estado de sitio, conoce y prevé las decisiones futuras del legislador ordinario.

16 *Es verdad que el artículo 121 permite, al Gobierno, suspender la vigencia de leyes incompatibles con el restablecimiento del orden público. Pero no es menos obvio que tales decretos* únicamente *suspenden las normas legales* vigentes *a la fecha de expedición de tales decretos. O sea, que dicha suspensión debe ser* expresa *y* referida a la legislación preexistente. *Resulta inadmisible el fenómeno de leyes que, durante el*

estado de sitio, nacen suspendidas, *como lo sostuvo la Sala de Casación Penal en su fallo de 21 de julio de 1975, porque no se puede suspender lo que no existe y porque la contradicción entre una ley y el estado de sitio debe declararse expresamente por el Gobierno mediante el decreto legislativo pertinente.*

A este final respecto valga citar un antecedente jurisprudencial y otro doctrinario:

a) "... *la potestad que en virtud de la legalidad marcial ostenta el Presidente de la República lo habilita sólo para suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio* que estén en vigencia, pero no para suspender disposiciones futuras o leyes por venir ..." *(Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, revisión constitucional del Decreto 2366 de 1979, Magistrado ponente: doctor Gonzalo Vargas Rubiano).*

Del salvamento de varios ilustres Magistrados, vinculado a esta providencia, se transcribe: "... *Nos inclinamos a pensar, al igual que la mayoría de la Corte, que la aclaración no era estrictamente necesaria ya que una norma de estado de sitio* no puede tener la virtualidad de impedir que en el futuro se legisle válidamente sobre determinada materia ... no se puede suspender lo que no existe porque, entre otras razones, es imposible determinar de antemano y *a priori* la incompatibilidad de una norma aún inexistente con el estado de sitio ...".

b) El Magistrado Luis Carlos Sáchica, enseña sobre los efectos de los decretos legislativos frente a la ley: "... *Los decretos de que se viene hablando, aunque son de carácter legislativo, no tienen fuerza para derogar la ley. Pueden suspender aquellas leyes cuya aplicación entrabe la ejecución de las operaciones del Gobierno encaminados a restablecer el orden. Esa suspensión* debe ser expresa, no tácita. *El Gobierno no puede sustituir la legislación ordinaria, no tiene facultades de legislador, y las atribuciones excepcionales de que goza debe ejercitarlas tan sólo cuando el restablecimiento del orden lo requiera. Crear una legislación transitoria*, paralela a la ordinaria, *olvidando la finalidad del estado de sitio*, es una extralimitación de funciones. *La fórmula usual de que sus disposiciones 'suspenden las que les sean contrarias', no parece una aplicación técnica de esta facultad ...". "Constitucionalismo Colombiano", 5ª edición, Temis, 1977, páginas 295/96.*

Conviene agregar que la solución aportada por el fallo de la Sala de Casación Penal que se comenta, al problema de la sucesión de leyes, concretamente los artículos 402 y 404 del Código Penal de 1936, el Decreto legislativo (no extraordinario) número 1988 y la Ley 21 de 1973, deviene en una consecuencia diversa a la que se propuso. En efecto, se buscó evitar la solución de continuidad que podía surgir entre el Decreto legislativo número 1988 y la Ley 21, al levantarse el estado de sitio, recuperando su vigencia, así fuera en un instante, los artículos 402 y 404, que establecían una pena más benigna. Lo lógico, conforme al fin perseguido, era sostener la vigencia de la Ley 21 de 1973, durante el estado de sitio, derogatoria del Decreto 1988, resultando indiferente que cesara o no el estado de excepción. Pero como se afirmó lo contrario, la ley que se dice nació suspendida *no pudo evitar ese momento de recuperación de vigencia de la legislación anterior. Por eso la solución acordada por las Leyes 2ª y 92 de 1938, 141 de 1961 y 48 de 1968, resulta más aceptable y eficaz, así se haya olvidado el sano precepto del artículo 14 de la Ley 153/87.*

17. *Está por fuera de este análisis aludir a la declaratoria de exequibilidad del Decreto 1923, pronunciada por la Corte Plena el 30 de octubre de 1978. Se cuestiona ahora no la legitimidad de su eficacia, en el pasado, sino de la continuidad de su vigencia, en el futuro, por motivos distintos a los de su constitucionalidad. Esto es precisamente lo que permite a la Sala de Casación Penal estimar la modificación de aspectos como los de extorsión, secuestro, rebelión, asociación para delinquir, armas de fuego, incendio, utilización de sustancias u objetos peligrosos, daños, instigación para delinquir, cuya regulación vuelve a los cauces del Código Penal vigente.*

Por ser "constitucional" ese dispositivo legal es por lo que ha tenido vigencia. Pero esta es cuestión distinta a ser derogado por el propio Gobierno o por el Congreso o por el levantamiento del estado de sitio. Tampoco viene al caso aludir a un conflicto de leyes (Código Penal y Decreto 1923 de 1978), porque invocar este aspecto sin comprobar primero su simultánea vigencia, sería dar por demostrado lo que se trata de demostrar, o sea, que no se ha producido su derogatoria porque el Congreso, al expedir un Código Penal, no tenía poder legislativo para afectar las materias de los decretos de estado de sitio. Plantear la discusión en estos términos sin darse primero esa evidencia, sería tomar la controversia hacia su final, escamotear un punto fundamental de disentimiento y fijar arbitrarias condiciones de debate. Se trata, realmente, de un nítido fenómeno de sucesión de leyes.

18. *Menos viene al caso la alusión a* leyes excepcionales, especiales o temporales, *para eliminarlas de la influencia del principio constitucional de favorabilidad (artículo 26), porque para asumir tan restrictiva y odiosa interpretación, sería necesario enmendar la Carta. Y en Colombia, a diferencia de otros ordenamientos foráneos, no existe al respecto un mandato de esta índole, ni siquiera en el campo meramente legal. El intento, pues, de injertar criterios extranjeros a esta particular situación, surge como esfuerzo estéril e inadecuado por razón de la diferente estructura jurídica de nuestros estatutos. Conviene observar, en el campo de la simple especulación, que esa doctrina parte del supuesto de considerar no sólo la transitoriedad, especialidad o excepcionalidad de las materias sino aspecto más importante, vale decir, que la ley ostente alcances* derogatorios. *La normatividad colombiana apenas tolera un efecto* suspensivo, *tan efímero que esa legislación de emergencia desaparece con el levantamiento del estado de sitio y reconduce lo actuado a la legislación ordinaria anterior o a la sobreviniente (ultractividad o retroactividad).*

De otro lado, el llamado Estatuto de Seguridad no es propiamente una ley especial porque no se ocupa exclusivamente de una específica materia, pues abundan los más diversos tipos penales y contravencionales, así como conductas predelictuales, normas de procedimiento y hasta asuntos administrativos. De manera que a él no se puede referir el artículo 376 del nuevo Código Penal cuando señala que "las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". Pero aún aceptando que lo fuera, el concepto de oposición que allí se expresa no ha de tomarse solamente en el sentido de contrariedad formal, entendida como soluciones legislativas excluyentes respecto de una misma y concreta situación, sino como incompatibilidad jurídica de dos disposiciones que no es dable aplicar simultáneamente a igual conducta porque la una desplazó a la otra. Por eso el tipo de extorsión descrito en el artículo 355 del Código Penal vigente no admite la contemporánea aplicación con el que aparece consignado en el artículo 6º del Decreto 1923 de 1978. Además, no puede ser considerada como especial una norma que se limita a tipificar el mismo comportamiento descrito en otra anterior.

19. *El nuevo Código Penal en su artículo 355 reguló íntegramente la materia relacionada con el delito de extorsión, con un tipo penal diverso del que concretó el Estatuto de Seguridad en su artículo 6º, disposición esta última que acogió el tipo abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación. No es dable, entonces, afirmar que ambos estén vigentes, pues son ostensiblemente incompatibles. El Código Penal vigente derogó, absorbió y desplazó al Decreto 1923 de 1978, en su artículo 6º*

20. *La favorabilidad del nuevo Código Penal es evidente porque la pena allí prevista es cualitativamente más benigna (prisión en vez de presidio, según las voces del artículo 377) y porque la cantidad de punición es sensiblemente inferior en su mínimo (de cuatro años quedó en dos). De donde se impone su retroactividad, conforme al tantas veces mencionado principio de favorabilidad (artículo 26 de la Constitución Nacional).*

21. Al sentenciado Edilberto Eduardo Medellín Cadena, se le impuso el mínimo de la pena fijada por el Decreto 1923 de 1978. No se advirtieron circunstancias de mayor peligrosidad que hicieran imperiosa su intensificación. Esta decisión no ha sido modificada ni es objeto ya de modificación. Debe acatarse.

Ahora bien, como el nuevo Código Penal establece una sanción básica de dos años y el solicitante lleva en privación efectiva de libertad un tiempo de veintisiete (27) meses, dieciocho (18) días de prisión, quiere ello decir que ha cumplido la pena.

Pedro Naín Arias Bohórquez, el otro condenado, dirigió a la Corporación un escrito fechado el 20 de marzo, cuando ya se discutía esta providencia, invocando las mismas razones de Medellín Cadena. Señala como pena efectiva satisfecha un *quantum* superior a veinticuatro meses, alegación que corrobora el expediente. Uno y otro procesado, se repite, recibieron condena de cuatro años de presidio, o sea, el mínimo fijado por el artículo 6º del Decreto 1923 de 1978.

De ahí que deba tomarse igual determinación para ambos sentenciados.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

CONCEDER la libertad a Edilberto Eduardo Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, por pena cumplida.

Las boletas de libertad se expedirán con la anotación de hacerse efectiva en cuanto no exista en su contra otro motivo distinto de detención.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras y Luis Enrique Romero Soto.

Respetuosamente nos apartamos del criterio que llevó a la liberación de los procesados Edilberto Medellín Cadena y Pedro Nain Arias Bohórquez, condenados por la Justicia Penal Militar como autores de un delito de extorsión conforme al Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), porque estimamos que no les era aplicable el nuevo Código Penal, como lo afirma la mayoría de la Sala en el supuesto, a nuestro juicio equivocado, de que las normas de aquél fueron derogadas por las disposiciones de éste y de que el principio de favorabilidad rige esta específica situación.

Las razones que nos asisten son las siguientes:

1. *La conjetura como argumento de una derogación imposible.*

No hay duda que el Gobierno expidió el Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) como legislador extraordinario en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y que posteriormente en ejercicio de facultades concedidas por la Ley 5ª de 1979 profirió los Decretos extraordinarios números 100, 141 y 172 de 1980 (Código Penal); sin embargo, esto no significa que su pretensión fue la de derogar su propia legislación de excepción o que lo hizo inadvertidamente, lo primero porque de haber considerado superada la necesidad de la vigencia total o parcial de aquel estatuto, el Presidente de la República habría levantado total o parcialmente el estado de sitio, o derogado total o parcialmente, mediante otro decreto legislativo, las disposiciones del Estatuto de Seguridad, como ha venido haciéndose tradicionalmente y lo autoriza la Constitución Política; lo segundo porque las leyes no se derogan culposa o inadvertidamente, sino expresa o tácitamente y ni lo uno ni lo otro se buscó, respecto de ninguna de las normas de estado de sitio, al promulgarse el Código Penal, de donde resulta francamente inexplicable que la Sala funde su decisión sobre el supuesto de que el Gobierno, sin proponérselo, derogó inadvertida, descuidada o equivocadamente la norma correspondiente del Decreto legislativo número 1923, cuando, como conforme a la hermenéutica, ha debido "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma (en la ley) o en la historia fidedigna de su establecimiento", para darle sus verdaderos sentido y alcances; tampoco hubo derogatoria tácita porque si bien el Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) *suspendió* algunos tipos delictivos del Código Penal de 1936 que le eran contrarios y el Código Penal de 1980 vino luego a regular esas materias y en ciertas hipótesis de manera más benigna, no por ello puede afirmarse la existencia de dos situaciones calificadas por la Sala de absurdas: que no puede *sobrevivir* el decreto legislativo, porque se le quitó su fundamento, y que los juicios del Gobierno sobre incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción no se refieren al *futuro*, porque es obvio que no se pueden conocer de antemano las decisiones que habrá de tomar el legislador ordinario, la primera afirmación no es cierta; el fundamento de los decretos legislativos no son las normas que éstos suspenden, sino las situaciones de hecho que generaron u obligan posteriormente a mantener la declaración de turbación del orden público y la segunda es discutible; tampoco, finalmente, podía producirse derogatoria expresa a causa de que la ley ordinaria no puede derogar la legislación de excepción (artículo 121 de la Constitución Nacional), ya que el Congreso no tiene facultad constitucional expresa de inmiscuirse en esta esfera de la competencia reservada al Ejecutivo, que éste puede ejercer derogando algunas de sus disposiciones mediante decretos también legislativos o toda la legislación de emergencia en la forma que señala la Constitución Política, esto es, levantando el estado de sitio total o parcialmente, única forma constitucional indicada para que dejen "de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado" (artículo 121 de la Constitución Nacional).

2. *Las facultades del Congreso durante el estado de sitio.*

No se discute, porque así lo dispone el artículo 121 de la Constitución Nacional, que el estado de sitio en ningún caso impide el funcionamien-

to normal del Congreso, pero si bien éste goza dentro de él de "plenitud de facultades, atributos y poderes", como lo anota la mayoría de la Sala, su *funcionamiento normal* presupone, por disposición constitucional, el empleo de esa plenitud de facultades, atributos y poderes con sujeción a la obligación perentoria de colaborar armónicamente con el Gobierno en la realización de los fines del Estado (artículo 55 de la Constitución Nacional) y, con mayor razón, con la de conservar, como fin primordial, su propia existencia cuando se halla en peligro; colaborar *armónicamente* es cooperar, coadyuvar, contribuir, auxiliar, secundar y no impedir, interferir, entorpecer u obstaculizar las obligaciones y las facultades, atribuciones y poderes constitucionales del Presidente de la República.

Precisamente los antecedentes que trae la mayoría sobre situaciones en que el Congreso prorrogó la legislación de emergencia, convirtiéndola en regular y permanente (Leyes 2ª y 92 de 1958, 79 de 1960, 141 de 1961 y 21 de 1973), son ejemplos clásicos de la colaboración que la Rama Legislativa debe prestar a la Ejecutiva.

Ahora bien, esta colaboración no sólo se presenta cuando el Congreso prorroga la legislación de emergencia sino también en casos como el de la Ley de Amnistía, que antes que contradecir al llamado Estatuto de Seguridad, lo tiene como su fundamento y se confunde con él en sus objetivos sustanciales de restablecimiento de la paz en el territorio nacional.

No hay, tampoco, exageración alguna en atribuir al Gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden turbado porque así lo dispone la Constitución al señalar la esfera de competencia privativa de la Rama Ejecutiva (artículo 120-7 de la Constitución Nacional). El interés que las otras ramas puedan tener en el asunto es evidente y, por tal razón, pueden coadyuvar a la conservación y restablecimiento de la paz pública mediante una colaboración armoniosa (artículo 55 de la Constitución Nacional), pero sólo dentro de la esfera de sus propias competencias y hasta donde el ejercicio de ellas no interfiera las medidas extraordinarias que hubiere tomado el Gobierno.

La responsabilidad política que el último aparte del artículo 121 de la Constitución impone al Presidente de la República lo mismo que a los demás funcionarios por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere esa disposición, y que la misma Carta no exige al Congreso ni a ninguna otra autoridad, indica que el Ejecutivo tiene, en tales circunstancias, poderes especiales de que no están investidas las otras ramas del Poder Público.

Resulta entonces contradictorio con esa idea suponer que el Congreso tiene el libre ejercicio de sus funciones aun en contra de lo que disponga el Ejecutivo y que pueda derogar o modificar las disposiciones de éste dirigidas al restablecimiento del orden público, pues si así fuere se presentaría un evidente desequilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los distintos sectores del poder, lo cual no fue ciertamente la idea que el constituyente tuvo al disponer que el Congreso se reuniera por derecho propio durante el estado de sitio y que éste en ningún caso impediría el funcionamiento normal del Legislativo.

Esa situación hay que interpretarla dentro de su contexto histórico y habida cuenta de los fines que se propuso la reforma, tan debatida, de la norma en cita, el principal de los cuales fue establecer un control político inmediato sobre las actuaciones del Gobierno que solía abusar, como es bien sabido, del estado de sitio para obtener fines distintos al de restablecimiento del orden público.

Obsérvese, por otra parte, que mientras el Gobierno está obligado a enviar los decretos de estado de sitio a la Corte para que ésta ejerza el control de constitucionalidad, estaría libre de esa traba el Legislativo, lo que también está indicando que aquél tiene poderes superiores en esa situación ya que el constituyente estuvo atento, y lo demostró de varias maneras, a que los ejerciera en la forma adecuada.

Es pues, cierto, como lo afirma la decisión mayoritaria de la Sala que "el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias (las de estado de sitio), como acto de armoniosa colaboración con el Ejecutivo" si, por supuesto, existe realmente esa colaboración armoniosa y no, como ya se ha dejado reiteradamente dicho, entorpecimiento u obstaculizamiento de las obligaciones y de las facultades constitucionales del Presidente de la República en tiempo de guerra o de conmoción interior.

El ejemplo que trae la mayoría de la Sala de "armoniosa colaboración" consistente en que:

"a) El Gobierno dicta un decreto de estado de sitio declarado exequible por la Corte;

"b) El Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo lo deroga en todo o

en parte, expresa o tácitamente;

"c) El Gobierno suspende total o parcialmente, *de modo expreso*, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo, y

"d) La Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución", es la descripción de la forma como se produciría el enfrentamiento de las ramas del Poder Público de llevarse a la realidad aquella tesis. Sería el ejemplo más cabal del enfrentamiento de poderes y de competencias que pudiera darse, pues contra lo que supone la mayoría, ellas no reflejarían la colaboración armoniosa que demanda la Constitución sino la intervención desatinada del Congreso como factor de desorden institucional, que el Gobierno y la Corte Suprema de Justicia tendrían que remediar.

3. *Las prohibiciones al Congreso durante el estado de sitio.*

La potestad legislativa del Congreso, como la de las demás ramas del Poder Público dentro de sus respectivas esferas, no es *ilimitada* (artículo 2º de la Constitución Nacional) pues, además de otras restricciones, le está expresamente prohibido "inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes" (artículo 78-2 de la Constitución Nacional).

Esta limitación a la potestad legislativa del Congreso resulta en consecuencia *expresa*, porque basta remitirse a las normas constitucionales que en forma privativa atribuyen competencia a las otras ramas del Poder Público para identificar, por este modo, los asuntos en que no puede inmiscuirse el Congreso por medio de resoluciones o leyes de su cuño; en consecuencia, sí es privativo del Presidente de la República "conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (artículo 120-7 de la Constitución Nacional), aunque para ello se vea compelido a declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella y, por tanto, a convertirse en legislador extraordinario (artículo 121 de la Constitución Nacional), es lógico que las atribuciones excepcionales que en este evento asume hacen parte de su competencia privativa y de su exclusiva responsabilidad como lo determina la Carta al establecer que: "Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo" (ibídem).

Es por eso que la Constitución, ya lo hemos dicho, limita la potestad legislativa cuando señala la esfera de competencia del Congreso (artículo 76 de la Constitución Nacional) y cuando al mismo tiempo determina la de las otras ramas del Poder Público (artículos 120, 121, 122 y 151 de la Constitución Nacional), de modo que, como también lo admite la mayoría, para que el Congreso pueda invadir una competencia privativa de otra rama del Poder Público se requiere de norma *expresa*, lo que sucede únicamente en el evento de la llamada emergencia económica, para la cual la Constitución dispone que "el Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo" (artículo 122 de la Constitución Nacional) y no ocurre, desde luego, en lo que respecta al orden público, en relación con el cual no existe disposición alguna que dé idéntica o semejante facultad al Congreso.

Es verdad, por tanto, que las leyes expedidas por el Congreso pueden *normalmente* derogar de manera expresa o tácita otras leyes o decretos precedentes, pero también lo es que no puede hacerlo "en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes" (artículo 78-2 de la Constitución Nacional) como los decretos legislativos, que competen privativamente al Gobierno en estado de sitio (artículo 121 de la Constitución Nacional).

4. *Principios de favorabilidad y de prevalencia de normas.*

Si bien el principio de favorabilidad es norma constitucional (artículo 26 de la Constitución Nacional), también lo es el principio de excepción que comporta el estado de sitio (artículo 121 de la Constitución Nacional), cuya prelación nadie puede discutir. Ambos son principios de fuero constitucional. El principio de favorabilidad no es absoluto, tiene el límite que le impone el orden natural de las cosas, esto es, que impera entre normas de igual categoría y procedencia. Más claramente, obra entre normas de excepción y también entre normas ordinarias, pero jamás entre unas y otras, indistintamente. Tal mixtura repugna al ordenamiento positivo porque el principio de favorabilidad se convertiría en instrumento derogatorio de toda clase de normas, en particular de las del estado de sitio y, en conse-

cuencia, en factor desnaturalizador del régimen de excepción, situación que no quiso el constituyente ni puede propiciar el juzgador. En cambio, el principio de excepción es prevalente porque impone la aplicación inmediata de las normas de estado de sitio, por ser especialísimas, transitorias y encaminadas exclusivamente al restablecimiento del orden público turbado.

Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), el fenómeno jurídico que se advierte no es el de una simple sucesión de leyes, sino el de un clásico conflicto de normas. En efecto, no hay lugar a sucesión o tránsito de leyes porque este fenómeno exige que la norma anterior bajo la cual se cometió el hecho punible esté derogada y que la ley posterior la sustituya; en cambio, aquí se presenta un conflicto de normas porque este fenómeno exige la vigencia simultánea de dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia. En la sucesión de leyes de igual categoría opera el principio de favorabilidad a través de los mecanismos de la retroactividad y de la vigencia de la ley anterior. En el conflicto, los principios de especialidad, consunción y subsunción determinan la norma aplicable. Encontrándose vigentes a un mismo tiempo el denominado Estatuto de Seguridad y el nuevo Código Penal, el conflicto de normas es real porque, como igualmente lo acepta la mayoría, ambos regulan de manera diversa aspectos de una misma materia y establecen consecuencias cuantitativamente distintas en el orden punitivo, es decir, se *contraponen*. Entonces, no cabe duda que la disposición aplicable es el Decreto legislativo número 1923 de 1978 por su prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria.

Para que existan leyes excepcionales, ordinarias, especiales, permanentes y temporales, no es necesario enmendar la Carta. Esa clasificación es universal y responde a las distintas competencias privativas que la misma Constitución establece. Como lo hemos advertido, la existencia innegable de esas diversas categorías de normas influye necesariamente en el ámbito de aplicación del principio de favorabilidad.

En verdad, el Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) no es una ley especial en el sentido a que se refiere el artículo 376 del nuevo Código Penal, luego, también por este aspecto, aquel estatuto quedó al margen de las previsiones de éste.

No habría inconveniente en aceptar que el actual Código en su artículo 355 reguló integralmente la materia relacionada con el delito de extorsión, creando un tipo penal abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación, porque, precisamente, esas connotaciones específicas son las que demuestran de manera objetiva que esa norma ordinaria se encuentra en conflicto con la de excepción, o sea, con el artículo 6 del Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad). Pero también esas connotaciones son las que permitirían dentro del criterio de la mayoría, que invoca una sucesión de leyes, concluir que por el aspecto descriptivo de la conducta punible es más favorable la norma excepcional (Estatuto de Seguridad) porque comporta un tipo penal *cerrado* donde el juez tiene que ceñirse a su texto, que no la del nuevo Código Penal, que siendo *abierto* cae en un relativo arbitrio judicial con los peligros que esto supone. Como se ve, ese criterio no da seguridad jurídica porque a quienes se encuentran procesados les convendría esta interpretación y a quienes ya han sido condenados la que pregona la Sala. En consecuencia, es forzoso concluir que por sus mismos cauces la jurisprudencia que sienta la mayoría resulta contradictoria.

Finalmente no se pueden confundir el control político que ejerce el Congreso sobre el Ejecutivo con la potestad legisladora del mismo para hacerlos depender uno del otro y sostener que si se reconoce la *preeminencia* de aquel control político debe igualmente admitirse la facultad legisladora del Congreso "aún en materias relacionadas con el orden público", porque son dos cosas distintas y autónomas: el control político implica poder exigir responsabilidades, mientras que la potestad legisladora simplemente supone el ejercicio *ordinario* de una competencia funcional del Congreso.

En esta forma creemos haber dejado plenamente rebatidos todos los argumentos que tuvo en cuenta la mayoría para tomar la decisión que motiva nuestro total disentimiento.

Bogotá, D. E., marzo 31 de 1981.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto.

CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO

Presupuestos indispensables para que sea viable la cesación de procedimiento en favor del sindicado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 30 de marzo 24 de 1981.

Bogotá, D. E., marzo 25 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Procede la Sala a resolver la solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, impetrado por la apoderada del doctor Angel Barajas Borrero, Comisario Especial del Vichada dentro de las presentes diligencias.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al descorrer el traslado de ley, es partidario de que se niegue la aplicación del artículo citado por existir en la investigación serios vacíos que no permiten formarse opinión definitiva para declarar la inexistencia del delito imputado.

Hechos

En informe del 25 de julio de 1980 el Vecdor Jorge Campos Restrepo puso en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia los hechos que son materia de la presente investigación, consistentes en que el ex Comisario Especial y ex Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de la Comisaría Especial del Vichada, suscribió varios contratos, unos sin fecha y número, para el suministro de víveres con destino a establecimientos escolares de su jurisdicción y otros de transporte de los referidos víveres, en relación con los cuales se habrían presentado serias irregularidades.

Consideraciones de la Corte

1. Con fundamento en el informe administrativo del Vecdor Campo Restrepo, mediante auto de 12 de agosto último, le ordenó la práctica de varias diligencias preliminares de conformidad con el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal y, por existir mérito para iniciar investigación penal, mediante auto de 25 de septiembre último se dictó el correspondiente auto cabeza de proceso.

2. *En reiteradas decisiones de esta Sala se ha consignado: el auto de cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal debe tener una de las siguientes cuatro motivaciones:*

a) Comprobación plena de que el hecho que se imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no ocurrió en la realidad como cuando aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado;

b) Comprobación plena de que el sindicado no cometió el hecho que se le imputó a título de autor o de cómplice, como que fue inequívocamente realizado por otra persona;

c) Comprobación plena de que la ley no considera tal hecho —conducta de acción o de omisión— como infracción penal; este evento apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa; aquélla, cuando el comportamiento atribuído al procesado no está recogido por ningún tipo penal, como en el caso del adulterio y ésta, cuando a pesar de existir uno o varios tipos que describen, tal comportamiento, el que concretamente se examina no se adecua a ninguno de aquéllos por falta de alguno de sus elementos integradores (sujetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia creyendo que es ajena;

d) Comprobación plena de que la acción penal no podía iniciarse, como cuando se trata de un delito que exige querella de parte y ésta no se presentó oportunamente (caducidad); o cuando aquélla ha prescrito; o cuando se comprueba la muerte del imputado; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta atribuida concretamente a una persona; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito considerado como injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad antes de aceptada la querella (artículo 22, Ley 29 de 1944); o cuando se pretende acción penal por cheque sometido a plazo o dado en garantía;

e) Comprobación plena de que la acción penal no podía continuar, como cuando, habiéndose iniciado oportunamente, la prescripción se consumó, o cuando murió el procesado; o cuando se inició oficiosamente pero requería querella de parte; o cuando el hecho ya fue decidido en sentencia definitiva (cosa juzgada); o cuando desistió la parte que tenía derecho a ella en proceso iniciado por querella; o cuando se ha decretado amnistía propia o indulto impropio; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta investigada; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad después de iniciada la investigación (artículo 22, Ley 29 de 1944) "o por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia en los casos previstos en el artículo 357 del Código Penal vigente.

3. Mediante auto de 22 de enero último, no cumplido aún, se ordenó la práctica de varias diligencias tendientes a esclarecer los hechos materia de investigación entre ellas, ampliación de indagatoria para que el sindicado suministre las direcciones de los contratistas Jorge Enrique Garzón, José Joaquín Garzón, Paula Rosa Rincón, Juan B. Pulido, Vianey Barrera y Carlos Aguillón, con el fin de recibir a éstos declaraciones que, a no dudarlo, aportarán datos importantes para los efectos de la presente investigación, y aclararán en definitiva, las condiciones tenidas en cuenta por las partes para la celebración de los contratos de suministro y especialmente en los de transporte.

4. El señor Procurador en su concepto precedente solicita de la Sala ordene la práctica de varias pruebas debidamente detalladas por él en trece (13) numerales (folios 193 a 197) todas ellas conducentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos imputados al excomisario acusado.

5. Concluyese que si a juicio del Ministerio Público y de la Sala hace falta aclarar aún dudas en la investigación, estarían ausentes los presupuestos del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal invocado por la defensa, puesto que, como se dejó dicho en precedentes consideraciones que reiteradamente ha sostenido la Corte, para que sea viable la casación de procedimiento en favor del sindicado, habrá de estar plenamente probado que el hecho imputado, no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse. Y en este caso concreto no lo está.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él,

Resuelve:

1. NEGAR la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal solicitado por la apoderada del doctor Angel Barajas Borrero ex Comisario Especial del Vichada por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

2. ORDENAR que prosiga la investigación para lo cual se dará cumplimiento al auto de 22 de enero último, adicionándolo en el sentido de que el funcionario comisionado practicará, además, las pruebas puntualizadas por el Ministerio Público en su concepto (folios 193 a 197) del cuaderno original.

3. AMPLIASE en diez (10) días el término fijado en auto de 22 de enero último.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Sustentación del recurso. La Corte reitera su doctrina en el sentido de que el actor está en la obligación, vencido el término probatorio, de sustentar las causales presentadas en el escrito de la demanda, con técnica similar a la que preside la casación. Por vía de excepción, el recurrente en revisión puede ser eximido del alegato de conclusión

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 34.

Bogotá, D. E., abril 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos.

Carlos Eduardo Rendón Agudelo fue condenado por el Juzgado Cuarto Superior de Cartago como responsable del delito de falsedad documental, sentencia confirmada por el honorable Tribunal Superior de Buga. Ahora solicita a la Corte revisión del proceso.

Hechos

Se imputa a Rendón Agudelo el hecho de haber insertado en una letra de cambio que obtuvo de Ligia Rivera, acreedora de la obligación, para intentar su cobro judicial, una leyenda mentirosa que indicaba endoso por valor recibido.

Resultandos

1. El condenado por intermedio de abogado presentó demanda de revisión con fundamento en la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal y acompañó como prueba declaración extrajuicio de Juan de la Cruz Quintero Colonia, en la que éste asevera haber presenciado el negocio en virtud del cual Rendón Agudelo compró a Ligia Rivero la letra de cambio cuestionada.

2. En el período probatorio y por solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se dispuso recepcionar el testimonio de Quintero Colonia, quien en esta oportunidad negó haber rendido la declaración extrajuicio que se le atribuye, afirmó que la firma que en ella aparece no es la suya y sostuvo que ni siquiera conoció a la señora Ligia Rivero.

3. Luego de subsanada una irregularidad en el trámite de esta actuación, corrióse traslado a las partes para alegatos de conclusión; el Ministerio Público se remitió a concepto procedentemente emitido en el que solicita negar la revisión pedida, en tanto que el recurrente no presentó alegato de fondo, según constancia secretarial.

Considerandos

1. *La revisión —lo ha manifestado esta Corporación en diversas oportunidades— "es un recurso, el más exigente, que no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales. Entre ellos está el alegato de fondo, que sucede al período probatorio y en el que el actor debe analizar razonadamente la prueba, en orden a demostrar o poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con técnica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar luego la práctica de pruebas; es menester, para el planteamiento completo, sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso* sui generis *de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca".*

"Solamente por vía de excepción, en casos muy especiales, podría el recurrente en revisión ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que en el libelo de demanda fundamentara con claridad y precisión el motivo aducido y demostrara en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requieran de ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, es decir, que pudieran ser apreciadas en la decisión sin más condiciones, por tratarse, v. gr., de documentos oficiales auténticos" (Revisiones de 11 de septiembre de 1970 y 17 de noviembre de 1977) (Revisión de febrero 10 de 1981).

2. En el presente caso, con la demanda de revisión apenas si se presentó declaración extrajuicio que, recepcionada en legal forma durante el período probatorio de esta actuación, plantea situación jurídica diversa de la que se desprende de aquélla y que hacía, por lo mismo, indispensable la intervención del recurrente en alegato de conclusión en el cual debería haber fijado su posición frente a la causal inicialmente alegada. Abandonada, en cambio, por él esa ineludible obligación, no puede la Corte suplir de oficio tan ostensible omisión.

3. No sobra declarar, además, que la posición asumida por el declarante Quintero Colonia en su testimonio rendido ante el Juzgado Primero Superior de Cartago (folios 118 a 120), contradice la que en extrajuicio presentó el recurrente como fundamento de su solicitud de revisión y deja esta huérfana de asidero probatorio, y que su aseveración de falsedad en la firma que aparece como suya en aquélla ha de ser objeto de investigación penal por la autoridad correspondiente.

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

Resuelve:

NEGAR el recurso de revisión del proceso que culminó con la sentencia condenatoria proferida contra Carlos E. Rendón Agudelo por delito de falsedad documental. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el proceso al Juzgado Cuarto Superior de Cartago.

Este juzgado compulsará copia de las declaraciones rendidas por el señor Juan de la Cruz Quintero Colonia ante los Juzgados Primero Civil Municipal y Primero Superior de Cartago y con fundamento en ellas decidirá sobre apertura de investigación penal, conforme se indica en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO Y FALSEDAD IDEOLOGICA

Cuando el perito muta la verdad en el dictamen que emite, no incurre en delito de falsedad sino de prevaricato

---

NULIDADES EN SEDE DE CASACION

La Corte en sede de casación debe declararlas, así no hayan sido invocadas al amparo de la causal 4ª del recurso extraordinario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 030, marzo 24 de 1981.

Bogotá, D. E., abril 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Israel Lapciuc Zuckermán, Manuel Bass Watstein y Emilio Gubbay Perea, contra la sentencia de 13 de diciembre de 1979, mediante la cual el Tribunal Superior de Aduanas, al decidir apelación propuesta contra la proferida por el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín, condenó a éstos como coautores de los delitos de falsedad documental y contrabando de primer grado en la modalidad imperfecta de frustración, imponiéndoles la pena principal de cuarenta (40) meses de presidio, más las accesorias correspondientes, con la consiguiente declaración de contrabando de la mercancía afectada.

El recurso se admitió por auto de 17 de abril de 1980, y dentro del término legal por conducto de apoderados judiciales designados al efecto, fueron presentadas las respectivas demandas de casación, las que en su oportunidad se declararon ajustadas a los requisitos formales de ley.

Hechos y actuación procesal

Los primeros los presenta el Tribunal, así:

"... El señor Administrador de la Aduana de Medellín, cuenta que el día veinte de octubre de 1977, denunció que 674 cajas con un peso bruto de 26.676 kilos, llegadas a Medellín, según guía aérea de Aerocóndor número 355-65398 de septiembre 20 del mismo año y consignadas a Roldán y Compañía y César Pérez Andrade, no correspondían a la mercancía declarada en los documentos. El Manifiesto de Importación número 09123 de octubre 5 de 1977, fue localizado en la sección de liquidación. Figuraba como importador César Pérez Andrade y el cargamento estaba amparado con el Registro de importación número 06092 de 13 de agosto del mismo año del manifiesto, y cubría 'fibra acrílica cardada y peinada; posición arancelaria 56.04.11.00'.

"El examen de la mercancía requería los conocimientos de un químico, ya que los aforadores no estaban capacitados para determinar su naturaleza y por eso se pidió uno que se trasladó

con el personal de aforo y resguardo de aduanas a la zona aduanera de Almagrau, para efectuar una inspección judicial al cargamento y tomar muestras de él, lo que se hizo buscando aunar el contenido de las cajas, por su similitud, todo en presencia del señor juez, pues había mercancía consistente en alimentadores para máquinas de tejer, controles eléctricos, fibra de vidrio, dos mangueras para extinguir incendios, fuera de hilatura, todo lo cual no coincidía con lo declarado en el manifiesto y el registro de importación. Elaborado un riguroso inventario, el cargamento quedó a órdenes del Juzgado Superior de Aduanas, reparto ...".

En cuanto a la actuación surtida, la Procuraduría anota:

"... El informe rendido por el señor Administrador de la Aduana Interna de Medellín, acompañado de la documentación pertinente, dio lugar a que el Juzgado Primero Superior de Aduanas dispusiera la apertura de la investigación en auto del 24 de octubre de 1977.

"Dentro del período sumarial que fue adelantado diligentemente por el propio funcionario del conocimiento, se practicaron diversas pruebas y entre ellas la indagatoria de Emilio Gubbay Perea, Manuel Bass, Samuel Lapeiue, Israel Lapeiue, Nicolás Hinestrosa Rosales, Martha Azucena Sepúlveda Rodríguez, Néstor Echeverry, Alfonso Rodríguez, Omaira Saavedra Peñaloss, Jairo Duque, Jorge Eudoro Montagut Ordóñez, Alipio Tello Gómez y César Perea Andrade.

"Precluida la etapa investigativa se pasó la actuación al representante del Ministerio Público, en este caso la señora Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas de Medellín, quien en concepto del 15 de julio de 1978 formuló acusación contra Samuel e Israel Lapeiue, Manuel Bass y Emilio Gubbay Perea, por el delito de contrabando de primer grado de que trata el artículo 4º de la Ley 21 de 1977 y falsedad documental cometidos en concurso y en forma continuada. Con relación a los demás indagatoriados solicitó la aplicación del artículo 53 del Estatuto Penal Aduanero.

"El Juzgado Primero Superior de Aduanas, en providencia del 25 de julio de 1978 acogió la acusación fiscal presentada contra Emilio Gubbay Perea, Manuel Bass, Samuel Lapeiue e Israel Lapeiue, por los delitos de contrabando y falsedad documental. No aceptó, sin embargo, la petición del Fiscal relacionada con los sindicados Nicolás Hinestrosa Rosales y Martha Azucena Sepúlveda Rodríguez, a quienes llamó a responder en juicio criminal por el delito de contrabando culposo de segundo grado. En lo relacionado con los demás procesados aceptó la petición fiscal y, en consecuencia, dispuso respecto de ellos el archivo provisional del proceso.

"Apelada esta determinación, el Tribunal Superior de Aduanas, en providencia del 8 de febrero de 1979, resolvió el recurso interpuesto al disponer la confirmación del enjuiciamiento de Israel Lapeiue, Emilio Gubbay Perea y Manuel Bass. En cuanto al llamamiento a juicio de Samuel Lapeiue, dispuso su revocatoria y en su lugar lo sobreseyó definitivamente junto con los demás procesados, excepción hecha de César Pérez Andrade respecto de quien confirmó la determinación del archivo del sumario.

"Dentro del período probatorio de la causa fueron practicadas varias diligencias y finalmente, el 9 de mayo de 1979, se dio comienzo a la diligencia de audiencia pública.

"El 23 de junio de 1979 el Juzgado Primero Superior de Aduanas finalizó la primera instancia, con la sentencia en virtud de la cual condenó a los procesados Israel Lapeiue, Manuel Bass y Emilio Gubbay Perea, por los delitos de falsedad en documentos públicos y contrabando de primer grado y les impuso la pena principal de 36 meses y 20 días de presidio, multa de un millón de pesos a Lapeiue y cincuenta mil pesos a los otros condenados. Les impuso, además, las penas accesorias correspondientes y declaró de contrabando las mercancías relacionadas en el Acta de ingreso número 108 de febrero 15 de 1978.

"Apelada la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Aduanas la confirmó el 13 de diciembre de 1979, con la modificación de que la pena privativa de la libertad sería de 40 meses de presidio, y además, revocó la pena de multa ...".

Las demandas

I. El representante judicial del acusado Lapeiue impugna el fallo de instancia con invocación de las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

a) Al amparo de la primera, señala tres cargos:

Primero. Violación directa de la ley sustancial, por cuanto la sentencia "aplicó indebidamente el numeral cuarto del artículo 231 del Código Penal y el artículo 19, inciso 2, ibídem".

En sustento el actor sostiene que cuando el doctor Emilio Gubbay en su calidad de mercicólogo oficial de la Aduana de Medellín, consignó en el Manifiesto de importación número 9123 su dictamen sobre que la mercancía examinada correspondía a la descrita en él, siendo su posición arancelaria 56.04.11.00, no faltó a la verdad por cuanto ciertamente las fibras que examinó coincidían con las relacionadas en el manifiesto y porque la indicación de la posición arancelaria resultaba ser inocua en la medida en que por mandato de los reglamentos de Aduana (Reglamento General número 232 de 1971), su determinación incumbe al aforador. Por lo demás agrega, "el único delito que podría cometer el perito cuando produce un dictamen contrario a la realidad, actuando a sabiendas, sería el de prevaricato", "pero esta hipótesis no es aplicable al caso de autos porque, como se demostrará al analizar el delito de contrabando de primer grado, el comportamiento del perito Emilio Gubbay se ajustó a la realidad". De forma que el Tribunal, al condenar al doctor Lapciuc como autor intelectual de la falsedad ideológica imputada materialmente al perito mercicólogo Gubbay, que nunca existió, incurrió en indebida aplicación de los artículos 19 y 231-4 del Código Penal, por lo que pide que la Corte case la sentencia y absuelva al doctor Lapciuc.

Segundo. Violación indirecta de la ley sustancial, puesto que la sentencia, al condenar a Israel Lapciuc como coautor de un delito de contrabando en primer grado, ignoró la existencia de varios peritazgos que obran en el proceso, con lo que incurrió en "violación indirecta del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, por aplicación indebida".

En demostración el recurrente arguye que el fallo de instancia pasó por alto los dictámenes rendidos en el proceso por José Molina López, químico de Fabricato; Néstor Echeverry Botero, Aforador de la Aduana de Medellín; y Laboratorio del Departamento de Criminología y Policía Judicial de esa ciudad "Decypol", que de haber sido tenidos en cuenta habrían conducido, por el contrario, a la absolución de Israel Lapciuc "por inexistencia del delito de contrabando de primer grado en lo que se relaciona a la fibra acrílica cardada y peinada para hilatura por haber sido efectivamente importada al amparo del Manifiesto 9123 de 5 de octubre de 1977, y de la documentación anexada a dicho documento", porque en ellos "se extrae la conclusión perentoria de que la mitad de la mercancía importada, con peso de 13.076 kilogramos era fibra acrílica de la analizada que aparece en el Manifiesto de importación número 009123, según las textuales palabras del doctor Hernando Saldarriaga Longas, Jefe del Laboratorio de Decypol", lo que permite concluir que el Tribunal incurrió en notorio error de hecho al estimar que la mercancía importada estaba compuesta por "17.522 unidades de fibra acrílica no condicionada para la venta al por menor, con peso aproximado de 26.152 kilogramos, de procedencia extranjera", puesto que si bien es cierto que los peritos José Molina y Néstor Echeverry así lo expresan, "también lo es que en el mismo párrafo tercero de dicho peritazgo (folio 163), en que hicieron tal afirmación, aclaran que la mitad de la mercancía, con peso de 13.076 kilogramos, es de un filamento continuo de acrílico, con recubrimiento de fibra acrílica cortada sobre el filamento continuado, especificando que se trata de *acrílico* 100%, y que la otra mitad de la mercancía, también con peso de 13.076 kilogramos es poliéster texturizado 100%". "Si el sentenciador no le hubiera dado las espaldas al proceso, considerando que no se trajeron los varios peritazgos de que se ha hecho mención en los párrafos anteriores, el fallo habría sido uno distinto al que emitió, por cuanto habría tenido que declarar que la mitad de la mercancía importada era fibra acrílica, por cuya razón tal mercancía había sido importada legalmente. Pero el fallo condenatorio se funda en que el sentenciador ignoró que varios peritazgos llegaron a la conclusión de que la mitad de la mercancía importada era la misma a la que se refería el manifiesto".

Tercero. Violación indirecta de norma sustancial. "La sentencia acusada condenó al doctor Israel Lapciuc, como coautor del delito de contrabando de primer grado, en relación con las mercancías de licencia previa y de registro de importación que vinieron junto con la fibra acrílica, a que se refiere el Manifiesto de importación número 9123 de 5 de octubre de 1977. Si el fallador no hubiera incurrido en el error de desconocer la existencia del artículo 24 del Estatuto Penal Aduanero, se habría abstenido de investigar y fallar por cuanto carecía de competencia. Y si no hubiera supuesto la existencia de pruebas, que no figuran en el proceso, la sentencia acusada habría absuelto al doctor Lapciuc".

En apoyo de la censura, después de dejar sentado que "junto con la fibra acrílica amparada por el manifiesto de importación número 9123 llegó a la Aduana de Medellín otra mercancía, tales como 13.076 kilogramos de poliéster texturizado, 95 alimentadores de hilado para telares,

2 cartones con aisladores de asbesto, 2 unidades de distribución eléctrica, 2 mangueras para extinción de incendios y 2 parrillas para protección de equipo, elementos que requieren licencia previa para ser importados", al igual que "otro material que es de libre importación, tales como 9 cartones de lana de vidrio a base de fibras de vidrio no textil y 4 gavetas para tornillería", afirma que la sentencia "incurrió en el error jurídico de considerar que es delito de contrabando importar mercancías sin el previo requisito del registro o de la licencia", cuando la verdad es que el artículo 24 del Estatuto Penal Aduanero al disponer que "las mercancías cuya importación deba estar precedida de registro ante el Instituto de Comercio Exterior o de licencia previa, conforme a los reglamentos, serán decomisadas por la vía administrativa, cuando se importen sin el lleno de tales requisitos", le está dando el carácter de simple falta o contravención a esa eventualidad. Y agrega el libelista:

"La sentencia acusada hace la afirmación de que hubo un acuerdo previo de voluntades entre el importador César Pérez Andrade y el doctor Israel Lapeiue para introducir de contrabando a Colombia las fibras poliestéricas y demás elementos que llegaron a la Aduana de Medellín junto con la fibra acrílica a que se refiere el Manifiesto número 9123.

"Ninguna prueba se produjo para establecer el pretendido acuerdo, de que habla la sentencia acusada, entre el importador César Pérez Andrade y el socio y Gerente de Tejidos Lindalana. Suponer pruebas, y darles valor probatorio, tal como el pretendido acuerdo de voluntades entre César Pérez Andrade y el doctor Lapeiue, es una de las formas del error de hecho, que condujo al Tribunal fallador a condenar al doctor Lapeiue.

"Sea que importar mercancías, sin que se haya obtenido el registro o la licencia de importación antes de que lleguen a Colombia tales mercancías, se considere como contrabando de primer grado (según el criterio de la sentencia acusada), o como simple falta administrativa conforme lo expresa el artículo 24 del Estatuto Penal Aduanero, en ninguna de tales hipótesis puede predicarse que el doctor Israel Lapeiue es coautor de tales conductas, debido a que el proceso no cosechó ningún elemento de convicción que sirva para predicar que se ha comprobado un previo acuerdo para delinquir, suposición que le sirvió al Tribunal sentenciador para condenar al doctor Lapeiue.

"Para cometer el error de hecho de suponer que se había producido prueba que sirviera para establecer un previo acuerdo para delinquir, entre el doctor Lapeiue y Pérez Andrade, el sentenciador cayó, previamente, en el error de hecho de considerar que al proceso no se trajo la abundante documentación de que se valió César Pérez Andrade para importar la mercancía, tales como los registros de importación que figuran a folios 908, 909 y 910, la factura consular, la guía aérea de Aerocóndor, el conocimiento de embarque, el soborno, comprobantes sobre consignación de conformidad con la Resolución número 53 de 1976, comprobante de pago a Procxpo y el Manifiesto de importación número 9123 de 5 de octubre de 1977. Como ninguno de tales documentos han sido declarados falsos por un juez superior, y ni siquiera han sido tachados de falsos dentro del proceso que por contrabando se adelantó en el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Medellín, el fallador estaba obligado a valorarlos. Pero, para poder condenar al doctor Israel Lapeiue como coautor de un delito de contrabando de primer grado, en relación con la fibra de poliéster, tuvo que recurrir al procedimiento mental de suprimir tales documentos, los cuales debía tener en cuenta porque, aunque se refieren a fibra acrílica, con ellos se comprueba una importación legal, junto con la cual vino mercancía de licencia previa y de registro, sin que tales documentos se hubieran producido previamente ...

"La violación del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, por aplicación indebida, como consecuencia de los varios errores de hecho que cometió el sentenciador, errores que aparecen en forma manifiesta en los autos, fue la consecuencia de la violación de varios artículos del Código de Procedimiento Penal. La sentencia condenatoria fue dictada, en parte sin estar probado el cuerpo del delito, en un caso, y en parte sin que se hubiera producido prueba alguna de la autoría intelectual del doctor Israel Lapeiue, lo cual viola el artículo 215, por cuanto la sentencia no se funda en los requisitos probatorios que tal norma demanda.

"El desconocimiento de la abundante prueba pericial y documental que figura en los autos, implica la violación de los artículos 216, 217, 261, 265 y 278 del Código de Procedimiento Penal.

"Como el sumario no produjo prueba alguna orientada a la averiguación de 'quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción', también resulta violado el numeral 2 del artículo

334 ibídem, por cuanto para poder condenar al doctor Lapeine, la sentencia acusada se abroquela sobre los muchos errores de hecho que han quedado estudiados ...".

Concluye el actor en que la Corte case la sentencia "en lo referente al supuesto delito de contrabando de primer grado" "y, en su lugar absuelva al doctor Israel Lapeine".

b) Bajo el marco de la causal cuarta es formulado un solo cargo.

Cargo único. La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad, porque el Tribunal, sin tener competencia, condenó al doctor Israel Lapeine "como coautor del delito de contrabando de primer grado, en lo que se refiere a la fibra poliesférica y demás mercancías que fueron importadas por César Pérez Andrade, junto con la fibra acrílica descrita en el Manifiesto número 9123 de 1977, sin que dicha importación hubiera estado precedida del registro y de la licencia previa que exigían tales mercancías".

Aduce el demandante que el artículo 28 del Estatuto Penal Aduanero dispone que "el Tribunal Superior de Aduanas tiene competencia en todo el territorio nacional y conoce en segunda instancia, por apelación o consulta, de los procesos por el delito de contrabando y los delitos conexos de que conocen en primera instancia los Jueces Superiores de Aduanas". De forma que no dando lugar los hechos al supuesto delito de contrabando en primer grado sino tan sólo a la falta administrativa que describe el artículo 24 ibídem, para la que se señala como única sanción el decomiso de la mercancía por la vía administrativa, es manifiesta la causal de nulidad por incompetencia del juez (artículo 210-1 del Código de Procedimiento Penal), razón por la cual solicita la invalidación del proceso a partir del auto de iniciación inclusive y se disponga la remisión de copia de la actuación, por conducto del juez de primera instancia, al Administrador de la Aduana de Medellín "para que conozca de la falta administrativa".

II. En nombre y representación del procesado Manuel Bass, su defensor de oficio censura la sentencia del Tribunal, con invocación de las causales cuarta y primera de casación. La cuarta "por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad", y la primera "por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción indirecta ocasionada en el error de hecho consistente en haberse dictado la sentencia en pruebas supuestas".

a) Con fundamento en la causal cuarta presenta dos cargos:

Cargo primero. "Tanto el juez de primera instancia como el Tribunal Superior de Aduanas carecían de competencia para conocer y fallar este proceso. El fallo impugnado viola el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 1º".

En respaldo sostiene el actor que "en las páginas 7 y 8 de la sentencia se lee lo siguiente: '4º *Aforo y avalúo* ...: y se determinó que pertenece al régimen de licencia previa y libre importación'. Es decir, que la mercancía en proceso de nacionalización, parte es de licencia previa y parte de libre importación y sin embargo, los funcionarios de Aduanas la decomisaron en su integridad y el juez del conocimiento y Tribunal de segunda instancia no tuvieron en cuenta esa circunstancia para fulminar el fallo condenatorio", cuando de conformidad con el artículo 24 del Decreto 955 de 1970 "la mercancía de licencia previa debía ser decomisada por el señor Administrador de la Aduana Interna de Medellín, por ser una simple *falta administrativa* y no un delito como equivocadamente se calificó". De consiguiente, al atribuirse Juzgado y Tribunal Superior de Aduanas una competencia ajena a la prescrita en los artículos 10 del Decreto 520 de 1971 y 9º de la Ley 21 de 1977, el proceso quedó afecto del vicio de nulidad a que se refiere el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal "y por ello se debe invalidar el fallo atacado porque se dictó en un juicio viciado de nulidad" a partir del auto cabeza de proceso.

Segundo cargo. "Al doctor Bass siendo un particular, como está demostrado en el proceso, se le condenó por la falsedad establecida en el artículo 231, numeral 4º del Código Penal. El fallo es violatorio del artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, ya que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues se llamó a juicio y luego se condenó al doctor Bass por un delito que los particulares no pueden cometer".

Alega el demandante que de acuerdo con el artículo 231 citado "la conducta allí descrita como punible, sólo la puede cometer el *funcionario o empleado público*", por lo que si en el proceso está demostrado que el doctor Manuel Bass es un particular al servicio de una empresa privada como lo es Lirdalana Limitada, al llamársele a juicio y posteriormente condenársele por infracción que regla ese precepto, se incurrió en la

nulidad descrita en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por cuya razón debe casarse la sentencia e invalidar la actuación desde el auto de llamamiento a juicio.

b) Con relación a la causal primera dice:

Cargo único. "Lo formulo, como subsidiario de la causal cuarta de casación", así:

"Invoco esta causal, inciso 2º, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º, por violación indirecta de la ley sustancial, ocasionada en el error de hecho, por haberse dictado la sentencia basada en pruebas inexistentes".

Para demostrarlo el casacionista sostiene que si bien el Juez Primero Superior de Aduanas de Medellín orientó la investigación sobre la base "de que el importador César Pérez Andrade era una persona ficticia y que por lo tanto toda la documentación que amparaba la importación era falsificada", "del conjunto de documentos públicos y privados que se presentaron como pruebas en la etapa del juicio (los enumera), quedó plenamente demostrado la existencia del señor Pérez Andrade y que él es el único importador de la mercancía que dio origen a este proceso". Por modo que si el doctor Bass no importó mercancía alguna, sino que como empleado de Lindalana se limitó a enviar la documentación a la firma Roldán Calle y Compañía Limitada, "no puede ser responsable de un delito que no ha cometido y en el supuesto caso de que dicho delito haya existido, el responsable del mismo sería el importador de la mercancía señor César Pérez Andrade". De esa forma, agrega, "la sentencia condenatoria viola de manera ostensible el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal" y "así mismo es violatoria del artículo 231, numeral 4º del Código Penal y del artículo 4º, numeral 3º de la Ley 21 de 1977, por haberse proferido un fallo condenatorio con base en pruebas supuestas", que por eso debe ser invalidado y en su lugar absuelto el procesado Bass.

III. El mandatario judicial del encartado Gubbay Perea, por su parte, impugna la sentencia con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, con expresión de un solo cargo.

"La sentencia", dice, "viola indirectamente la ley sustancial, como consecuencia en errores manifiestos de hecho en que incurrió el Tribunal *ad quem* al dictarla".

Sostiene la demanda que "el error manifiesto de hecho en el presente caso ocurrió por cuanto el Tribunal en la sentencia impugnada distorsionó o falseó el sentido de ... las diversas constancias procesales relativas a la confirmación plena y total del dictamen ofrecido por el merciólogo Gubbay", tales como el "Informe de Inventario en Zona Aduanera" (folio 3) y las peritaciones de Jorge Vásquez Mayorga (folio 50), José Molina López (folio 163), Oscar Villegas Lara (folio 165) y Decypol (folio 252), que con certeza plena demuestran "que en la mercancía amparada con el Manifiesto de importación número 09123 y que fue sometida a experticio técnico del químico merciólogo doctor Emilio Gubbay Perea, sí se encontraba la cuestionada *fibra acrílica* que era de la misma naturaleza y calidad que indicó el técnico en su dictamen que ha sido calificado como de *falsedad en documentos públicos*". Si el juzgador no hubiese incurrido en ese tipo de error y si, además, la sentencia no hubiera tratado de crear confusión "entre las expresiones *fibra acrílica* y *fibra de poliéster*", a pesar de que "en el proceso quedó plenamente aclarado que los dos términos son *sustancialmente iguales*", con lo que "incurrió nuevamente en *error manifiesto de hecho*", "habría definido el proceso en forma distinta a como lo hizo". Pide, en consecuencia, "invalidar la sentencia recurrida, de fecha y procedencia indicadas, y en su lugar absolver al procesado recurrente, doctor Emilio Gubbay Perea, de los cargos de falsedad en documento público y contrabando por los que finalmente fue condenado", por cuanto los yerros de hecho del Tribunal aparejan la violación indirecta de los artículos 19, 33, 215 y 231-4 del Código Penal y del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977.

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de referirse a los hechos y actuación procesal, de sintetizar los planteamientos de las demandas, y afirmar la existencia del delito de contrabando, con razones que expone y de los que se hará cita, reclama "que se case la sentencia dictada dentro del presente proceso" y se "declare la nulidad de la actuación a partir del auto de julio 25 de 1978, mediante el cual se calificó el mérito del sumario", por haberse incurrido en el motivo de nulidad descrito en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, "pues no se trata de un delito de falsedad documental, sino de un delito de prevaricato".

Consideraciones de la Corte

Le corresponde ocuparse en primer lugar de los cargos propuestos al amparo de la causal

cuarta de casación. Así lo exige la técnica de este recurso, pues de prosperar no se hace necesario el estudio de las otras censuras.

Dicha causal es invocada por los personeros judiciales de los incriminados Lapeine y Bass, pero como los fundamentos expuestos en las respectivas demandas guardan similitud, lo procedente es hacer su estudio simultáneo.

Es norma del artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal que el recurso de casación está llamado a prosperar "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

En el presente caso dos son las objeciones que se formulan a la sentencia a través de ese precepto: a) ser violatoria del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala como causal de nulidad para todos los procesos penales "la incompetencia del juez", y b) ser violatoria del numeral 5º del mismo artículo 210, "ya que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues se llamó a juicio y luego se condenó al doctor Bass por un delito que los particulares no pueden cometer", como es el de falsedad descrito en el artículo 231 del Estatuto Penal entonces vigente.

La primera objeción está apoyada en el aserto de que conforme a la prueba asunta en el informativo, la mercancía importada y en proceso de nacionalización sólo en parte carecía de los necesarios registro de importación y licencia previa, por lo que no es posible predicar la existencia del punible de contrabando, sino apenas la de falta administrativa que el artículo 24 del Estatuto Penal Aduanero sanciona con el decomiso de la mercancía, como medida de policía aduanera a cargo del respectivo Administrador de Aduana. De forma que si Juez y Tribunal Superior de Aduanas conocieron de ella, quebrantaron las reglas de competencia señaladas en los artículos 10 del Decreto 520 de 1971 y 9º de la Ley 21 de 1977, por lo que el proceso es nulo a partir del auto de iniciación en gracia de lo normado por el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Para rebatir la pretensión de los recurrentes recuérdese que el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1973 acrimina como contrabando de primer grado la conducta de quien "importe o exporte mercancía valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictuoso". Luego si en el manifiesto de importación, que es uno de los actos indispensables para agotar el proceso de nacionalización de la mercancía procedente de otro país, se contraría la verdad para que aquélla quede situada en una posición arancelaria diversa de la correspondiente y privar así al fisco de parte de los derechos de aduana, la comisión de la delincuencia es manifiesta. Tal es el caso de autos, porque si el manifiesto de importación contiene la declaración de mercancías en completa armonía con los registros y licencia de importación, mas en desacuerdo con la realmente introducida al país y si en relación con ésta el merciólogo oficial de la Aduana señala falsamente la pertinente correspondencia, no es ilógico dar por establecido el delito de contrabando en primer grado. Aducir en contra que el perito merciólogo sólo estaba haciendo referencia a las muestras tomadas y no al conjunto de los objetos, como para referir la peritación tan sólo a los que fueron traídos al país con el lleno de los requisitos legales, es apenas una suposición carente de respaldo probatorio, más cuando por razón de funciones el merciólogo está en la obligación de saber que del reconocimiento que haga de la mercancía depende la intervención del aforador para señalar la posición arancelaria que permita el recaudo de los impuestos *ad valorem*, como lo prescriben los artículos 1º y 2º del Reglamento General de Aduanas número 292 de 7 de mayo de 1971.

Por lo demás, basta la simple lectura del artículo 24 del Decreto 955 de 1970 para apreciar sin esfuerzo alguno que su aplicación procede cuando "la mercancía perteneciente a lista de licencia previa", es "importada sin la obtención de ésta, siempre que sea la misma descrita en los documentos de importación", situación harto distinta de la que se examina, pues que en ésta esos documentos aluden a mercancía diferente parcialmente. Es decir que, aún aceptado que la mitad de la mercancía guarda correspondencia con la licencia previa y el registro de importación, el delito de contrabando que se tuvo por probado en grado de frustración es una realidad con respecto de la otra parte, puesto que, a pesar de exigir igualmente esos requisitos, fue traída sin ellos.

Asiste entonces razón a la Procuraduría cuando afirma:

"2º Los anteriores planteamientos llevan a la conclusión de que es muy diversa la finalidad perseguida por el legislador al tipificar los delitos y las contravenciones (sic) y con mayor razón, diametralmente diverso el motivo que lo llevó a consagrar las faltas administrativas. El delito de contrabando protege bienes jurídicos de sin-

gular importancia como el orden público económico, el manejo racional de las divisas, el equilibrio adecuado de la balanza de pagos, busca defender el trabajo y la industria nacionales y en algunos casos se protege el fisco nacional. Por el contrario con las contravenciones, tal como se vio, solamente se busca una finalidad de carácter fiscal; y en las faltas administrativas únicamente se sanciona el incumplimiento de exigencias reglamentarias.

"3º En manera alguna es posible confundir un delito con una falta administrativa, a pesar de que eventualmente el objeto material del delito y de la falta puedan ser el mismo. En efecto, en precedencia se afirmó que los numerales 2º y 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, se refieren tanto a las mercancías de libre importación o exportación como a las que requieren licencia previa y, también a mercancías de licencia previa alude la falta administrativa; sin embargo, no se trata de una repetición inútil o de una insoluble contradicción, pues delito y falta administrativa se orientan a describir diversos comportamientos.

"El delito de contrabando de primer grado previsto en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, se comete entre otros casos cuando se importa o exporta mercancía valiéndose de afirmaciones falsas, que fue justamente lo que ocurrió en el presente caso, tal como luego se aclarará, pues en el manifiesto y demás documentos de importación se describió una mercancía diversa a la que llegó realmente al aeropuerto de Medellín. En cambio la falta administrativa se presenta cuando no se altera la verdad, vale decir cuando la descripción de la mercancía hecha en el manifiesto y demás documentos, corresponde a la mercancía que realmente se importa.

"En caso de que las disposiciones citadas se interpreten de manera diversa se llegaría al absurdo de pretender que el delito y la falta se refieren a lo mismo, a pesar de las consecuencias tan disímiles que en materia punitiva acarrean cada una de ellas. Además se llegaría al contrasentido de que como en la falta administrativa no se hace alusión a las mercancías de libre importación o exportación, sería más grave el comportamiento cuando de tales mercancías se trata, pues siempre sería delito si ellas aparecen falsamente descritas en los documentos, mientras que sería simple falta si de mercancías de licencia previa se trata. Lo correcto y justo como es obvio el que en los dos casos hay delito si la importación se logra o pretende a través de falsas declaraciones en los documentos.

"Por último, debe destacarse que a pesar de que el contrabando es delito en el cual la cuestión fiscal no es fundamental, en el caso presente ella también tiene una importante significación, pues de conformidad con el experticio que obra al folio 883, los impuestos que se habían señalado de acuerdo con la declaración de los importadores ascendían a $ 717.856.44, mientras que con la posición arancelaria que realmente correspondía a la mercancía traída al país tales impuestos eran de $ 2.665.511.51. Esta es una razón más para concluir que no se trató de una simple falta administrativa.

"Todo lo anterior permite concluir que la infracción atribuida a los procesados es un delito de contrabando y no una simple falta, y, por lo tanto no se ha incurrido en la nulidad alegada".

De otra parte, como lo anota la misma Procuraduría Primera Delegada, "en el caso presente resulta incuestionable que se ha desviado la discusión del tema para llevarlo a un campo que no le corresponde, pues se ha discutido sobre la composición química de la mercancía, cuando este es un problema accesorio sin se mira (sic) el verdadero sentido de las normas arancelarias y la realidad probada en este proceso. En efecto, es verdad suficientemente conocida que en el experticio del merciólogo se dijo que la mercancía era fibra '... para hilatura ...', vale decir fibra para elaborar hilo, cuando realmente lo que llegó fue hilo, esto es, el producto elaborado. De ahí la diversa posición arancelaria y los distintos gravámenes que esas mercancías tienen asignadas.

"Las fotografías que aparecen en el expediente y primordialmente la casi totalidad de los experticios ratifican el anterior aserto. Además, desde el propio comienzo de la investigación este punto había quedado meridianamente aclarado. Recuérdese la versión que rindió el Capitán Torres Castro en este sentido, '... pude observar que venían numerosas cajas de cartón y en algunas de ellas se podía observar conos con hilazas de poliéster, pedí el sobordo de carga y apreció que esta carga venía consignada a las bodegas de la zona aduanera de Almagran y decía ser *acrílico peinado y cardado*, y a mí se me hizo raro *que si era fibra acrílica para procesar ya viniera en conos procesados* ...'" (folio 28, nuestro el subrayado). En el mismo sentido aparece la declaración del doctor Hernando Buriticá, Administrador de la Aduana de Medellín, quien luego de observar directamente la mercancía dispuso su envío al laboratorio que determi-

nó 'que no era fibra acrílica peinada y cardada, sino eran hilados de poliéster texturizados ...'" (folio 402 vuelto).

"Que se dijo que se importaba mercancía para procesar y se la trajo procesada, es algo que supera la composición química de la mercancía y esto explica además que en el manifiesto de importación y demás documentos se dijera que se trataba de una mercancía de la posición arancelaria 56.04.11.00, con gravamen del 30%, cuando realmente venía mercancía de las posiciones arancelarias 51.01.03.01 y 56.05.03.00, con gravamen del 35%, para cada una de ellas, además de otras mercancías de libre importación, pero algunas de ellas sometidas al pago de derechos aduaneros.

"También es necesario poner de relieve, con relación a algunas mercancías de libre importación que llegaron en el cargamento incautado, que respecto de ellas también puede cometerse contrabando de primer grado, tal como ya se advirtió, pues el hecho de que sean de libre importación no significa que no paguen impuestos, los cuales en algunos casos son más cuantiosos que los previstos para las mercancías de licencia previa".

El cargo, en consecuencia, no prospera.

La segunda objeción tampoco está llamada a tener éxito porque, como lo tiene dicho la Corte, el error en la denominación jurídica de la infracción se refiere es "a la deducción misma del delito de que se trata con base en la prueba recogida durante el sumario y con su exacta referencia al correspondiente *nomen juris* que aparece en los diferentes títulos y capítulos en que la parte especial del Código Penal se divide" y no al yerro en que haya podido incurrir el calificador para fundar "la imputación al procesado", caso en el cual "no puede invocarse la causal cuarta de casación sino que el ataque a la sentencia debe intentarse por la vía del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 por un posible error de hecho". De forma que si en el evento en estudio el cargo apunta a supuesto equívoco del juzgador en la determinación de la imputación de uno de los punibles al procesado Manuel Bass, el reclamo de nulidad es improcedente.

Empero, si bien por el aspecto a que alude la demanda no se incurrió en vicio de nulidad, lo cierto es, no obstante, que el fallador sí calificó erróneamente los hechos. Desde luego las nulidades deben ser siempre alegadas dentro del marco de la causal cuarta de casación, por más que provengan de los motivos referidos en el inciso 2º de la causal primera. Pero aunque no se aleguen, si siendo absolutas se manifiestan en forma incontrastable, la Corte debe declararlas.

En el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, una de las demandas al sustentar la acusación formulada bajo el ámbito de la causal primera, dejó sentado que en el supuesto de que el merciólogo de la Aduana Interna de Medellín hubiese contrariado la verdad en el dictamen que recoge el manifiesto de importación, estaríase en presencia del delito de prevaricato y no de falsedad, porque el químico merciólogo, como perito que es, "no le corresponde narrar hechos sino expresar su concepto técnico sobre la naturaleza y composición de la mercancía".

Al respecto, la Procuraduría anota:

"... Descartada la falsedad documental en el caso que ahora ocupa al Ministerio Público, se presenta un dilema sobre la correcta adecuación típica, pues siendo evidente que el perito fue infiel a sus deberes, ... hay dos disposiciones de la ley penal que se refieren a tal comportamiento. En primer término está el artículo 168 del Código Penal, que señala como autor del delito de prevaricato al funcionario público que profiera dictamen contrario a la ley y, en segundo lugar, el artículo 191 del mismo ordenamiento que hace incurso en falso testimonio al que en dictamen rendido bajo juramento, afirme una falsedad, niegue o calle en todo o en parte lo que es verdad.

"A juicio de esta Procuraduría Delegada la actuación del perito que emite dictamen contrario a la ley no debería estar regulada como delito de prevaricato, pues si el experticio es una apreciación sobre algo, el punto de referencia no es la ley, sino la realidad fáctica y, en consecuencia, mal puede hablarse de ilegalidad de la pericia; quizá resulte más adecuado pensar que, habida cuenta de que el peritazgo debe rendirse bajo la gravedad del juramento (artículo 157, del Código de Procedimiento Penal), lo que ocurre cuando el perito es infiel a su encargo, es que éste falte a la verdad, la calla o la omite. No obstante, como existen las dos disposiciones en la legislación vigente, debe darse aplicación al principio de la especialidad para resolverse el aparente concurso de tipos penales, para concluir que como el artículo 168 del Código Penal, es norma que se predica de los funcionarios públicos, resulta más específica para el caso concreto. En efecto, los peritos pueden ser particulares o funcionarios públicos, sin embargo, el legislador quiso que al servidor público que rin-

da un dictamen contrario a su ciencia se le sancione como autor de un delito contra la administración pública, pues en este caso la ilegalidad del dictamen proviene de la infidelidad de los deberes del cargo, a pesar de la incongruencia que resultaría si se atiende a las consecuencias punitivas de las dos infracciones".

Las juiciosas observaciones del Agente del Ministerio Público están referidas a los artículos 168 y 191 del estatuto punitivo que dejó de regir el 29 de enero de 1981. Pero *en relación con la conducta delictuosa atribuible al perito oficial o particular cuando al emitir dictamen inmutan la verdad, esta Corporación dejó definido en fallo de 7 de diciembre de 1978:*

"... *Para que esta infracción de la ley penal (el prevaricato) se cometa es necesario ... que la promesa de fidelidad a la ley se quebrante, no de 'cualquier manera' (como en el delito de colusión), sino en la oportunidad y en la forma expresa y taxativamente señalada en el Código Penal: al proferir 'dictamen, resolución, auto o sentencia'.*

"No todo concepto u opinión o juicio contrario a la ley, proferido a sabiendas por un funcionario o empleado público o por quien transitoriamente desempeña funciones públicas es delictuoso, ni siéndolo, es siempre prevaricación; para que lo sea se requiere que haya sido proferido con alguna fuerza decisoria por las personas y del modo expreso y taxativamente señalado por la ley, entre los cuales el artículo 168 incluye ciertas determinaciones especiales proferidas por expertos que tienen ese cargo permanente o transitoriamente ...".

El nuevo instituto penal (Decreto ley número 100 de 1980), en sus artículos 149 y 172 aclara aún más la situación, puesto que mientras el segundo no alude al dictamen en la enunciación normativa del falso testimonio, a las voces del primero constituye prevaricato la conducta del "empleado oficial que profiera resolución a dictamen *manifiestamente contrarios a la ley".*

Así, pues, en casos como el que se viene contemplando, los elementos integrantes de ese posible delito de falsedad documental ideológica, vienen a quedar subsumidos por los correspondientes al de prevaricato, en razón de la especialidad ya dicha.

Situación distinta se presentaría en el caso de que sobre una experticia genuina y veraz, se cometiera un hecho constitutivo de falsedad material: por ejemplo, agregar o suprimir expresiones que pudieran servir de prueba. Pero no es este último el caso que ahora ocupa a la Sala.

Notorio es, pues, que la sentencia acusada se profirió en un juicio sobre el que recae la sanción de nulidad que disciplina el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal al calificarse como falsedad documentaria hechos constitutivos de prevaricato, por cuya razón la Corte no podría dejar de casarla, sólo porque el vicio no haya sido invocado al amparo de la causal cuarta del recurso extraordinario incoado. Es que "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" (Casación Penal, 27 de noviembre de 1975).

La declaratoria de nulidad debe cobijar la actuación surtida desde el auto de proceder inclusive, pues que no siendo descartable la conexidad entre el prevaricato y el contrabando por razones finalistas o teleológicos, al juez de aduanas de primera instancia corresponde hacer nueva calificación de los hechos acorde con los probados.

Lo expuesto exonera a la Corte de entrar al examen de las acusaciones expresadas con respecto de la causal primera de casación.

Por lo anterior, 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 de origen y fecha ameritados y DECLARA, en consecuencia, la nulidad de estas diligencias a partir, del auto de proceder, inclusive.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Carlos Giraldo Marín (Conjuez), *Álvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION

No puede invocarse error manifiesto de derecho, cuando el juez niega la suspensión de la ejecución de la sentencia, porque la concesión del subrogado se le ha dejado a su prudente juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 034.

Bogotá, D. E., abril 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 4 de febrero del año próximo pasado, confirmó la de primer grado que había proferido el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de la misma ciudad el 19 de noviembre de 1979, condenando al procesado Jaime Guzmán a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión como autor penalmente responsable de haber infringido la Ley 66 de 1968, de conformidad con los cargos que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual el abogado sustituto presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando

I. Los hechos fundamentales materia del proceso y la actuación procesal más relevante aparecen resumidos por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"... El ciudadano Jaime Guzmán fue denunciado por el señor Superintendente Bancario Segundo Delegado por haber prometido en venta a varias personas lotes de terreno en jurisdicción de la Alcaldía Menor de Kennedy, en el Distrito Especial de Bogotá, contraviniendo las disposiciones de la Ley 66 de 1968. El nombrado Guzmán obtuvo inscripción como urbanizador ante esa Superintendencia por Resolución número 01982 del 2 de julio de 1974, cuando ya había realizado los citados negocios ...".

"... A la denuncia se acompañaron fotocopias de los contratos celebrados por Guzmán con Misael Niño, Luis Eduardo Vivas y Lilia María Escobar, Orlando Rubiano, Misael Celis, María Graciela de Jiménez, Everardo López, Aminta Castro de Castañeda, Misael Nino, María Edel de Piza y Alvaro Piza y Angel María Baquero ...".

"... El Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá por juez comisionado inició la investigación el 22 de septiembre de 1975 y luego de practicadas las diligencias del caso, comprometió en juicio ordinario a Jaime Guzmán por el delito previsto en el artículo 11 de la Ley 66 de 1968; en concreto, por haber vendido lotes de terreno sin estar autorizado por la Superintendencia Bancaria y por no haber cumplido los demás requisitos contemplados en la citada ley. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el auto de proceder en proveído del 6 de julio de 1979 ...".

"... La audiencia pública se celebró el 12 de noviembre de 1979 y se dictó sentencia de primer grado en el mismo mes. Se impuso a Jaime Guzmán la pena principal de 24 meses de prisión como autor del delito ya mencionado, y se le negaron expresamente los subrogados penales. El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del cuatro de febrero del año pasado confirmó la de primer grado ...".

(Folios 83 a 84).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual se formulan los siguientes reparos:

a) *Cargo primero.* "... En el fallo dictado por el juzgado de primera instancia y en el confirmatorio respectivo se dijo que ... la conducta se presume buena, pero ello no significa que haya sido siempre buena ... (folio 170) y que '...'. No es acreedor al beneficio de la condena condicional por no estar comprobada *su buena conducta anterior* ... (ver fallo del Tribunal, folio 8) ...".

"... Cuando el fallador dice que no existe prueba sobre la buena conducta anterior de mi poderdante, sin duda alguna está desconociendo la existencia de elementos probatorios que ya se relacionaron en el momento del recuento de lo ocurrido en el proceso ...".

"... Esas pruebas son las siguientes: certificación expedida por los miembros de la Junta de Acción Comunal (folio 77), declaración de Luis Antonio Rosa Salcedo (folio 72) y declaración de Miguel Angel Valdez (folio 68) ...".

"... Dichas pruebas no aparecen controvertidas en forma alguna y el señor juez las desconoció en toda su extensión y contenido, en el momento de realizar el análisis concreto de la posibilidad del otorgamiento de un subrogado penal ...".

"... Cuando el fallo dice que no existe prueba sobre la buena conducta anterior del señor Guzmán, está incurriendo en manifiesto error, como que sí existen tres pruebas, dignas de toda credibilidad y no contradichas de manera alguna en las sumarias ...".

"... Al desconocer dicho material probatorio, el fallador mal puede aplicar el artículo 80 del Código Penal, el que viola en esta forma indirecta, máxime si se tiene en cuenta que de la parte restante de los considerandos, da por existentes los demás requisitos de la figura en mención ...".

"... Si el fallador no hubiese desconocido la existencia de esas pruebas, indudablemente que hubiese concedido a mi poderdante la libertad condicional ...".

(Folios 13 a 14).

b) *Cargo segundo.* "... En autos, como ya se relacionó, aparecen sindicaciones en contra de un señor Jaime Guzmán, lo cual llevó al fallador a decir que *no se logró establecer con certeza en contra de quién recaían* ...".

"... Si con el cuidado del caso analizamos dichas pruebas: folio 70 del sumario: entrada a la Cárcel Distrital; certificación de la sección de dactiloscopia de la Cárcel Nacional Modelo; informativo que obra al folio 84 en contra de un señor Guzmán Jaime de Chiquinquirá y constancia del folio 95 sobre indagatoria, se llega a la conclusión de que dichos documentos *por carecer de datos personales de identificación*, no pueden tenerse como referidos a mi poderdante, sin incurrir en el grave error de suministrarles un valor que legalmente no tienen ...".

"... Por el contrario, todo indica que se trata de persona o personas de diversas características y anotaciones personales ...".

"... Cuando el juzgador resuelve aseverar que no tiene certeza sobre la persona a la que se refieren esos antecedentes y resuelve interpretar las pruebas en contra de mi poderdante, quebranta en forma clara lo estatuido por los artículos 216 del Código de Procedimiento Penal que ordena el que en los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. *Toda duda se debe resolver a favor del procesado*, cuando no haya modo de eliminarla ...".

"... Cuando el fallador dictó la sentencia que se revisa, no existía modo alguno de eliminar la posible duda sobre la existencia de antecedentes, al menos en relación con estas pruebas, de tal manera que mal podía resolverla en contra del condenado, sin incurrir en grave error que lo llevó a desconocer el contenido del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal ...".

"... Al obrar en la forma en que lo hizo, el fallador quebrantó también lo estatuido por el artículo 80 del Código Penal, pues desconoció la existencia de un requisito que realmente se daba en el proceso, cual era el de la inexistencia de antecedentes de parte de mi poderdante ...".

"... Para demostrar en forma más palpable ese grave error de interpretación de la prueba, baste afirmar que el juzgador incurrió en quebranto del principio de lógica 'llamado de contradicción', de conformidad con el cual una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo y por el mismo respecto; y en el caso mencionado, el juzgador dice que mi poderdante es persona de *excelentes antecedentes para imponerle el mínimo de la pena* y que no existen circunstancias de mayor peligrosidad, pero para efectos de negarle la condena condicional le otorga a esas certificaciones

ya referidas el valor de antecedentes, con una ilógica posición ...".

(Folios 14 a 15).

III. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con base en las siguientes consideraciones:

"... La demanda de casación presentada a nombre del condenado Jaime Guzmán, no se ajusta estrictamente a la técnica propia de este recurso extraordinario. En cuanto al primer cargo, se enuncia el error de hecho manifiesto en los autos, por haberse ignorado en los fallos de instancia dos testimonios y una constancia de la Junta de Acción Comunal del barrio 'Carlos Albán' del Municipio de Bosa, pero no se analizan estos elementos de convicción para demostrar en forma clara y precisa que el señor Guzmán ha observado buena conducta. Por lo demás, el libelo desconoce otras pruebas que obran en el expediente relativas al tema de la buena conducta anterior del condenado. Y, respecto del segundo motivo de acusación, también la exposición aparece incompleta, pues se citan unas certificaciones de las cárceles Distrital y Nacional Modelo de esta ciudad y otras constancias, sin precisar su contenido y alcance jurídico. Sólo se destaca la afirmación de que se carece de datos personales de identificación, y que por tanto no se pueden hacer valer en perjuicio de Guzmán. Esta equivocada estimación de los documentos se califica como error de derecho, pero en el libelo no aparece la norma reguladora de la prueba, cuya interpretación se considera desacertada. Mas parece, en opinión de este Despacho, tratarse de un error de hecho manifiesto, porque los juzgadores de instancia atribuyeron a los citados documentos declaraciones que no se acomodan a su real contenido ...".

(Folio 86).

"... Si bien se puede presumir la buena conducta anterior del condenado en este proceso, este factor no es suficiente para que se le conceda la condena de ejecución condicional ...".

"... La demanda de casación guardó silencio sobre los requisitos del literal c) del artículo 80 del Código Penal cuya vigencia expiró hace poco y que coinciden con los del numeral 2º del artículo 68 del nuevo estatuto penal sustantivo. Estima el Ministerio Público que la naturaleza y modalidades del hecho punible impiden conceder el subrogado porque los actos ejecutados por Guzmán comprometieron a personas ignorantes, de bajos recursos económicos, que con el justo deseo de levantar su casa de habitación celebraron contratos de compraventa con éste, respecto de terrenos sin servicios y sin las obras de urbanismo que prescriben las normas legales vigentes. Por lo demás, no aparece constancia de que el condenado hubiese indemnizado los perjuicios causados con sus actos, tema éste que expresamente contempló la sentencia de segundo grado ...".

(Folios 87 a 86).

Considerando

1. Como bien lo advierte la Procuraduría Segunda Delegada, la demanda no se ajusta estrictamente a los requisitos propios del recurso, pues si bien se acusa a la sentencia de haber dejado de considerar pruebas legalmente producidas, conforme a las cuales aparecía demostrado que el condenado había observado siempre una buena conducta anterior, la crítica se formula incompletamente, dejando incólume otras constancias procesales, no desvirtuadas oportunamente, en sentido contrario y si, de otra parte, se ataca el valor dado a la prueba sobre el comportamiento del procesado, la acusación se formula también inconclusamente, sin precisar ni fundar adecuadamente el ataque contra la norma reguladora de la prueba que el recurrente estima equivocadamente interpretada por el Tribunal.

2. No ve la Corte, además, cómo pueda acudirse a la violación o infracción de la ley, por error manifiesto de hecho, cuando existen constancias procesales que permiten inferir que no ha sido siempre buena la conducta anterior del procesado y suponer que ni su personalidad, ni la naturaleza y modalidades del hecho, ni los motivos determinantes, apoyan la conclusión de que es acreedor al excepcional beneficio impetrado.

Las pruebas recogidas en el proceso que señalan al condenado Jaime Guzmán como persona sindicada de la comisión de delitos, no desvirtuadas hasta ahora, son de suyo suficientes para poner en entredicho, cuando menos, su buena conducta anterior, como se advierte de la simple lectura del expediente (folios 70, 76, 95 del cuaderno principal y 10 a 11 del cuaderno del Tribunal), circunstancia que lleva a la conclusión de que el invocado error de hecho no aparece manifiesto en los autos:

"... Reiteradamente se ha explicado por la Corte que el error de hecho manifiesto de que trata el artículo 580 del Código de Procedimien-

to Penal, numeral 1º, cuerpo segundo, no debe exigir para su reconocimiento por el sentenciador ningún esfuerzo dialéctico. Lo manifiesto se impone a primera vista. Es lo evidente. Lo que no requiere demostración. Y las constancias del expediente (...), están indicando lo contrario de lo afirmado por el impugnador ...".

(Casación, 18 de abril de 1978, Acta número 29).

"... ... ...".

"... El error de hecho manifiesto en el cual la casación colombiana permite fundar el recurso extraordinario, debe ostentar los caracteres de lo evidente. Es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por el censor o por los jueces en sede de casación ...".

"... ... ...".

"... Queda claro así que los imperativos del error de hecho manifiesto de que trata el cuerpo segundo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cobran realidad en el mundo de lo objetivo concreto y no en el de las inferencias y deducciones lógicas a las que puede abrir camino, pero que, en ningún caso son obligado presupuesto suyo ...".

(Casación, 19 de junio de 1979, Acta número 46).

3. *Tampoco ve la Corte muy claro cómo pueda acudirse a la violación o infracción de la ley, por error manifiesto de derecho, respecto de una situación que como la regulada en el artículo 80 del Código Penal vigente para la fecha de los hechos, dejaba al prudente juicio de los jueces la facultad de negar la suspensión de la ejecución de las sentencias, si, según su criterio, esto es, subjetivamente, no se daban en el proceso los elementos de convicción suficientes para adquirir la seguridad "de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir" o, como lo establece el Código actual, para "suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario".*

Al respecto ha dicho la Corte:

"... La ley exige, para poder otorgar el beneficio de la condena condicional, que la conducta anterior del procesado 'haya sido siempre buena' y que el hecho y los motivos determinantes le den al juez 'la convicción' de que el individuo no es peligroso y de que no volverá a delinquir. Obvio es que tal convicción es eminentemente subjetiva y lógico es que tal gracia, de carácter excepcional, no puede otorgarse sino cuando haya una gran probabilidad de que no ha de ser perjudicial para la sociedad y sí beneficiosa para el procesado ...".

(Sentencia, 9 de mayo de 1950, LXVI, 280).

"... ... ...".

"... La condena condicional es una gracia especialísima. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales, como se deduce del mismo texto del artículo 80 del Código Penal, que apenas otorga una facultad potestativa al juez para suspender la ejecución de la sentencia, cuando se reúnan las exigencias legales que ese mismo artículo determina ...".

(Sentencias 10 de julio de 1951, LXX, 109; 15 de junio de 1972, CXLII, 362).

"... ... ...".

"... La condena condicional, por medio de la cual se confiere al juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, está sujeta a los requisitos enumerados en el artículo 80 del Código Penal, pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término acude a la convicción de éste la solución del problema, es decir, a algo muy íntimo y subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte ...".

(Sentencia, 28 de julio de 1953, LXXV, 718).

No prosperan, pues, los cargos.

Por las anteriores breves consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Lisandro Martínez Zúñiga (Conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL

No constituye falsedad el hecho de que el funcionario judicial no esté presente en las diligencias del principio al fin

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 035.

Bogotá, D. E., abril 21 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

A virtud de consulta, corresponde a la Corte revisar el auto de 18 de diciembre del año pasado, por medio del cual el Tribunal Superior de Cúcuta sobreseyó definitivamente a favor de la doctora Gladys Rincón Castellanos, sindicada de la comisión de un delito de falsedad cuando desempeñaba las funciones de Juez Quinto Penal Municipal de la misma ciudad.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha manifestado su conformidad con la providencia consultada y solicitado a la Sala, en consecuencia, que le imparta su aprobación.

Resultando

Los hechos fundamentales materia del proceso se contraen a las afirmaciones hechas por Aura Cecilia Cuéllar Parra, empleada del Juzgado Quinto Penal Municipal de Cúcuta, conforme a las cuales en varias oportunidades tuvo que recibir declaraciones e indagatorias sin la presencia de la Juez Gladys Rincón Castellanos quien, a pesar de no intervenir en las diligencias, hacía constar que habían sido recibidas personalmente por ella, hecho que consideraba constitutivo del delito de falsedad en documento público, aparte de que, igualmente, ésta cambiaba a los apoderados de oficio posesionados en las respectivas diligencias, por otros abogados que llegaban casualmente al juzgado, lo que también le parecía delictuoso.

Considerando

La juez acusada, con respaldo en numerosas diligencias practicadas durante la investigación, negó enfáticamente la veracidad de los cargos formulados en su contra, que consideró producto de la ignorancia de la denunciante, pues si en realidad cambió a alguno o algunos apoderados de oficio, lo hizo precisamente porque se ausentaban o no estaban presentes en las diligencias, dejando a los sindicados sin apoderados, lo cual hubiera sido el desconocimiento del derecho de defensa. En cuanto a la recepción de indagatorias y declaraciones sin su presencia, asegura que se trata de una falsedad de la empleada, pues a los abogados, procesados y empleados les consta que ella como todos los jueces, se veía en la ineludible necesidad de recibir simultáneamente esas diligencias, las indagatorias desde su Despacho y las declaraciones desde la Secretaría, comunicados entre sí, alternando unas y otras con las preguntas de rigor que dictaba personalmente, excepto las generalidades de ley que no necesitan de este requisito y que son las que adelantan los subalternos. También informa que no firmó una diligencia de pesaje de marihuana, sencillamente porque no la ordenó ni presenció, habiéndolo hecho la denunciante por su cuenta y riesgo, por cuyo motivo tuvo que sancionarla disciplinariamente.

La versión de la doctora Gladys Rincón Castellanos, en definitiva, encontró respaldo en los testimonios de Aracely Francisca Jaimes, ex Secretaria del juzgado, doctor Jorge E. Rivera Gálvez, doctor Nicolás Rangel Colmenares y Alberto Castro García, ex Citador del mismo juzgado, además de la inspección judicial que se

practicó en el sumario contra Luis Artidoro Montes y otros, por estupefacientes, verificando que en realidad la señorita juez no concurrió a la diligencia de pesaje de la marihuana, ni la había ordenado, por lo cual cuando la empleada Aura Cecilia Cuéllar le pasó la que había elaborado, le llamó la atención por esa y otras irregularidades, practicando nueva diligencia. Además, la lógica también saca verdadera la versión de la denunciada, pues no es posible creer que atropelló el derecho de defensa al reemplazar a un apoderado de oficio ausente por otro presente, como lo manda la ley. Ni tampoco nada tiene de raro, dentro de las limitaciones bien conocidas en el funcionamiento de los juzgados colombianos, que el juez se vea obligado a multiplicarse en las diligencias, dictando preguntas y recibiendo respuestas simultáneamente, mérito que bien vale la pena reconocer alguna vez. Por otra parte, ni por asomo aparece en parte alguna la alteración de la verdad en las expresadas diligencias, menos que se hubiesen perjudicado los respectivos sindicados y apoderados.

Sobre este particular ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Corte en providencia de 5 de agosto del año pasado (Proc. Rad. número 36204), en la que dijo:

"... *Con ser práctica viciosa, no constituye (...) falsedad documental la costumbre, cada día más frecuente a medida que aumenta el recargo de trabajo en los despachos judiciales, conforme a la cual se juramenta a los testigos y se les interroga simultánea o sucesivamente, de suerte de practicar así varias diligencias al tiempo y, por consiguiente, sin esperar los jueces la terminación de una de ellas, para dar comienzo a la siguiente ...*".

"... *Esta práctica, al parecer seguida por la totalidad o por la inmensa mayoría de los despachos judiciales, según se advierte de los testimonios rendidos en este proceso, impone a los funcionarios una actividad y un tan extraordinario esfuerzo mental, por la memorización simultánea de los diferentes relatos y por la retención del tema de las preguntas hechas en cada caso, que la cantidad del trabajo realizado se obtiene en perjuicio de la profundidad, de la seriedad y de la continuidad del respectivo interrogatorio, con el resultado de una prevalencia del aspecto puramente formal sobre el real o material buscado con la prueba y con el riesgo de omisiones y de informalidades legales, como las que en este asunto han sido materia de la acusación a la juez ...*".

Por lo visto, el aspecto objetivo de la falsedad per se, *incluido en el Código adjetivo, sólo puede darse cuando realmente se ha faltado a la verdad en el texto de la diligencia y se ha causado con ello algún perjuicio, pues lo previsto por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal haría incurrir en falsedad a todos los funcionarios judiciales que no pueden estar físicamente presentes en las diligencias, del principio al fin, con cuya extrema medida no se conseguiría otra cosa que paralizar a la justicia.*

Al respecto, tiene toda la razón el señor Procurador Delegado cuando dice:

"... Tratarísase de una falsedad inocua, carente de relevancia jurídica en el campo penal que aconsejaría un sobreseimiento definitivo de los cargos formulados en razón de que el hecho imputado a la ex juez Rincón Castellanos no es constitutivo de infracción penal ...".

En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, al aparecer plenamente comprobado que los hechos denunciados no los considera la ley como infracción penal, la Corte, en —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Delegado, CONFIRMA el auto consultado.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FAVORABILIDAD

La aplicación de la norma más favorable debe ser integral. No es permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece, y desechar lo que perjudica.

PRESCRIPCION DE LA ACCION

Qué se entiende por máximo de la sanción fijada en la ley

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 35 de 22 de abril de 1981.

Bogotá, D. E., abril 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

El procesado Segundo José o José Segundo Tránsito de las Angustias Sáenz Salas, condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja a la pena principal de *cinco años, seis meses de presidio* por los delitos de falsedad en documentos públicos (dos) y peculado (dos), cometidos en concurso y juzgados en causas acumuladas, ha solicitado, de un lado, que se decrete la prescripción de la acción penal respecto de los dos delitos de peculado, y de otro lado que, en relación con la pena que le correspondería pagar por los dos delitos de falsedad y en atención al tiempo que lleva en detención preventiva y la reducción a que tendría derecho por el trabajo y estudio realizados en el lugar de reclusión, se le conceda la libertad provisional. Invoca las normas del nuevo Código Penal por estimarlas más favorables.

El proceso se encuentra en la Corte pendiente de surtirse la tramitación del recurso de apelación que interpuso contra la sentencia en la cual le fue impuesta dicha sanción.

Dada la naturaleza de las peticiones formuladas por el procesado, las que fueron presentadas simultáneamente con la llegada del expediente, se les dio curso inmediatamente dejando para surtir después el trámite del recurso.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa favorablemente respecto de la prescripción de los delitos de peculado, por estimar que el lapso prescriptivo ha operado ya si se tienen en cuenta las normas del nuevo Código Penal, sobre todo la que permite disminuir la pena imponible *hasta* en la mitad por razón del reintegro hecho con posterioridad a la sentencia de primera instancia, pero antes de la de segunda (artículo 139, inciso 2º).

En relación con la libertad provisional emite concepto adverso, pues "atendidas las voces de los artículos 85 del anterior Código Penal y 72 vigente, ni la personalidad, ni los antecedentes del interesado permiten suponer su readaptación social en este momento, a más de que no lleva en detención las dos terceras partes de la pena imponible".

Como se trata de dos solicitudes de naturaleza diferente, se entra a estudiarlas por separado.

Prescripción de los dos delitos de peculado:

Primer caso. Se trata de un peculado en cuantía de dos mil pesos ($ 2.000.00), por el cual se le llamó a responder en juicio, en concurso con el delito de falsedad en documentos públicos, mediante auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Tunja el día veintinueve (29) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976), el cual quedó *ejecutoriado* el día trece (13) de

abril del mismo año (1976) folios 120 y vuelto del expediente número 42505.

El hecho que se le atribuye a Sáenz Salas consiste en haberse apoderado de la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) dados en caución por Julio Alberto Cárdenas para disfrutar del beneficio de libertad decretado por Sáenz como Juez Promiscuo Municipal de Togüí dentro de un proceso que se adelantaba contra aquél en el juzgado por el delito de abuso de confianza.

Para lograr su cometido el juez encargado fingió la existencia de un auto por medio del cual se ordenaba la devolución de la caución y transcribiéndolo a la Caja de Crédito Agrario de esa localidad, donde se había hecho el depósito, obtuvo que le fueran entregados por interpuesta persona.

Segundo caso. Se refiere a un peculado en cuantía de seis mil pesos ($ 6.000.00) y en su modalidad de continuado, por el cual fue llamado a responder en juicio, en concurso con el delito de falsedad en documento público, mediante auto del Tribunal Superior de Tunja de fecha ocho (8) de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974) folios 115 a 157 del proceso número 39380, el cual quedó *ejecutoriado* el día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976) folios 177 y 178 ibídem.

El hecho imputado a Sáenz Salas consiste en haberse apropiado, siendo juez encargado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Togüí, donde se desempeñaba como Secretario, de la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00), los cuales le fueron entregados, en su calidad de tal, por Mardoqueo Vargas, quien era secuestre en un juicio ejecutivo que cursaba en el juzgado en virtud de demanda de Froilán Sáenz contra Julio Rondón respecto de unas mejoras. Los dineros provenían de frutos cosechados por el secuestre y que él entregaba al juzgado en cumplimiento de sus deberes oficiales.

El juez encargado los recibió en diferentes fechas y por contados, uno de tres mil pesos ($ 3.000.00), otro de dos mil pesos ($ 2.000.00) y otro de mil pesos ($ 1.000.00), de los cuales expidió el correspondiente recibo.

Posteriormente, y con el pretexto de que iba a extenderle un solo recibo por el total, reclamó al secuestre los recibos parciales que le había expedido, los cuales destruyó sin haber cumplido la promesa del recibo global.

Para resolver acerca de la petición de prescripción de estos delitos, es pertinente dejar sentados previamente los siguientes supuestos:

a) Tanto bajo la vigencia del anterior Código Penal, en ese caso en virtud de criterios jurisprudenciales y doctrinales, como en aplicación del actual, que contiene norma expresa al respecto (artículo 85), la acción penal prescribe separadamente respecto de los varios hechos punibles juzgados en un mismo proceso;

b) *La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). A contrario sensu, si la más favorable es la anterior, es ella la que rige el caso (ultraactividad). Artículo 26 de la Constitución Nacional y 6º del Código Penal;*

c) *Esa aplicación debe ser integral, esto es, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso.*

d) *Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del Código Penal anterior y 80 del vigente), se forma de la pena señalado para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resulturen de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de incremento, en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia.*

En reciente pronunciamiento dijo la Sala, a este respecto: "La prescripción, en casos tales, sigue relacionándose con el 'máximo' de pena que aparezca como posibilidad de mayor sanción, efectuada la correspondiente detracción o aumento de pena" (casación de 12 de diciembre de 1980).

Sobre esas bases, se procede a analizar, en primer término, si la acción penal respecto de esos delitos puede tenerse por prescrita al amparo de las normas del *anterior Código Penal.*

Primer caso. Peculado en cuantía de dos mil pesos ($ 2.000.00):

1º El máximo de la pena era de seis años de prisión (Decreto 1858 de 1951, artículo 3º).

2º El reintegro, para que produjera el efecto jurídico de la disminución de la pena, debía ser hecho antes de iniciarse la investigación, o después de este momento procesal, pero en todo caso,

antes de que se *dictara* sentencia de *primera* instancia (Decreto 1858 de 1951, artículo 2º).

3º La acción penal prescribía en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal (artículo 105 del Código Penal anterior). Luego, en este caso, prescribiría en seis años.

4º El auto de proceder en firme interrumpía la prescripción de la acción penal, pero en ese caso principiaba a correr de nuevo un lapso prescripcional igual, sin superar desde luego, el tope de treinta años que establecía el artículo 105 citado. En el caso que se analiza, empezó a correr un nuevo término de *seis* años, contados a partir del día 13 de abril de 1976, fecha en la cual quedó ejecutoriado el auto de proceder.

Dicho término no se ha cumplido a la fecha, pues, además, el reintegro fue hecho con posterioridad a la sentencia de primer grado (folios 635, 640 y 641 del proceso número 42505), y por lo mismo no genera disminución de la pena.

No ha prescrito, por tanto, la acción penal respecto de este delito.

Segundo caso. Peculado por seis mil pesos ($ 6.000.00):

1º El máximo básico de la pena era de *quince* años de presidio (Decreto 1858 de 1951, artículo 3º), aumentable de una sexta parte a la *mitad*, por haberse cometido el delito en forma continuada (artículo 32 del anterior Código Penal), para un máximo unificado de sanción de veintidós años y medio.

2º El reintegro producía efectos jurídicos solamente cuando se hacía dentro de los momentos procesales analizados en precedencia. Como en este caso se realizó con posterioridad a la fecha en que se *dictó* sentencia de *primera* instancia (folios 635, 640 y 641 del proceso número 42505), no tendría virtualidad para producir la disminución de la pena.

3º La prescripción de la acción penal operaría, en este caso, en término no inferior a ese máximo a que se aludió en el numeral 1º.

4º La interrupción de la prescripción de la acción penal, generada por el auto de proceder que se ejecutorió el día 19 de febrero de 1976 (folios 177 y 178 del proceso número 39380), hizo que empezara a correr un nuevo período prescriptivo de igual duración (artículos 105 y 107 del Código Penal anterior), el cual no se ha cumplido aún.

En conclusión, tampoco ha prescrito la acción penal respecto de este delito.

Análisis de la prescripción de estos delitos frente al nuevo Código Penal:

Primer caso. Peculado por dos mil pesos ($ 2.000.00):

1º El máximo de pena sería *diez* años de prisión (artículo 133 del Código Penal), disminuible, para los solos efectos del fenómeno de la prescripción, en *un* (1) día, por haber sido reintegrado, con posterioridad a la sentencia de *primer* grado y antes de la de segundo, el dinero apropiado (folios 635, 640 y 641, proceso número 42505) —artículo 139, inciso 2º del Código Penal—. Esta norma permite, en ese caso, disminuir la pena *hasta* en la mitad.

2º La prescripción operaría en *trece* (13) años *y cuatro* (4) meses, menos *un* (1) día, de acuerdo con los artículos 80 y 82 del Código Penal, ya que esta última norma dispone el aumento del término prescriptivo en *una tercera parte*, cuando el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.

3º Interrumpida la prescripción de la acción penal, la cual opera por haberse proferido auto de proceder, o su equivalente, que estuviere debidamente *ejecutoriado*, principia a correr de nuevo un tiempo igual a la *mitad* del señalado para su operancia (artículo 84 del Código Penal). En este caso, el nuevo período de prescripción sería de *seis* (6) años, *ocho* (8) meses, menos *un* (1) día, el cual no se ha cumplido aún, pues la interrupción ocurrió a partir del día 13 de abril de 1976 (folios 120 y vuelto del proceso número 42505).

Luego, tampoco está prescrita la acción respecto de este delito a la luz de las nuevas disposiciones penales, las cuales deben ser aplicadas integralmente si se las acoge por estimarlas más favorables.

Segundo caso. Peculado por seis mil pesos ($ 6.000.00):

1º Al no considerar de manera expresa el nuevo Código el fenómeno de la continuidad en el delito, las tres apropiaciones deben ser tenidas como hechos delictivos independientes, si se quiere constitutivos de un concurso material homogéneo sucesivo, pero respecto de los cuales la

acción penal prescribe, en todo caso, en forma separada.

2º Teniendo en cuenta lo anotado en el numeral precedente y para los efectos que se han venido analizando, el máximo de la pena, para cada uno de esos tres hechos delictivos, sería de *diez* años de prisión (artículo 133 del Código Penal), disminuible, para los cómputos del término de prescripción, en *un* (1) día, en consideración al reintegro efectuado, y por las mismas razones y apreciaciones hechas respecto del anterior caso, valederas para el presente (numeral 1º precedente).

3º La prescripción operaría, para cada uno de esos delitos, en un término de *seis* años, *ocho* meses, menos *un* día (artículos 80 y 82 del Código Penal), que es la mitad de dicho máximo de pena y que sería al que habría que acudir por haberse interrumpido la prescripción a partir del momento en que se ejecutorió el auto de proceder, lo que ocurrió el día *19 de febrero de 1976* (folios 177 y 178 del proceso número 38380).

Como puede apreciarse fácilmente, tampoco ha prescrito la acción penal respecto de este delito, si se analiza frente a las normas del nuevo Código Penal.

Acorde con las consideraciones que se dejan hechas, ninguno de los dos delitos de peculado por los cuales se encuentra condenado en primera instancia Segundo José o José Segundo Tránsito de las Angustias Sáenz Salas ha prescrito, ni a la luz del antiguo Código ni en presencia del que ahora rige.

Solicitud de libertad provisional

No es procedente aún, pues el peticionario no ha descontado las dos terceras partes de la pena de cinco años y seis meses de prisión (artículo 377 del Código Penal) que le fue impuesta en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja el 28 de enero del presente año, la cual se encuentra recurrida en apelación (artículos 72 del Código Penal y 453 del Código de Procedimiento Penal, numeral 6º).

Esas dos terceras partes equivalen a *cuarenta y cuatro meses* (44), y el solicitante solamente ha descontado un total de veintinueve (29) meses y dieciocho (18) días discriminados así: en detención efectiva veintisiete (27) meses y veintinueve (29) días, pues quedó por cuenta de estos procesos el día 23 de diciembre de 1978 (folios 360 y 390 del proceso número 42505), y por trabajo y estudio un (1) mes y diecinueve (19) días (folio 4 del cuaderno número 11 de la Corte y 656 del proceso número 42505).

En vista de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NIEGA las peticiones de prescripción de la acción penal y libertad provisional formuladas por Segundo José o José Segundo Tránsito de las Angustias Sáenz Salas.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Moro Cogollos
Secretario.

CONSECUENCIAS DEL SEGUNDO SOBRESEIMIENTO TEMPORAL

Frente a un segundo sobreseimiento temporal ejecutoriado, no modificado por una nueva y definitiva calificación, no puede ni subsistir ni dictarse auto de detención sino como consecuencia lógica de un auto de proceder

---

LEY 22 DE 1980. INTERPRETACION DEL ARTICULO 5º

Para dar aplicación a esta norma, previamente deberá hacerse un juicio del material probatorio con el fin de determinar si hay mérito para detener. Si la respuesta es afirmativa, no es viable ordenar la cesación de todo procedimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26688.

Aprobado: Acta número 41.

Bogotá, D. E., abril 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Procede la Sala a revisar el auto de 27 de noviembre último, por medio del cual el Tribunal Superior de Ibagué negó al procesado doctor Carlos Fandiño del Portillo, ex Juez Promiscuo de Menores de Chaparral, la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal con fundamento en la Ley 22 de 1980, decretó su detención preventiva por el delito de concusión y libró orden de captura en su contra.

Así mismo, han llegado las diligencias para resolver sobre la recusación propuesta por el inculpado contra el Magistrado sustanciador doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo, quien rechazó el incidente mediante auto del 3 de diciembre pasado.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, limita su concepto a lo relativo con la detención preventiva decretada por el Tribunal de instancia y concluye que se dan los requisitos legales para mantener dicha determinación, absteniéndose de pronunciarse sobre la viabilidad de la aplicación del artículo 163 del Estatuto Procedimental por considerar que el procesado sólo recurrió de la orden de detención.

Actuación procesal

Dieron origen a la presente investigación los siguientes hechos:

"En el Juzgado Promiscuo de Menores de Chaparral, a cargo del inculpado, cursaba un proceso sobre suspensión de la patria potestad adelantado por Alberto Rocha Olaya contra María Iboth Villanueva. Próximo a dictarse el fallo definitivo, el denunciado solicitó a Rocha Olaya por intermedio de Sofía Olaya, madre natural del querellante, la suma de $ 20.000.00 con el fin de proferir sentencia en su favor.

"El día doce de marzo postrero Rocha Olaya llegó a Chaparral y previa consulta con su abogado Marco Tulio Miranda recibió en su residencia al doctor Fandiño del Portillo no sin antes colocar en sitios estratégicos dos grabadoras con sus respectivos cassettes.

"Efectivamente y después de algunos regateos, se acordó la suma de $ 13.000.00 que debían ser entregados de preferencia a la firma Suzuki con la cual tenía el acusado una deuda pendiente".

Al expediente y dentro de la correspondiente investigación, se apertaron los documentos que demuestran la calidad de funcionario público que tenía el procesado para la época de los hechos.

Carlos Fandiño del Portillo rindió indagatoria dentro de estas diligencias el 17 de mayo de 1977.

El Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia de 18 de agosto de 1977, negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y esta Sala al revisar dicha providencia, por vía de apelación, la confirmó integralmente el 2 de diciembre del mismo año.

Cerrada la investigación, el Tribunal Superior de Instancia, en proveído del 22 de junio de 1978, sobreseyó temporalmente en favor del procesado y dispuso nueva práctica de diligencias entre ellas, la confrontación de voces de los cassettes con la original del acusado. Y, el 8 de marzo siguiente, se calificó nuevamente el mérito del sumario con un segundo sobreseimiento de carácter temporal, que al ser sometido a consulta, la Corte lo confirmó el 25 de septiembre de 1979.

Regresado el proceso a Ibagué se hizo nueva solicitud de aplicación del artículo 163 del Estatuto Procedimental y el Tribunal de dicha ciudad en providencia de 30 de octubre último negó la referida aplicación. Dicha providencia no fue recurrida.

En memorial, recibido del correo nacional el 5 de noviembre de 1980, el procesado reitera su solicitud de cesación de procedimiento con fundamento en la Ley 22 de 1980 y con fecha 8 de los mismos pasó al Despacho del Magistrado Ponente, quien presentó proyecto a la Sala de Decisión, el cual fue aprobado el 27 del mismo mes y año. En él se negó la aplicación de la norma invocada y se decretó la detención preventiva del funcionario, decisión que ahora es motivo de revisión por parte de la Sala. Inmediatamente el Magistrado sustanciador fue recusado por el propio sindicado y en auto del 3 de diciembre último se rechazó el incidente.

Consideraciones de la Corte

No comparte la Sala el criterio del colaborador fiscal de entender recurrida la providencia de 27 de noviembre último sólo en cuanto se refiere a la detención preventiva, puesto que, el pronunciamiento por parte de la Sala de Decisión del Tribunal *fue uno solo*, en todo desfavorable al procesado por cuanto se le negó la aplicación de la Ley 22 de 1980, decretó su detención preventiva y, consecuencialmente, dispuso orden de captura en su contra.

Inmediatamente el procesado recusó al Magistrado ponente y éste, a su turno, rechazó la pretensión.

Por lo anterior, la Sala se ocupará de tres situaciones procesales diversas:

a) Auto de detención;

b) Aplicación de la Ley 22 de 1980;

c) Recusación promovida por el procesado contra el Magistrado sustanciador doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo.

a) *Auto de detención:*

Primeramente recuérdese que dentro de las presentes diligencias se profirió el 22 de junio de 1979, sobreseimiento temporal en favor del doctor Carlos Fandiño del Portillo y que el 8 de marzo de 1979, vencido el nuevo término de instrucción, se favoreció al procesado con un nuevo sobreseimiento de carácter temporal, el cual fue ratificado por esta Sala en providencia del 25 de septiembre siguiente, previo concepto favorable del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el mismo que ahora solicita la confirmación del auto de detención contra el funcionario.

El artículo 494 del Código de Procedimiento Penal prescribe que frente a una segunda calificación, si no existiese fundamento legal para dictar auto de proceder o para sobreseer definitivamente, se proferirá un segundo sobreseimiento temporal, en el cual se revocará el auto de detención *que se haya dictado y se cancelarán las cauciones prestadas. Desprendese que, frente a un segundo sobreseimiento temporal, no puede coexistir auto de detención con vigencia o caución que comprometa al procesado a observar comportamiento especial u obligaciones concretas.*

El artículo 8º de la Ley 17 de 1975 que modificó el artículo 495 del estatuto procedimental dice: "Ejecutoriado el segundo sobreseimiento temporal se archivará el expediente. Sin embargo, dentro de los dos años siguientes deberá proseguir la instrucción de oficio o a solicitud de parte, siempre que resulte prueba que tienda a demostrar la responsabilidad o inocencia del sindicado". Y fue precisamente esto lo que ocurrió en el presente caso, puesto que, oficiosamente se

ordenó la práctica de la pericia sobre los casettes aportados al proceso.

Ahora bien. El mismo artículo prescribe que: "Si de las pruebas que se practiquen en la nueva fase de la instrucción resultare mérito para dictar auto de proceder o para sobreseer definitivamente, se cerrará la investigación y se hará la calificación de fondo del sumario". Quiere decir lo anterior que, de producirse prueba suficiente para dictar auto de llamamiento a juicio o para sobreseer definitivamente, el juez no podrá hacer cosa distinta de cerrar la investigación y calificar el sumario. Entonces, frente a un segundo sobreseimiento temporal, ejecutoriado, no modificado por una nueva y definitiva calificación, no puede ni subsistir ni dictarse auto de detención sino como consecuencia lógica de un auto de proceder.

Por lo anterior, el auto recurrido será revocado en cuanto decretó la detención preventiva del juez Fandiño del Portillo, pues tal determinación contraría las voces de los artículos 494 y 495 del estatuto procedimental.

b) *Aplicación de la Ley 22 de 1980:*

Según el artículo 5º de la Ley 22 de 1980: "cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o ésta hubiere sido revocada, el juez procederá de oficio, y sin el previo concepto del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado".

De las consideraciones precedentes y de la norma transcrita, se tienen dos situaciones diversas:

1ª *Para que el funcionario pueda dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, previamente deberá hacer un juicio del material probatorio existente en el sumario, para determinar si hay mérito, para dictar auto de detención que de resultar afirmativo excluiría la aplicación de dicha norma.*

En caso contrario, ordenará la cesación del procedimiento y el archivo definitivo del proceso, mediante resolución motivada contra la que proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante siempre y cuando tengan la calidad de parte dentro del proceso, hayan transcurrido más de dos años desde que rindió indagatoria o desde la fecha en que quedó ejecutoriada la providencia que revocó la medida precautelativa.

2ª *Frente a un segundo sobreseimiento temporal, ejecutoriado, si bien es cierto que no puede existir válidamente auto de detención, el juez hará un análisis de la prueba existente y si llegara a encontrar mérito para calificar definitivamente el sumario, procederá a cerrar la investigación. Si dictare auto de proceder, consecuencialmente, deberá proferir la medida privativa de la libertad, en aquellos casos que la entidad del delito lo permita.*

Si del estudio de la prueba llegare a concluir que existe mérito para dictar auto dalentivo, pero no la suficiente para calificar el sumario con auto de proceder, ordenará seguir la investigación hasta agotar el tiempo señalado por el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal pero, vencido éste, sin que hubiere cambiado la situación jurídica del inculpado, suspenderá la investigación mediante resolución motivada, previo concepto del respectivo agente del Ministerio Público.

Por lo anterior, la decisión adoptada por el Tribunal de instancia será confirmada en cuanto a la negativa de dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, para que se proceda de conformidad con lo dicho en las anteriores consideraciones.

c) *Recusación promovida por el procesado contra el Magistrado sustanciador doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo.*

Funda el acusado su memorial de recusación al Magistrado sustanciador en dos numerales del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

1º El 5º por considerar que existe parcialidad y enemistad grave del funcionario hacia su persona hasta el punto de tener que denunciarlo por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

A tal efecto, el Magistrado sustanciador respondió la acusación diciendo que: "en cuanto a la supuesta enemistad grave, el suscrito está en el deber de manifestar que es gratuita la afirmación. Al doctor Fandiño del Portillo lo vino a conocer personalmente cuando lo oyó en indagatoria dentro de este proceso. No ha tenido con él ninguna relación personal, no ha existido el menor motivo para abrigar la más mínima antipatía contra él".

La anterior manifestación no puede ser más elocuente. El funcionario rechaza la acusación y es enfático en manifestar su imparcialidad frente al caso concreto.

En las decisiones adoptadas por el Magistrado sustanciador y acogidas por sus compañeros de

Sala no se encuentra el más mínimo asomo de animadversión hacia el recusante.

2º El 12 por considerar que el Magistrado sustanciador violó los términos consagrados por la ley para resolver sus peticiones de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

A tal efecto, basta con revisar el proceso donde aparece que el procesado elevó solicitud de aplicación de la norma citada el 10 de septiembre de 1980 y la Secretaría la agregó al proceso. El 29 siguiente el acusado elevó nueva solicitud reiterando la anterior y sólo entonces la Secretaría pasó el proceso al Despacho del Magistrado sustanciador, quien en la misma fecha les dio trámite; el 10 de octubre siguiente el señor Fiscal emitió concepto desfavorable a las solicitudes de Fandiño del Portillo. El 22 de octubre el Magistrado registró el correspondiente proyecto el cual fue acogido por la Sala el 30 siguiente y en él negó la cesación de todo procedimiento, providencia que el procesado no recurrió.

El 5 de noviembre y estando en proceso de notificación la decisión anterior, el procesado envió al Tribunal nuevos memoriales en que solicitaba la cesación de procedimiento, esta vez con fundamento en la Ley 22 de 1980 y el 27 del mismo mes la Sala en extenso y juicioso estudio negó la aplicación del artículo 5º de la ley invocada por haber encontrado que se llenaban los requisitos para dictar auto de detención. Esta resolución es ahora materia de impugnación.

Como puede apreciarse, el Magistrado sustanciador y la Sala cumplieron a cabalidad con los términos señalados por la ley para resolver los memoriales del procesado.

Por lo anterior, no existe razón alguna para separar del conocimiento del proceso al Magistrado sustanciador.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

1º CONFIRMAR el numeral primero del auto recurrido por las razones consignadas en la parte considerativa de esta providencia.

2º REVOCAR los numerales 2º y 3º del mismo auto.

3º DECLARAR que no hay lugar a separar del conocimiento de estas diligencias al Magistrado doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo por ser improcedente la recusación propuesta contra dicho funcionario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Álvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Disentimos respetuosamente del pensamiento mayoritario de la Sala respecto de la interpretación que hizo del inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, para deducir de ella que cuando se trata del caso del indagatoriado a quien, después de dos años de haberlo sido, no se le ha dictado auto de detención, se precisa, para ampararlo con la cesación de procedimiento que establece la Ley 22, hacer previamente por el juez "un juicio del material probatorio existente en el sumario para determinar si hay mérito para dictar auto de detención que de resultar afirmativo excluiría la aplicación de dicha norma".

Esta manera de entender la disposición no consulta, a nuestro juicio, los objetivos que se buscaron con la ley, y establece, además, un tratamiento diferente para la otra hipótesis de cesación de procedimiento que considera ésta en un mismo inciso del artículo segundo, o sea la referente al auto de detención revocado.

Los fines perseguidos por la Ley 22, según se desprende de la historia de su expedición, fueron los de fenecer, por un medio extraordinario, que así no se le hubiera querido calificar equivale a una especie de prescripción de corto tiempo, todas aquellas investigaciones en las que ningún otro resultado aparente podía esperarse fuera del de hacerlas figurar indefinidamente en las estadísticas judiciales y mantener vinculada a la persona a una sindicación sin más esperanza que la prescripción.

De allí que preceptúase que cuando hubieren transcurrido más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria sin que "existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva", o cuando habiéndose proferido se revocó y hubieren transcurrido más de dos años

desde la revocatoria, el juez procediera *de oficio* y sin el previo concepto del Ministerio Público a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado.

El Ejecutivo y el Legislativo tuvieron que haber partido, al concebir esta norma, del supuesto indiscutible de que, en presencia de los términos precarios que tiene el juez para resolver la situación jurídica de un indagatoriado y de la exigua prueba que se requiere para sustentar un auto detentivo, el transcurso de dos años, contados desde la indagatoria o desde la revocatoria, sin haber sido o vuelto a ser detenido el sindicado, según el caso, evidencia, salvo excepciones que tienen el correctivo de la responsabilidad penal del funcionario, que no había mérito para adoptar una medida encarcelatoria.

En otros términos, sometió la causal de cesación a la comprobación de requisitos de naturaleza puramente objetiva, no a la verificación de índole jurídica de la existencia en ese momento de prueba suficiente para ordenar la detención.

Quizás por eso, por tratarse del simple examen del transcurso del tiempo sin que se hubiere producido la detención, ordenó que el juez procediera de oficio y sin el previo concepto del Ministerio Público.

Con el criterio contrario, la aplicación de la ley se va a circunscribir únicamente a los casos en que exista solicitud de parte, pues no es de esperarse que oficiosamente se dediquen los despachos judiciales a examinar procesos sin detenido para ver si hay prueba para detenerlos, y hacerlo, o si no la hay para pasar a aplicar la Ley 22. Se perderá, así, en buena parte la meta propuesta por la ley de no mantener en "supuesta" actividad procesos sin éxito.

Estas consideraciones, unidas a la ausencia en la norma de la exigencia de valorar la prueba cuando se trata de la hipótesis del auto de detención revocado, nos llevan a estimar que la expresión "no existiere prueba suficiente para decretar la detención", empleada para el otro supuesto, hay que entenderla en el sentido de que han transcurrido los dos años desde la recepción de la indagatoria sin que se hubiese dictado auto detentivo. Esta forma de apreciar esa situación, concuerda con lo que ocurre cuando han transcurrido dos años después de haber sido revocada la detención contra una persona, sin que hubiera sido nuevamente privada de su libertad en razón del mismo negocio. Respecto de este supuesto nada exige la norma, diferente del transcurso del tiempo y la ausencia de un nuevo auto detentivo, para decretar la cesación de procedimiento.

Como se trata de dos hipótesis que se encuentran en un mismo inciso, que es el 2º del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, y tienen sus principales elementos en común y persiguen una misma finalidad, no se advierte la razón para que en un caso haya que examinar la prueba y su mérito para detener y en el otro no.

Viniendo al caso concreto que se analiza, resulta más difícil de comprender la tesis de la mayoría de la Sala, pues partiendo de un supuesto innegable, cual es el de que no puede subsistir un auto de detención dentro del marco de un segundo sobreseimiento temporal, niega no obstante la aplicación de la Ley 22 de 1980, porque, aunque han transcurrido más de dos años de haber sido indagatoriado el procesado sin haber sido detenido, existe mérito para detenerlo, aunque dicha medida no pueda adoptarse porque se está dentro de la situación procesal anotada.

Se mantendrá, de esa manera, indefectiblemente vinculada a una persona a una investigación sin posible éxito, hasta tanto se produzca el fenómeno de la prescripción.

Así se desprende del siguiente párrafo de la providencia, que se comenta, en el cual se analizan las eventualidades que puedan presentarse cuando el proceso se encuentra en estado de archivo como consecuencia de un segundo sobreseimiento temporal:

"Si del estudio de la prueba llegare a concluir que existe mérito para dictar auto detentivo, pero no la suficiente para calificar el sumario con auto de proceder, ordenará seguir la investigación hasta agotar el tiempo señalado por el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal pero, vencido éste, sin que hubiere cambiado la situación jurídica del inculpado, suspenderá la investigación mediante resolución motivada, previo concepto del respectivo agente del Ministerio Público" (folio 19 del cuaderno de la Corte).

Si la ley no permite dictar auto de detención dentro del marco de un segundo sobreseimiento temporal, tanto que ordena revocar el que existiere con anterioridad al pronunciamiento de esta providencia (artículo 494 del Código de Procedimiento Penal), ello equivale jurídicamente a que no existe prueba para dictarlo y se debe dar, por tanto, paso a la aplicación de la Ley 22 de 1980 si se reúnen, como en el presente caso,

los demás requisitos que contempla el artículo 5º de la misma.

Es que si hay un marco propicio para la aplicación de esta norma es cabalmente el del segundo sobreseimiento temporal, cuando han disminuido notoriamente las posibilidades de llevar avante una investigación y sólo subsiste la pasiva vinculación del sindicado con su proceso.

Por todo ello estimamos que se debió haber dado aplicación, dentro de las circunstancias anotadas, a la Ley 22 de 1980, y esa la razón para no compartir la decisión adoptada, respecto de este punto, por la mayoría de la Sala.

Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha ut supra.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

Tratándose de pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador, no procede alegar error de derecho sobre la base de equivocada valoración jurídica. La Corte no puede corregir los desvíos del impugnador

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 041, abril 30 de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Pedro Pablo Altamar contra la sentencia de 5 de mayo de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la apelación formulada contra la proferida por el Juzgado Diecinueve Superior del mismo Distrito, condenó a aquél a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio, como autor responsable de un delito de falsedad documentaria.

Hechos y actuación procesal

El Tribunal, en resumen que acoge la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, presenta los primeros, así:

"Relata el señor Luis Antonio Cortés Herrera, que con el denunciado Pedro Pablo Altamar firmó el tres (3) de mayo de 1973 una promesa de compraventa, mediante la cual éste se obligaba a venderle una casa de habitación situada en el barrio Quirigua de esta ciudad, y él adquiría las obligaciones correlativas de promitente comprador. Como el señor Altamar no cumpliera con el compromiso de transferirle el dominio del bien prometido en venta, se vio obligado a demandar la resolución del contrato de promesa. Igualmente afirma que contra Altamar formuló denuncia por el delito de estafa, por razón del mismo incumplimiento.

"En el proceso que por el delito de estafa se inició contra Altamar, éste presentó un contrato de arrendamiento en el cual se le hacía aparecer como arrendatario, siendo la verdad que el denunciante no firmó tal documento. Con copia del mismo denunciado inició juicio de lanzamiento en su contra, en orden a obtener la restitución del inmueble presuntamente dado en arrendamiento, el mismo que fue objeto de la promesa de compraventa".

En lo que concierne a la actuación surtida, la Procuraduría Delegada expresa:

"Los hechos anteriormente relatados dieron lugar a que, luego de unas diligencias previas, el Juzgado Treinta y Tres de Instrucción Criminal dictara auto cabeza de proceso el 4 de junio de 1976.

"El mismo juzgado oyó en diligencia de indagatoria al sindicado Pedro Pablo Altamar el 5 de julio de 1976.

"El conocimiento de la actuación procesal correspondió al Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, que en providencia del 8 de septiembre de 1976 dictó auto de detención precautelativa contra Pedro Pablo Altamar por el delito de falsedad que la doctrina ha dado en llamar 'falso verdadero', que tipifica el artículo 243 del Código Penal. A la vez, habida cuenta de que tal ilicitud está sancionada con pena de arresto, concedió en favor del sindicado el beneficio de libertad provisional bajo caución.

"El juzgado del conocimiento, en auto fechado el 5 de diciembre de 1977 ordenó el cierre de la investigación. El 30 de enero de 1978 el Juz-

gado Diecinueve Superior de esta ciudad calificó el mérito del sumario, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal, al proferir sobreseimiento de carácter temporal en favor del sindicado, a la vez que dispuso la reapertura de la investigación.

"Luego de la práctica de algunas diligencias, el Juzgado Diecinueve Superior cerró nuevamente la investigación por medio de auto del 10 de agosto de 1978. En esta oportunidad el Fiscal del juzgado solicitó que sobreseyera temporalmente al sindicado, petición que acogió el despacho en auto del 1º de septiembre del mismo año, al disponer el segundo sobreseimiento temporal en favor del sindicado.

"Apelada esta determinación por el representante de la parte civil y oído el concepto del señor Fiscal del Tribunal que pidió la confirmación de la medida impugnada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en auto de 23 de noviembre de 1978 revocó el sobreseimiento temporal y ordenó abrir causa criminal contra Pedro Pablo Altamar por el delito de falsedad documental en documento privado (artículo 242 del Código Penal).

"Como no fuera posible obtener la captura del procesado se le emplazó y posteriormente se le declaró reo ausente en providencia del Tribunal Superior de Bogotá del 3 de abril de 1979.

"Ejecutoriado el auto enjuiciatorio se ordenó abrir el juicio a prueba el 7 de mayo de 1979.

"El 14 de diciembre de 1979 se verificó la diligencia de audiencia pública y el Juzgado Diecinueve Superior puso fin a la primera instancia al proferir la sentencia del 30 de enero de 1980 mediante la cual condenó a Pedro Pablo Altamar a la pena principal de 32 meses de presidio y a las accesorias correspondientes; además, lo condenó al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, luego de oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público que solicitaba la revocatoria de la condena, confirmó integralmente la sentencia condenatoria ...".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

I. Con invocación del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor censura la sentencia del Tribunal por ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial y al respecto formula dos cargos:

Primero. El Tribunal condenó "por el delito de 'falsedad', que preceptúan los artículos 233, 242 del Estatuto Represor, sin encontrarse perfecta y plenamente acreditado el *corpus delicti* dentro del plenario, ya que no se ha evidenciado ninguna alteración concerniente de la verdad y el documento privado que dice relación con un contrato de arrendamiento celebrado entre el señor Luis Antonio Cortés Herrera, en su condición de arrendatario y Pedro Pablo Altamar en su calidad de arrendador es auténtico, fue firmado por el primero de los contratantes y, por ello, autorizó con su firma llenar los espacios en blanco, que fue utilizado por mi protegido para incoar la acción civil de *lanzamiento* contra el arrendatario por falta de pago de los cánones".

En sustento el actor arguye que el sentenciador "se basó en los hechos relatados en su denuncia y ampliación, por el señor Luis Antonio Cortés Herrera y la prueba indiciaria proveniente de la versión dada por el denunciante y algunas mentiras y contradicciones del señor Pedro Pablo Altamar en su injurada y confrontación a que fueron sometidos. Empero subestimó la prueba pericial evacuada por Policía Judicial y el Instituto de Medicina Legal, en tres oportunidades, que son uniformes en expresar que el documento tachado de falso por el denunciante fue firmado por él, la firma es de su puño y letra y descarta, entonces, la posibilidad de que sea apócrifo el documento o que tenga algo que ver con el señor Altamar en la firma redargüida de falsa; ya que no solamente el procesado y su señora esposa están predicando que fue el señor Cortés Herrera quien firmó el precitado contrato de arrendamiento, sino que es el propio denunciante quien, no obstante su interés en el resultado del proceso, sostiene que firmó un contrato de arrendamiento elaborado en papel común y no sellado". Por tal razón la sentencia "es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación de la prueba, que tuvo en cuenta el fallador de primera y segunda instancia para condenar a mi patrocinado por delito de *falsedad*, contemplado en los artículos 233 y 242 del Código Represor; puesto que a la prueba testimonial e indiciaria, acreditada en el proceso, se le ha dado un valor probatorio que no tiene" y al "no aplicar el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, por no obrar en el proceso, legalmente producida la prueba plena o completa de la infracción a la referida al resto de la *estafa*, contemplada en el artículo 408 del Código Punitivo", se tiene "un ostensible y manifiesto error de derecho que quebranta la ley sustancial".

Segundo. El Tribunal "condenó al señor Pedro Pablo Altamar por el delito de *falsedad*, sin demostrarse a plenitud, como lo predica el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, el aspecto subjetivo o de responsabilidad del reato en cuestión".

Aduce la demanda que "con las probanzas allegadas al plenario se ha demostrado que no existe plena prueba o completa de la infracción penal investigada, ni mucho menos de la responsabilidad del señor Pedro Pablo Altamar, puesto que las que existen en el proceso favorecen ampliamente a mi protegido. La prueba testimonial y la indiciaria a que hace alusión el juzgador de segunda instancia son muy débiles y se encuentran enervadas por otras de mayor solidez y eficacia probatoria. Lo lógico hubiera sido que a Pedro Pablo Altamar lo absolvieran por ausencia de comprobación del aspecto subjetivo del atentado contra la fe pública anotado. Si no aconteció, se violaron normas sustanciales de nuestro Estatuto Penal y de Procedimiento Penal, como son los artículos 233 y 242 del Código Penal y 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal. Se evidencia, en consecuencia, una errada interpretación de la prueba, lo que constituye un error manifiesto de derecho que quebranta la ley sustantiva".

II. La Procuraduría Delegada responde "que en el caso presente se ha incurrido en un error de técnica que impide hacer pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada", porque "reiteradamente la jurisprudencia ha establecido que el error de derecho en la estimación de las pruebas solamente se presenta en dos casos: a) cuando se ha incorporado al proceso una prueba sin el cumplimiento de las formalidades que para el caso tiene previstas la ley, y b) cuando se desconocen reglas de valoración probatoria establecidas expresamente en la ley" y, en el caso de autos, "la prueba que sirvió para proferir la sentencia de condena, principalmente de carácter testimonial e indiciario, no es de aquella que exija rito alguno para su aducción, ni tampoco el ordenamiento procesal atribuye un valor probatorio específico a dichas pruebas". La circunstancia de "que los cargos formulados por el actor pudieran haberse hecho a través del error de hecho", no modifica la anomalía, porque, "como también lo ha reiterado la jurisprudencia, no es función de la Corte entrar a corregir las fallas que pueda ostentar una demanda extraordinaria de casación", cuya prosperidad, "cuando se funda en violación indirecta de la ley sustancial", se subordina a "que se demuestre fehacientemente el error en que se incurrió y además, como de violación indirecta se trata, precisar la forma como la ley sustancial fue violada, pues decir que ella se quebrantó es algo muy ambiguo, ya que ese quebranto puede provenir de aplicación indebida, de falta de aplicación o de errónea interpretación", más "como el recurrente omitió este aspecto, tampoco esta falla puede ser oficiosamente subsanada". Por ello, en consecuencia, no debe casarse la sentencia, aunque "es importante anotar, que quizá la pena aplicable no es la escogida por los funcionarios de instancia, porque ya la jurisprudencia ha señalado que en el artículo 242 del Código Penal se incurrió en un yerro de aquellos que, de conformidad con el Código de Régimen Político y Municipal, pueden válidamente ser corregidos por el intérprete", ya que, como opinó en alguna oportunidad el Tribunal Superior de Bogotá, "la forma como el artículo 242 plasma la sanción aplicable, al referirla al artículo 233 que describe la falsedad sobre escrituras, documentos públicos u oficiales e instrumentos negociables, causa en verdad extrañeza porque la norma en cuestión ha debido apuntar inequívocamente hacia el tipo legal con el cual se creó el aparente conflicto, vale decir, el artículo 240".

Se considera

En verdad, como lo sostiene el Procurador Delegado, esta corporación cuando actúa en sede de casación no tiene la obligación de estudiar demandas desavenidas con la técnica propia del recurso extraordinario, porque ello implicaría dar a éste el carácter de una tercera instancia, en la que el libelo sólo tendría la función de ilustrar el criterio de la Corte, mas no el de ser el instrumento procesal indispensable para que pueda prosperar la impugnación.

Los dos cargos que aduce la demanda contra la sentencia del Tribunal están apoyados en el inciso 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que reza: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

El libelo, sin embargo, si bien cumple con la enunciación de los errores a los que califica de derecho, no sólo no satisface la obligación de demostrarlos poniendo de presente la evidencia de los mismos, sino que, por el contrario, con

quebranto de la metodología que exige la sustentación del recurso de casación los hace consistir en errónea interpretación por parte del sentenciador de las pruebas indiciaria y testimonial que sirvieron de sustento a la condena, con olvido de que tratándose de pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador, no procede alegar error de derecho sobre la base de equivocada valoración jurídica, pues que ello es posible cuando aquél ha incurrido en un falso juicio de legalidad al estimar legalmente asunta la prueba cuando en realidad no lo fue.

Es que "el Estatuto de Procedimiento Penal vigente asienta el régimen probatorio en el sistema de convicción legal-moral, pues que si da a algunos de los medios probatorios específico valor de convicción, a otros, por el contrario, como acontece con el testimonio, la pericia y el indicio no necesario, en cuanto al grado de certeza que puedan infundir los deja a la discrecional apreciación del juzgador" (Casación Penal, 4 de diciembre de 1980).

El sentenciador de instancia, acorde con esa discrecionalidad, restó valor probatorio a las experticias grafotécnicas provenientes del Instituto de Medicina Legal y Policía Judicial y basó el fallo, es cierto, en prueba testimonial e indicios no necesarios. Así, pues, no infringió el régimen probatorio y, como lo tiene establecido la jurisprudencia, pretender el impugnador oponer su propio criterio al de los jueces, no es la vía adecuada para evidenciar el error que se alega al amparo del cuerpo segundo de la causal primera. Es más, si lo que se proponía el actor era demostrar que aquéllos elementos de juicio no acreditaban la existencia de los hechos que la sentencia estima probados para deducir de ellos el cuerpo del delito de falsedad y responsabilidad plena del incriminado, debió entonces alegar error de hecho como con acierto lo puntualiza la respuesta de la Procuraduría Delegada, pero la Corte no puede corregir tamaño desvío en el planteamiento.

El recurso, por consiguiente, no está llamado a prosperar. Pero como el Agente del Ministerio Público, al propio tiempo que pide se deseche el recurso por acusar la demanda vicios técnicos, anota su preocupación por la sanción de presidio a que se contrae la sentencia con la observación de que fue fijada relacionando el artículo 242 del Estatuto Penal entonces vigente con el artículo 233 ibídem, cuando en lugar de éste debió tenerse en consideración el 240, precisa agregar: efectivamente la Corte, en fallo de 29 de abril de 1980, estimó como *lapsus calami* del legislador la referencia que el artículo 242 hacía del 233, porque la razón del texto del artículo 242 "era la de evitar la imposición de pena propia de un concurso material cuando el autor de falsedad sobre documento privado usase tal documento", además de que "siendo presidio la sanción aplicable en la falsedad del artículo 233 y apenas prisión la del artículo 240, la remisión que el 242 hace al primero de estos dispositivos, transforma, agravándola, la pena prevista en el tipo legal que es subsumido por éste, con manifiesta injusticia punitiva para el procesado". Sin embargo, dado que los artículos 233 y 240 del anterior Código Penal señalaban como límites para la pena privativa de la libertad dos y ocho años, la acotación del Procurador Delegado carece de importancia en este caso, puesto que el artículo 377 del nuevo estatuto establece que quienes se hallaren cumpliendo pena de presidio seguirán descontándola como si fuera de prisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia a que se hizo mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Con base en conjeturas no puede ordenarse esta medida excepcional

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 45.

Bogotá, D. E., mayo 6 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Procede la Corte a rendir concepto respecto de la solicitud de cambio de radicación formulada por el doctor Hernán Hernández Henao al Ministerio de Justicia, en relación con el proceso que, por el delito de falsas imputaciones, se adelanta contra Afranio Mancilla Reguillo y del cual han conocido el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

Antecedentes

Un primer proceso que dio origen al que ahora se relaciona con la presente solicitud de cambio de radicación, fue el iniciado con base en la denuncia formulada por Afranio Mancilla Reguillo contra el doctor Silvio Arias Zuluaga, Juez Sexto Civil del Circuito de Medellín por el delito de abuso de autoridad, al considerar que el funcionario había actuado en forma parcializada en contra suya y a favor de su demandante en un juicio ejecutivo singular que le fue promovido por el doctor Edgar Soler Laverde, con base en un título valor que le endosó al cobro Oscar Velásquez Cano. Estimó que el juez había dilatado sin razón los trámites para la constitución de una fianza de desembargo, no había aceptado un ofrecimiento de pago expresado dentro del juicio y había negado la práctica de varias pruebas solicitadas oportunamente. En esa denuncia hizo alusión a cierta amistad que existía entre el juez y la parte actora, llegando a afirmar la presencia del doctor Arias Zuluaga en una fiesta celebrada en la finca de propiedad del beneficiario del título valor que constituía el objeto de la acción ejecutiva.

El Tribunal Superior de Medellín mediante providencia de 21 de marzo de 1980 declaró que el juez denunciado no había cometido ilícito alguno y ordenó por lo mismo cesar todo procedimiento en su contra. Dispuso también que se expidieran las copias pertinentes con el fin de que se investigara por el juez competente el posible delito contra la administración de justicia en que pudiera haber incurrido el denunciante Mancilla Reguillo (folio 44).

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, quien dispuso la apertura de la investigación, profirió luego auto de detención preventiva contra el sindicado, determinación que confirmó el Tribunal (folio 93). Posteriormente dictó auto de proceder por el delito de falsas imputaciones contra Mancilla Reguillo y el Tribunal confirmó igualmente esta decisión (folio 119).

El proceso se encuentra en la etapa de la causa, en tramitación de la diligencia de avalúo de daños y perjuicios causados con la infracción (folio 127 vuelto).

Fundamentos de la petición

El solicitante fundamenta su pedimento en los siguientes argumentos:

El grado de subordinación por el factor funcional que existe entre el Juez Arias Zuluaga, ofendido en este proceso, y el Tribunal Superior de Medellín no constituye garantía de una defensa "justa y amplia" y puede menoscabar directa o indirectamente los derechos del procesado. Al mismo Tribunal que exoneró de todo cargo al Juez Arias Zuluaga por el delito de

abuso de autoridad de que lo sindicó Aramio Mancilla, y por cuya iniciativa se originó el proceso contra éste, es al que le corresponde ahora juzgarlo en segunda instancia. Tampoco puede asegurarse suficiente garantía de imparcialidad si se atiende al hecho cierto de que al Tribunal le interesa mantener el "buen nombre y dignidad de la justicia" y por lo mismo de uno de sus administradores como lo es el Juez Arias Zuluaga.

Concluye su solicitud en los siguientes términos:

"Esta posición del Tribunal Superior de Medellín de conocer de dos procesos en donde las partes se confunden, pero con calidades opuestas, inquieta y conturba la serenidad de mi cliente quien desconfía de la probidad de un fallo proferido en tales condiciones. Primero de uno donde es sindicado el Juez Arias Zuluaga y denunciante el señor Mancilla Reguillo. A aquél se le ensalza; a éste se le vapulea. Y después, de otro en que el juez es parte ofendida y el otrora denunciante sindicado.

"Por más diamantina que sea la honestidad de los Magistrados; por más prístinos y acertados que sean sus fallos, siempre queda flotando una grave incertidumbre en torno a la imparcialidad de que deben estar revestidas las soluciones judiciales. Es que entre declarar inocente a su inferior jerárquico y a continuación ordenar investigación contra el acusador para sin pena ni gloria conocer del proceso que así se forma, queda un punto oscuro que impacienta o incomoda.

"No puede darse garantía e imparcialidad en el juzgamiento del señor Mancilla Reguillo en la ciudad de Medellín. La declaratoria de inexistencia de delito y la consiguiente apertura de proceso contra Mancilla Reguillo constituyen ni más ni menos, que el preordenamiento de una sentencia condenatoria tanto en primera como en segunda instancia. Por lo menos la solución más práctica y saludable habría sido la de que el Tribunal Superior se hubiera declarado impedido. No lo hizo. Propiamente se constituyó en denunciante y a la vez juzgador" (folios 5 y 6 de la solicitud).

Se considera

El cambio de radicación como medida excepcional que es de las normas generales sobre competencia por el factor territorial, tiene que descansar en evidentes motivos que lleven a la clara conclusión de que en el lugar no existen condiciones propicias para decidir con independencia e imparcialidad un determinado asunto.

No bastan las conjeturas que puedan hacerse sobre un resultado adverso ni son suficientes las simples apreciaciones en contrario, por respetables que sean, provenientes de quien aspira a ser juzgado en un Distrito Judicial diferente.

La principal preocupación del solicitante radica en que la investigación de que ahora le corresponde ocuparse al Tribunal Superior de Medellín en segunda instancia, se originó en la determinación de esta Corporación de ordenar compulsar copias para que se investigara el posible delito en que pudiera haber incurrido su patrocinado al haber denunciado por abuso de autoridad a un juez del Distrito Judicial de Medellín a quien el Tribunal encontró exento de reprochabilidad en su conducta.

La Corporación, al proceder así, no hizo cosa diferente de cumplir con la obligación legal de procurar que se investigue todo hecho presuntamente delictuoso (artículo 12 del Código de Procedimiento Penal), sin que en manera alguna quedase, por ello, de antemano comprometido su criterio respecto de las eventualidades que arrojare esa averiguación.

En el caso que se analiza conviene también recordar que la Sala de Decisión del Tribunal que ahora conoce del proceso es distinta de aquella que dispuso la expedición de copias en orden a la posible investigación.

Tampoco puede hacerse argumento valedero del interés que asiste a un Tribunal por la correcta aplicación de la justicia para derivar de él que su primordial preocupación habrá de ser la de sacar avante a cualquier costo el buen nombre de quienes la administran.

Si así fuera, la ley no asignaría a estas corporaciones el conocimiento en primera instancia de los delitos de responsabilidad cometidos por sus respectivos jueces, sino que siempre la atribuiría a Tribunal diferente.

Pensar de esa manera es desconocer que la mejor forma de defender a la Administración de Justicia y salvaguardar su prestigio es sancionando ejemplarmente al funcionario indigno.

El propio expediente, cuyas más sobresalientes actuaciones acompaña en copia a su solicitud el peticionario, evidencian el ánimo desprevenido con que tanto el juez del conocimiento como el Tribunal han tratado la situación del procesado, así como la independencia de criterio con que se ha analizado el proceso.

En efecto, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, al llamar a responder en juicio a Afranio Mancilla Reguillo por el delito de falsas imputaciones, le reconoció el derecho de libertad provisional, no obstante la petición en contrario del apoderado de la parte civil, y lo hizo en términos que denotan respeto y consideración para su personalidad, como se desprende del siguiente aparte del auto:

"No empece la decisión que aquí se toma, ménester en afirmar, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 7º, numeral 5º de la Ley 17 de 1975, en armonía con el artículo 60 del Código Penal, que Afranio Mancilla es merecedor del beneficio de libertad provisional. Sábese de su buena conducta anterior, que nunca antes había estado detenido, de su voluntaria presencia en este proceso, factores todos que dan cuenta de su personalidad, no representando ningún peligro social, ni abrigándose por tanto duda de su regeneración, que es corriente su regreso al seno social y familiar" (folios 104 y 105).

Al referirse a la solicitud en contrario de la parte civil, anotó el juzgado:

"Discrepa sí esta entidad en lo relativo a la libertad provisional del procesado, porque para una gracia de esta naturaleza, debe escrutarse con mayor rigor el aspecto subjetivo y no nos cabe duda alguna, es merecedor de ella. El aspecto objetivo, en este caso, mira más a la misma ilicitud, su estructuración y resultaría demasiado rigorismo, en virtud de la calidad del funcionario agraviado, negar un beneficio merecido" (folio 105).

El Tribunal, al confirmar el auto de enjuiciamiento, no varió esa favorable situación del procesado.

Tampoco puede dejar de destacarse que la decisión confirmatoria del Tribunal fue por mayoría, pues uno de los integrantes de la Sala de Decisión salvó su voto, por estimar que el procesado debió haber sido sobreseído definitivamente (folios 121 a 126).

No se advierten razones atendibles para dudar de la rectitud e imparcialidad de los funcionarios del Distrito Judicial de Medellín para decidir en este caso concreto, sin mira diferente que la de acertar en la correcta aplicación de la justicia.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa DESFAVORABLEMENTE al cambio de radicación solicitado.

Devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS. AMISTAD INTIMA. COMPULSACION DE COPIAS

Artículo 78, numeral 5 del Código de Procedimiento Penal. No basta la simple invocación de esta causal para su reconocimiento como factor de separación; es necesario que se haga manifestación de aspectos generales que den idea de la intensidad del afecto y la trascendencia del mismo. Por otro lado, no es indispensable que se tenga la calidad de parte cuando se trata de este motivo de impedimento.

La orden de compulsar copias no implica, necesariamente, la iniciación de sumario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 45 de 7 de mayo de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El doctor Jorge Enrique Valencia M., como Juez Tercero Superior, formuló denuncia en contra de Mary Restrepo Cataño, puesto que esta subalterna, al declararse insubsistente al cargo para el cual había sido nombrada en interinidad y producirse la intervención de la Procuraduría para comprobar las circunstancias de esta determinación, había alterado las copias relacionadas con el decreto de nombramiento y el acta de posesión, en el sentido de hacerse aparecer como designada en propiedad para servir como oficial mayor en el citado juzgado.

El Tribunal Superior de Cali, que ahora revisa un sobreseimiento definitivo expedido en favor de la citada Restrepo Cataño, desestima el impedimento invocado por el Magistrado Edgar Saavedra Rojas (artículo 78-5 del Código de Procedimiento Penal) al considerar que la causal alegada exige que la amistad sea con una de las partes en el proceso, condición de que carece el simple denunciante, y, porque la orden de expedir copias para investigar la conducta del doctor Valencia, evento que puede presentarse en el pronunciamiento de segunda instancia, no constituye, por sí, agravio alguno ni orden de estricto y cerrado cumplimiento.

Para resolver, la Sala considera:

1. *Los nexos de amistad deben pasar del simple conocimiento y trato deferente a un campo de mayor profundidad que limite por entero toda libertad de juzgamiento. La mortificación emanada de relaciones sociales o jerárquicas no pueden alcanzar extremo tan singular. Sobre la existencia de aquélla es verdad que la Corte, cuando se invoca el impedimento, no exige demostraciones calificadas, pero sí la mención de aspectos generales que den idea de la intensidad del afecto y la trascendencia del mismo, cuestión que el impedido sustituyó por la simple referencia de darse "amistad íntima".*

2. *La Corte no ha sido tan severa como para exigir, cuando se trata del reconocimiento de este factor de separación, que se tenga la calidad de parte. Es así como en repetidas ocasiones ha admitido la recusación o el impedimento en las diligencias previas del artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal. De otro lado entre denunciante-ofendido y denunciante sin esta segunda caracterización, surge un aspecto de tanta importancia que si bien en el primero es más factible que prospere un motivo como el que se comenta, en el segundo bien puede estimarse como regla general su improcedencia. De no, se tendría como realidad de impedimento situaciones que no exhiben esta trascendencia como sería, y el caso analizado guarda profunda similitud con él, la actividad de un funcionario que, en ejercicio de sus facultades, debe dar cuenta*

de un hecho ilícito investigable de oficio, sucediendo con el correr del tiempo que el autor de esta notitia criminis *guarda un nexo de amistad con el juez o Magistrado que a la postre conoce del proceso. A todas luces resulta inadecuado hablar de una situación sentimental que opera sobre atributos generales, de obligatorio ejercicio, que no tienen por qué comprometer el buen juicio del funcionario de plena competencia.*

3. *En criterio de la Sala, expresado en diversas ocasiones, la orden de compulsar unas copias para que el funcionario competente decida si es el caso abrir una investigación, no constituye tampoco un motivo de impedimento, así se intervenga en esa nueva investigación. La determinación inicial no envuelve un juicio de profundidad, completo e inmodificable. Se actúa sobre una situación probatoria de menguado contenido, apenas suficiente para determinar la conveniencia de actuar la justicia, susceptible de modificarse con los resultados propios de esa averiguación. Y tan secundaria es esta actuación, en cuanto a compromisos valorativos, que la orden no implica para el funcionario competente la fatal apertura de sumario, con base en esas copias o en el aviso correspondiente, sino que tal orden se contrae, únicamente, a dar esa noticia para que se tome la resolución más adecuada.*

Estas razones llevan a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, a confirmar el auto revisado, ya indicado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

No puede ser solicitado por personas ajenas a la relación jurídico procesal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26889.

Aprobado: Acta número 44.

Bogotá, D. E., mayo 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud de cambio de radicación formulada por el doctor Wilson Jubiz Hazbun, para que emita concepto de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

El citado profesional afirma que obrar como apoderado judicial "... de los capturados Luis Rincón Velásquez y Oscar Mauricio Rodríguez a órdenes del señor Juez Quinto de Instrucción Criminal de la ciudad de Ocaña ..." en donde cursa contra ellos un sumario por el presunto delito de hurto calificado en perjuicio del patrimonio económico de la curia diocesana de ese obispado.

Considerandos

La Corte siempre ha sostenido que el cambio de radicación de un proceso penal es una medida excepcional que obedece a motivaciones muy poderosas de conveniencia para la recta administración de justicia o para la salud del procesado.

Los cambios de radicación ordinarios que regulan los artículos 44, 45 y 46 del Código de Procedimiento Penal los podrá ordenar el Ejecutivo nacional o departamental de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, o el Tribunal del respectivo Distrito Judicial, de oficio o a solicitud de parte.

Se entiende de oficio cuando el Ejecutivo mediante un acto suyo, de su propia autonomía, resuelve recaudar los elementos de juicio necesarios para solicitar concepto de la rama jurisdiccional con el fin de decretar, en caso de ser afirmativo, el cambio de radicación de un proceso. Igualmente, se entiende que obra de manera oficiosa cuando alguien que no es persona interviniente en un determinado proceso, porque se trata de un tercero ajeno a la relación jurídica-procesal de que se trata, pide el cambio de radicación, y el Ejecutivo, consciente de esa situación, prohija expresamente la solicitud, allega las pruebas que estima necesarias y pide concepto.

Por último, el Ejecutivo actúa a solicitud de parte cuando quien le presenta una petición de cambio de radicación es persona interviniente en el proceso respectivo, razón suficiente para imprimirle al asunto la tramitación y atención debidas.

En el caso que se examina, ninguna de estas situaciones tiene lugar. En efecto, se ha demostrado que el solicitante no representa en el proceso a los acusados por quienes habla y es evidente que el Gobierno no ha hecho suya la pretensión de éste para conformar el procedimiento oficioso.

Frente a esta realidad, resulta de rigor jurídico concluir que la Corte no está obligada a conceptuar, porque el solicitante carece de legitimación para obrar.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de emitir concepto sobre cambio de radicación del proceso a que se ha hecho mérito por las razones aquí consignadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

UNIDAD PROCESAL

Artículos 168 del Código de Procedimiento Penal y 314 del Código de Justicia Penal Militar. La investigación y fallo en forma separada de delitos conexos no acarrea nulidad legal ni constitucional, por tratarse de una de las excepciones al principio rector de la materia consagrada en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

El cuestionario que se somete a la consideración de los vocales, se equipará al auto de proceder del procedimiento ordinario, y no, la resolución de convocatoria a tales consejos. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 044.

Bogotá, D. E., mayo 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Tribunal Superior Militar, mediante sentencia de 19 de diciembre de 1979, confirmó la de primer grado, proferida por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, modificándola en el sentido de imponer al procesado Gonzalo Rincón Gallego un total de dieciséis (16) años de presidio, como autor del delito de homicidio que le fue imputado en el cuestionario correspondiente.

Contra la sentencia del Tribunal Militar interpuso el recurso de casación el señor Fiscal Tercero de la Corporación, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual presentó la correspondiente demanda de casación, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando

I. Los hechos fundamentales aparecen correctamente resumidos por el Fiscal recurrente en los siguientes términos, que, en lo sustancial, corresponden a la realidad procesal:

"... Los hechos que fueron debatidos en el juicio adelantado contra Gonzalo Rincón Gallego se contrajeron a la muerte violenta, mediante proyectil de arma de fuego, del Agente que en vida respondía al nombre de Fernando Antonio Buitrago, proveniente de un arma esgrimida por una de dos personas que luego de haber participado en el robo de un establecimiento comercial de propiedad del señor Luis Alfonso Pulgarín, padre de los hermanos Laureano, Angel María y Liborio Pulgarín Duque, establecimiento denominado 'Granero Sibaté', localizado en la carrera 10 número 14-82 de la ciudad de Pereira (Risaralda), emprendieron la huida, perseguidos por el último de los nombrados, dirigiéndose por la calle 14 hacia las carreras 9ª y 8ª de aquella ciudad, momento en el cual y atendiendo requerimiento de quien los seguía intervinieron dos agentes de la Policía Nacional de nombres Clímaco Betancourt Torres y Fernando Antonio Buitrago, procediendo este último a intimarles captura, pero momento en el cual aquellos dos fugitivos esgrimieron sendas armas de fuego que fueron disparadas, una de ellas o ambas, sobre la humanidad de este último, quien resultó así herido mortalmente y quien luego falleció, en momentos en que era trasladado al Hospital San Jorge, localizado en ese municipio y donde fue levantado el cadáver y practicada la necropsia correspondiente, donde se observaron dos orificios de entrada de proyectil de arma de

fuego de proyectil único, uno de los cuales penetró por el cuarto espacio intercostal izquierdo y lesionó al corazón de la víctima, produciéndole así anemia hemorrágica aguda, que se dictaminó fue la causa de la muerte de aquella persona, todo ello ocurrido el día 30 de julio de 1977, en la ciudad ya varias veces mencionada ...".

"... (...) dentro de los hechos debatidos en el juicio no le fue el referente al delito contra la propiedad cometido contra el patrimonio del señor Luis Alfonso Pulgarín Duque, debido a que inmediatamente después de los hechos un hijo de la víctima de este último ilícito, Laureano Pulgarín Duque, procedió a formular denuncio de él, que, desde ese momento, dio origen a un proceso penal diferente al que dio lugar a la sentencia que se impugna en esta ocasión a través del recurso extraordinario de casación, según se aprecia en la declaración de esta persona y en el oficio emanado del Juzgado Doce de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Pereira, dirigido al Juez Quinto Civil Penal Municipal de esa ciudad (folios 40 a 41 del expediente), hecho procesal que fue aceptado así por el juzgado de instancia o Presidencia del Consejo de Guerra Verbal que juzgó a Gonzalo Rincón Gallego y que ratificó en el punto quinto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, donde igualmente se ordenó compulsar copia de lo pertinente de este expediente, con respecto a las lesiones personales que le fueron inferidas al particular Evelio de Jesús Pérez Moncada, quien igualmente resultó herido en el desarrollo de aquellos hechos, también por disparo de arma de fuego de proyectil único ...".

(Folios 9 a 10, cuaderno de la Corte).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en las causales 4ª y 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan los siguientes cargos:

Causal cuarta. Cargo primero. "... *Se violaron los artículos 168 del Código de Procedimiento Penal y 314 del Código de Justicia Penal Militar, en la tramitación de aquel juicio, relativo a la unidad del proceso para la investigación y fallo de delitos conexos, constitutivos de una formalidad propia o esencial del mismo, puesto que su desconocimiento vulnera los derechos de la sociedad y el de defensa del acusado, que consagra para toda clase de juicios el artículo 26 de la Constitución Nacional* ...".

"... De acuerdo con el relato de los hechos atrás puntualizados es claro e indiscutible que ellos configuran un concurso material de delitos, en conexidad necesaria y consecuencial, referentes a los delitos de robo y de homicidio, cometido este último para procurar la impunidad de quienes habían cometido el primer ilícito y para asegurar su producto, por lo cual el último de los nombrados es configurativo de un asesinato o de un homicidio agravado, en la forma prevista en el artículo 363, numeral 4 del Código Penal ...".

"... ... ..."

"... En tal forma y en acatamiento a lo dispuesto en los artículos 168 del Código de Procedimiento Penal y 314 del Código de Justicia Penal Militar, aquellos dos delitos, el de robo y el de homicidio cometido para lograr la impunidad de los autores del primero o para asegurar el producto del mismo, debían de investigarse y fallarse en un mismo proceso ...".

"... La unidad procesal indicada en las dos disposiciones legales anteriormente nombradas, era de ineludible cumplimiento en este evento, si se puede decir que con mayor razón que en cualquier otro en que pudieran contemplarse delitos conexos, puesto que al escindir la investigación y el fallo de cada uno de esos dos delitos, para hacerlo de manera separada, ello dio lugar a conculcar los derechos de la sociedad representados en el proceso penal por el Ministerio Público, los derechos de defensa del acusado y al debido proceso, consagrados y garantizados en el artículo 26 de la Constitución Nacional ...".

"... ... ..."

"... Es que realmente la unidad del proceso, para la investigación y fallo de los delitos conexos, consagrada en los artículos 168 del Código Penal y 314 del Código de Justicia Penal Militar, como lo anotó el honorable Tribunal Disciplinario en la providencia que se acaba de transcribir, envuelve una garantía del procesado, para no ser juzgado dentro de varios procesos, cuando los hechos que se le imputan están íntima y esencialmente vinculados entre sí, y por ello estas normas implican una formalidad propia o sustancial de los mismos, que en tal forma se halla protegida por el artículo 26 de la Constitución Nacional ...".

(Folios 11, 12 a 13 y 18).

Cargo segundo. "... *El proceso que culminó con la sentencia impugnada y ya referida, se halla afectado de nulidad en la forma descrita en el numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, esto es por 'no haberse*

elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código' ...".

"... En efecto, la relación tan íntima que existe entre aquellos dos ilícitos, el de robo y el de homicidio en este caso, como quiera que, se repite, es indudable que quien participó o quienes participaron en el primero de ellos fueron quien o quienes dieron muerte al Agente Fernando Antonio Buitrago, obligaban a presentar acusación dentro de este mismo proceso y en el Consejo de Guerra Verbal respectivo a través de la formulación de dos cuestionarios en relación con el procesado Rincón Gallego, guardando el orden lógico de redactar primero el cuestionario pertinente al delito de robo y luego el relacionado con el delito de homicidio y no uno solo como se hizo en este caso, en atención a la forma anómala como se tramitó el proceso, rompiendo la unidad del mismo como ya se dijo, pero en todo caso violando en primer término el artículo 561 del Código de Justicia Penal Militar que obliga a formular cuestionario separado para cada delito, que en esta situación era obligatorio aplicar si se consideraba legalmente viable imputar y condenar al procesado por el asesinato de Fernando Antonio Buitrago, dentro de los presupuestos del numeral 4º del artículo 363 del Código Penal, lo cual configura una errónea elaboración del cuestionario y, por ende, la causal de nulidad indicada en el numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar ...".

"... De otra parte, si se consideraba legalmente conducente juzgar a Rincón Gallego por el delito de asesinato, independientemente del delito de robo previamente cometido y dentro de la modalidad prevista en el numeral 4º del artículo 363 del Código Penal Común, en el cuestionario correspondiente ha debido quedar claramente descrita la relación existente entre una y otra conducta, esto es, indicando que el homicidio había sido cometido para procurar la impunidad de los responsables del delito de robo y para asegurar su producto, relación que cuidadosamente debía de puntualizarse en este caso en el cuestionario pertinente, con mayor razón si se tiene en cuenta que indudablemente quienes participaron en el uno necesariamente debieron de participar en el otro ilícito, porque aquí bien claro se halla que quien dio muerte al Agente Buitrago también tomó parte en el delito contra la propiedad y esa muerte fue causada no para buscar la impunidad de un tercero sino de la misma persona o personas que causaba o causaban esa muerte ...".

(Folios 19 a 20).

Causal segunda. Cargo único. "... *Causal segunda de casación (numeral 2º del artículo 580 del C. P. P. C.) (sic) por el motivo de no estar la sentencia arriba descrita en consonancia con los cargos formulados en el cuestionario respectivo, que es equivalente en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales al auto de proceder que se dicta en el procedimiento ordinario ...".*

"... ... ...".

"... el texto del cuestionario puesto a consideración de los señores vocales dentro del juicio adelantado contra Gonzalo Rincón Gallego, se elaboró de tal manera que allí se describió exclusivamente la comisión de un delito de homicidio simple porque, como se dijo en el capítulo anterior de esta demanda y se recuerda ahora, en él no se anotó relación alguna de propósito entre la muerte del Agente Fernando Antonio Buitrago y la comisión del delito de robo de que había sido víctima Luis Alfonso Pulgarín, ya para ocultarlo, ya para asegurar su producto, ya para suprimir las pruebas, o para procurar la impunidad de los responsables, que permitiera considerar aquel delito contra la vida como asesinato y admitiera sancionarlo en tal forma, por aplicación del numeral 4º del artículo 363 del Código Penal ...".

"... ... ...".

"... la Resolución número 011 de 1979 y del Comando de la Octava Brigada, por la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal que juzgó a Gonzalo Rincón Gallego, en su parte ordenativa indicó que esa Corte Marcial estaba encaminada a debatir la responsabilidad de este particular en relación con '... el delito definido y sancionado en el Código Penal en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo 1º, artículo 362 ...', lo cual nos indica que indudablemente esa persona fue encausada por el delito de homicidio simple, puesto que el agravado se halla consagrado en el artículo 363 de esa obra ...".

"... Sin embargo, y no obstante lo anterior, el honorable Tribunal Superior Militar en la sentencia de segunda instancia, al revisar por vía de consulta aquel pronunciamiento del *a quo*, consideró que el cuestionario ya mencionado contenía todos los elementos y circunstancias de un verdadero asesinato y procedió a dar aplicación, para graduar la pena, al numeral 4º del artículo 363 de esa misma obra y por ello incrementó la pena principal impuesta al procesado Rincón Gallego de *doce (12) a dieciséis (16) años de*

presidio, con fundamento en esta disposición, rompiendo así la unidad jurídica que debe existir entre el auto de proceder o el cuestionario en este caso, el veredicto y la sentencia ...".

(Folios 27, 28 y 29).

III. El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se ha abstenido de ampliar la demanda de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, "por cuanto no comparte los respetables conceptos de la acusación al fallo impugnado".

Considerando

Causal Cuarta. Cargo primero. El proceso es nulo, sostiene el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, porque, contra disposiciones expresas de los Códigos de Procedimiento Penal y de Justicia Penal Militar, se quebrantó la unidad del proceso para la investigación y fallo de los delitos conexos de homicidio y robo, respecto de los cuales se adelantaron procesos separados.

Se responde

Son de indiscutible importancia las disposiciones de los artículos 168 del Código de Procedimiento Penal y 314 del de Justicia Penal Militar, relativos a la investigación y fallo de delitos conexos en un mismo proceso, tanto porque con su aplicación se busca una apreciable economía procesal al evitarse la repetición de pruebas, la duplicación de actuaciones judiciales idénticas o semejantes y aún el proferimiento de fallos contradictorios, cuanto porque la sociedad como los procesados obtienen una pronta y simultánea decisión sobre todos los hechos materia de la investigación o del juicio y los acusados, además, la ventaja de una acumulación jurídica y no simplemente material de las sanciones de llegar a ser condenados.

Están ampliamente justificados, en consecuencia, la disposición del legislador y el anhelo judicial de investigar y decidir en una misma actuación, mediante unas mismas pruebas y unas mismas providencias, la totalidad de los asuntos sometidos a su investigación y fallo.

Esa finalidad, sin embargo, sólo puede realizarse en la práctica cuando se dan los presupuestos probatorios y procesales indispensables para que los dos o más hechos conexos entre sí puedan ser investigados simultáneamente y juzgados y fallados en la misma oportunidad procesal; cuando, aún existiendo la conexidad, la situación probatoria no es igualmente clara respecto de todos los hechos ni, por consiguiente, resulta procesalmente posible su calificación o fallo conjunto, el principio de la economía procesal, que inspira la acumulación, ha de ceder su lugar a otros fines y principios procesales de análogo valor, algunos de los cuales se refieren a la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados, a la conveniencia de que los procesados puedan defenderse prontamente de los cargos que existan en su contra tan pronto aparezca la prueba necesaria para formularlos y a la necesidad de que el adelantamiento del proceso, cuando es posible, no quede indefinidamente postergado a la espera de la prueba necesaria sobre los otros u otros hechos, o de la requerida para la formulación de la acusación, o del fallo, por todos ellos.

No debe perderse de vista, además, que el principio rector en esta materia es el contemplado en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, "para la investigación y fallo de cada delito se formará un sólo proceso", de modo que la unificación respecto de dos o más delitos conexos es apenas una de sus excepciones legales, que admite varias otras, como la del inciso 2º del artículo 167, la del inciso 2º del artículo 39, la del inciso 2º del artículo 482 y la del artículo 649 del Código.

Lo más sobresaliente excepción es, por supuesto, la que puede presentarse al momento de la calificación del mérito del sumario, ocasión en la cual dos o más hechos conexos pueden dar lugar a dos o más decisiones diferentes, según las pruebas recogidas en la instrucción, unas al llamamiento a juicio y las otras a un sobreseimiento temporal y a un definitivo, sin que por ello se quebrante el debido proceso.

A causa de que el procedimiento penal colombiano admite tales excepciones, la Corte ha considerado tradicionalmente que el quebrantamiento de la unidad de aquél no implica en modo alguno nulidad de orden legal ni, tampoco, desde luego, de orden constitucional o supralegal:

"... no hay nulidad (...) cuando se trata de dos delitos conexos de los cuales se sindica una misma persona, y se dicte primero fallo por uno de dichos delitos y luego por el otro, cuando esto se debe a que, al calificar el sumario, se llamó a responder en juicio al procesado por una de las infracciones y se le sobreseyó (...) por la otra ...".

(Sentencia, 15 de marzo de 1955, LXXIX, 887).

"... ... ...".

"... *El admitir o desestimar la competencia por conexión es cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al juez, pues la decisión en uno u otro sentido envuelve una apreciación de hecho y sujeta a su vez a la apreciación del superior, según las razones de oportunidad que se encuentren en cada caso ...*".

(Sentencia, 9 de agosto de 1957, LXXXVI, 150).

A su turno, la jurisprudencia italiana ha sostenido que la unidad de procedimientos por conexidad de los delitos no puede servir de obstáculo para la oportuna definición de la instrucción o del juicio respecto de los que aparezcan demostrados:

"... *Los efectos procesales de la conexión son de orden relativo y, por tanto, no hay una atracción* ipso jure *inderogable entre los procedimientos conexos, sino que la unión de ellos se deja al poder discrecional del juez, quien debe tener presente, tanto en la instrucción (...) como en el juicio (...) que ella no debe aportar retardo a la definición de la instrucción para ninguno de los imputados ni de los delitos ...*".

(Casación, 12 de enero de 1949, cit. Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, página 405).

Y el propio Leone, a quien dice no convencerle esa orientación doctrinaria (por estimar que la reunión de los procedimientos por delitos conexos es obligatoria) advierte, no obstante, que "es claro que la no reunión de los procedimientos instructorios conexos no puede ser objeto de reclamación, ni puede dar lugar a nulidad" (obra citada, página 406).

No prospera, pues, la tacha.

Cargo segundo. Afirma el recurrente, además, que el proceso es nulo a causa de no haberse elaborado los cuestionarios en la forma establecida en el Código de Justicia Penal Militar, esto es, uno por el delito de robo y otro por el de homicidio.

Se considera

El delito de robo que el recurrente estima que ha debido investigarse y fallarse dentro de este proceso no fue materia de investigación previa, quizá porque la denuncia por ese hecho fue oportunamente presentada ante la justicia ordinaria y su instrucción adelantada por el Juez Quinto Penal Municipal de Pereira, quien solicitó que el procesado Rincón Gallego fuera puesto a su disposición por esa causa (folio 105), de manera que frente a esta situación mal podía el Presidente del Consejo de Guerra Verbal formular cuestionario por aquel delito.

De conformidad con las pruebas recogidas durante la instrucción, el Comando de la Octava Brigada profirió la Resolución número 011 de 29 de enero de 1979, por medio de la cual convocó Consejo de Guerra Verbal "para que por el procedimiento señalado en el Capítulo II, Título VI, Libro IV del Código de Justicia Penal Militar juzgue al particular Gonzalo Rincón Gallego, de anotaciones personales y civiles registradas en el expediente por el delito definido y sancionado en el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo I, artículo 362, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el proceso" (folio 199) y conforme con tal resolución de convocatoria se elaboró el correspondiente cuestionario:

"... El acusado presente, particular Gonzalo Rincón Gallego, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, *es responsable, Sí o no*, de haber causado con el propósito de matar, la muerte del agente de la Policía Nacional Fernando Antonio Buitrago, cuando éste se encontraba en persecución de tres (3) antisociales que momentos antes habían atracado a mano armada una tienda localizada en la carrera décima (10ª) con calle quince (15), de propiedad de Luis Alfonso Pulgarín, al tratar de eludir la persecución del agente del orden, disparó contra el mismo causándole heridas que le produjeron la muerte minutos después, según hechos sucedidos en la ciudad de Pereira, entre las veintidós (22:00) y las veintitrés (23:00) horas del día treinta (30) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977) ...".

(Folio 204).

El delito de lesiones personales de que también fue sindicado el procesado no se estimó debidamente acreditado en el proceso y no se acogió por ello en este punto la solicitud del Auditor Auxiliar de Guerra, de suerte que ni en la resolución de convocatoria, ni en el formulario, se incluyó cargo por este hecho, que, por ello, se dispuso investigar en el ordinal 5º de la sentencia condenatoria mediante la orden de compulsar copia de lo pertinente del expediente.

Tampoco prospera el cargo.

Causal segunda. La sentencia acusada, dice el recurrente, no está en consonancia con los cargos formulados al procesado en el correspondiente cuestionario.

Se considera

Conforme reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte, la decisión que en el trámite de los juicios mediante Consejos de Guerra Verbales se equipara al auto de proceder del procedimiento ordinario, no es, como con frecuencia se estima, la resolución de convocatoria de tales consejos, sino el cuestionario que se somete a la consideración de los vocales, de modo que lo que importa saber para estudiar la consonancia entre el veredicto y la sentencia no son los hechos en que se funda la resolución de convocatoria, sino aquellos por los cuales se interroga a los vocales, que se incluyen en el respectivo cuestionario.

A este respecto ha dicho en forma reiterada y constante la Sala de Casación Penal:

"... el artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar define que hay juicio a partir de la ejecutoria del auto de proceder, para los procesos ordinarios, pero también dispone que 'en el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios'. De donde se extrae la conclusión correcta de que en esta clase de procedimientos, los cuestionarios son los que equivalen al auto de proceder, y no la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal ...".

(Casación, 7 de diciembre de 1977).

"... ... ...

Esos hechos, reconocidos en el cuestionario, constituyen la imputación concreta al procesado del delito materia de la acusación y fueron, por ello, debidamente recogidos por el Tribunal Superior Militar, al dictar la sentencia con fundamento en el reconocimiento de ellos por parte de los vocales.

Dijo, en efecto, el Tribunal:

"... examinado detenidamente el cuerpo del cuestionario o pliego de cargos en donde se pregunta a los jueces de hecho si Gonzalo Rincón Gallego es responsable sí o no de haber causado, con el propósito de matar, la muerte del Agente Fernando Antonio Buitrago *cuando éste se encontraba en persecución de tres antisociales que momentos antes habían atracado a mano armada una tienda al tratar de eludir la persecución del Agente del orden*. Ciertamente estas frases que la Sala ha subrayado, encierran las circunstancias exigidas por el numeral 4º del artículo 363 del Código Penal, pues allí al preguntar que si se dio muerte al Agente Buitrago cuando éste se encontraba en persecución de tres antisociales que momentos antes habían atracado a mano armada a una tienda, y los transgresores de la ley trataban de eludir la persecución del Agente, se están incluyendo los elementos o circunstancias modificadoras del artículo 363 del numeral 4º del Código Penal, concluyendo que el cuestionario en general está bien redactado, habiéndose presentado sí una irregularidad en el cuerpo de la sentencia en la graduación de la pena, al proferir la parte resolutiva, razón por la cual la Sala procederá a modificar dicha irregularidad, lo que desde luego obliga a aumentar la pena impuesta, tasándola en un máximo de 16 años, debido entre otras razones, a los numerosos antecedentes judiciales que obran dentro del proceso en contra del sindicado y de los cuales se habló al enunciar el acervo probatorio ...".

(Folio 285).

Y, consecuente con tal premisa, resolvió:

"... *Reformar* la sentencia consultada proferida por el señor Presidente del Consejo de Guerra Verbal que juzgó al particular Gonzalo Rincón Gallego por el delito de *homicidio* en el Agente de la Policía Nacional Fernando Antonio Buitrago, mediante la cual se le *condenó* a 12 años de presidio, en el sentido de imponer en total 16 años de presidio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 363, numeral 4º del Código Penal Común y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, fallo que se confirma en todo lo demás ...".

(Folios 286 a 287).

La dada por el Tribunal es, como se ve, una interpretación a la cual evidentemente se presta el cuestionario y el correspondiente veredicto, de acuerdo con el cual, por esa razón, se profirió la sentencia recurrida.

No prospera, pues, la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Los suscritos, tal como lo manifestaran en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homicidio, y en el cual actuó como ponente el honorable Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21 de 1980), reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de anormalidad, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiendo por militares a quienes sirvan en el Ejército, Fuerza Aérea y Marina. Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la Policía no puede calificarse de entidad militar, y por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículos 21, 166 y 167 de la Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47 y, Decretos 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la Policía a los organismos estrictamente militares

y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la Policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarla se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez (Magistrado), *Alfonso Reyes Echandía* (Magistrado).

JURADOS DE CONCIENCIA

Pueden solicitar a las partes o al juez, explicaciones sobre puntos que consideren oscuros, siempre y cuando no adelanten concepto sobre ellos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26546.

Aprobado: Acta número 44 de mayo 7 de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Contra la sentencia de veintiuno (21) de agosto de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Penal— y por medio de la cual, a más de no acceder a decretar una nulidad solicitada por la defensa del procesado, se confirmó la del Juzgado Décimo Superior de esta ciudad en que se condenó a Jorge Cajamarca Solano a la pena principal de nueve (9) años de presidio, más las correspondientes sanciones accesorias, por el delito de homicidio cometido en esta capital el ocho (8) de diciembre de 1976 y de que aparece como víctima Carlos Eduardo Avila, interpuso en tiempo oportuno el defensor recurso extraordinario de casación que le fue concedido y posteriormente declarado admisible por esta Sala ante la cual lo sustentó por medio de la correspondiente demanda, cuyas peticiones resolverá la Corte en la presente sentencia.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse los primeros diciendo que el día últimamente mencionado o sea el ocho (8) de diciembre de 1976 y a eso de la una de la tarde un sujeto arrebató a una señora en el barrio "San Marcos" una cartera con la cual echó a correr siendo perseguido por varios ciudadanos entre los cuales estaba Carlos Eduardo Avila, quien cuando ya iba a darle alcance al raponero fue interceptado por dos amigos de éste, uno de los cuales le asestó cuatro cuchilladas que poco después le ocasionaron la muerte, hecho lo cual el heridor siguió corriendo y tras de haber intentado infructuosamente arrebatarle la bicicleta a un viandante se metió en una casa no sin antes haber arrojado en un solar vecino tanto el cuchillo como un martillo grande o maceta que llevaba. A tal casa penetraron también los agentes de policía que por llamado de alguien habían acudido al lugar de los hechos y se habían sumado a la persecución del homicida, quien fue capturado en la casa donde buscó refugio y que resultó ser Jorge Cajamarca Solano.

Con tal motivo se inició la correspondiente investigación en la cual se oyó sin juramento al sindicado Cajamarca Solano, quien dice que estaba esperando un bus cuando oyó tiros y que, habiéndose pasado al andén del frente, las personas que lo vieron hacer aquel movimiento creyeron que huía y lo señalaron como autor de las heridas que momentos antes había recibido una persona, razón por la cual lo aprehendieron y condujeron ante las autoridades.

Recibidas varias declaraciones y practicadas otras pruebas se cerró la investigación por auto de 28 de abril de 1977 ejecutoriado el cual se profirió, en providencia de 2 de junio del mismo año, llamamiento a juicio del sindicado Cajamarca Solano como responsable por el delito de homicidio simplemente intencional.

Adelantado el juicio y hecho el sorteo de jurados, se fijó fecha para la vista pública que se llevó a cabo el 10 de abril de 1980.

En el acta de la misma aparece la siguiente expresión que se transcribe literalmente por ser motivo, lo allí dicho, de una de las argumentaciones de la demanda.

A folio 250 del cuaderno principal, se dice:

"En este estado de la diligencia interpela un miembro del jurado de conciencia, para decir que el del raponazo no es el mismo que dio muerte al ciudadano".

El acta en cuestión además, está firmada por Gloria Ibarra Insuasty en el carácter de secretaria *ad hoc*, haciéndose constar al comienzo de la misma que actuaría un "secretario *ad hoc*", pero sin que aparezca ni en la misma acta ni en otro lugar del proceso que se la hubiera posesionado previamente en tal cargo.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Dos cargos hace el censor a la sentencia recurrida y ambos los expone en el marco de la causal cuarta de casación por considerar que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidades de rango constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio.

A continuación se resumen, por separado, esos dos cargos y con cada uno de ellos la correspondiente respuesta del Ministerio Público representado, en el presente caso, por el Procurador Tercero Delegado Penal, quien solicita, con base en los argumentos por él expuestos, que se deseche la demanda.

Primer cargo. Lo hace consistir el actor en que uno de los jurados tuvo durante la audiencia pública intervenciones que, en el concepto del demandante, demostraron su falta de imparcialidad, con lo cual se faltó a las formas propias del juicio, viciando así la actuación por contradecir lo preceptuado en el artículo 26 de la Carta Fundamental.

"En el juicio, dice textualmente el actor, se quebrantó el mandato constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta, puesto que a Jorge Cajamarca Solano se le condenó con fundamento en la intervención prevenida y parcializada del jurado Bernardo Ramos Llaña contra mi representado, a tal punto que pudo influir en forma decisiva en el ánimo de los otros jurados, para conseguir por mayoría de votos la condena de aquél. Como desconocerle el ánimo prevenido, a expresiones del jurado Ramos, palabras más 'Doctor, no nos hable de cuestiones jurídicas, ya que no somos jueces y por lo tanto nuestro fallo es tan sólo en conciencia' cuando en un esfuerzo por darle claridad a los argumentos de mi discurso, los respaldaba con las formas normativas procedimentales o por ejemplo 'eso tampoco significa que el procesado no haya sido el homicida', cuando discurría que, por la ausencia de pruebas, no se podía hablar de cuchillo homicida menos atribuirle la posesión del mismo a nombre de Cajamarca Solano, y así, por lo menos dos intervenciones más de este estilo que han debido quedar consignadas en el acta respectiva".

Replica la Procuraduría que las constancias que aparecen en el acta no permiten establecer la existencia de una actitud parcializada por parte de uno de los miembros del Tribunal de conciencia tal como dice el actor quien, por otra parte, ninguna observación sobre el particular hizo al firmarla y que expuso con amplitud durante la audiencia sus argumentos hasta el punto de que obtuvo que uno de los jurados los aceptara.

Segundo cargo. También en el ámbito, como ya se dijo, de la causal cuarta de casación y basándose igualmente en el artículo 26 de la Constitución, el censor critica a la sentencia el hecho de haberse basado en un acta de audiencia pública que aquél califica de carente de veracidad y de inexacta, en primer término por haber sido suscrita por una persona que no estaba debidamente posesionada, lo que hizo, a juicio, que no se cumplieran las debidas formalidades en el proceso y que, en segundo lugar, no mencionó que el jurado Ramos Llaña había intervenido varias veces demostrando un ánimo abiertamente prevenido y parcializado en contra del procesado.

Responde el Procurador Tercero Delegado Penal que si bien la ausencia del acta de posesión no permite saber si la persona que ocupó *ad hoc* durante la audiencia el cargo de secretario, pertenecía o no al personal del juzgado, lo cual implica una irregularidad, ésta no puede tener las consecuencias que le atribuye el censor, ya que la diligencia en cuestión se llevó a cabo legalmente y el acta criticada lleva las firmas no sólo del actor sino del juez y las demás personas que intervinieron en la vista "por lo cual, dice el Ministerio Público, tiene fuerza suficiente (artículo 515 del Código de Procedimiento Penal) sin que la simple irregularidad anotada, que no tendría efecto alguno sobre el juzgamiento ni las garantías que corresponden al procesado puede tener por la misma razón la incidencia de conducir a la invalidez de un acto realmente celebrado con sujeción a la ley".

Consideraciones de la Corte

Se examinan a continuación los dos cargos formulados por la demanda, en el mismo orden en que lo fueron:

Primer cargo. Ciertamente el juzgamiento con la intervención de jurados requiere que éstos sean honestos e imparciales, calidades de cuya existencia pretenden asegurarse el legislador no sólo estableciendo requisitos para ser incluidos en las listas respectivas (artículos 523 y 530 entre otros), sino señalando impedimentos especiales para intervenir en los respectivos procesos.

Por otra parte, no contento con lo establecido en esas disposiciones el legislador reitera a propósito del sorteo parcial de jurados (artículo 544 del Código de Procedimiento Penal) que "en todo caso, el juez debe tener presente, como norma invariable, que la ley exige la absoluta imparcialidad de los jueces de hecho y que es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia".

De esas normas no puede inferirse, sin embargo, que su actitud en la audiencia debe ser absolutamente pasiva y silenciosa. Ciertamente, según lo estatuye el artículo 561 del ordenamiento que se viene citando, "desde el momento de ser notificados de la designación, aun cuando las audiencias ya hubieren concluido, los jurados no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces. La violación de lo anterior hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato, sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiere propuesto".

Es decir, se les prohíbe tener conversación o hacer comentario sobre el juicio en que están interviniendo, o sea, en otras palabras, cambiar ideas o expresar conceptos acerca de la materia sometida a su juzgamiento.

Pero en ningún caso se les puede impedir que soliciten a las partes o al juez explicaciones sobre puntos que consideren oscuros y siempre que no adelanten ningún concepto sobre ellos.

En el caso de autos no aparece constancia de que el jurado doctor Ramos Llaña hubiera excedido esos límites en sus intervenciones de las cuales sólo una consta en el acta de la audiencia y ella, como se deja dicho se limitó a observar que el individuo del raponazo no había sido el mismo que diera muerte a Carlos Eduardo Avila.

De las demás que en su boca pone el censor, no aparece prueba alguna y, por lo tanto, no pueden ser dadas como existentes.

Por otra parte no sobra reiterar, como lo ha hecho la Procuraduría, que el actor no dejó ninguna constancia sobre el particular en el momento de firmar el acta, sino que sólo lo hizo con posterioridad.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. La falta de posesión de la secretaria *ad hoc* no puede tener los alcances que le atribuye el demandante. Ciertamente el Decreto 1265 de 1970 citado por éste, establece, en su artículo 14 que en las audiencias y diligencias se reemplazará el Secretario por otro empleado subalterno si lo hubiere, o con uno *ad hoc* y que la posesión de éste se hará constar en el expediente.

Pero además de que no aparece que la secretaria *ad hoc* fuera ajena al juzgado ni esa norma ni ninguna otra sanciona con nulidad los actos o diligencias en que intervenga el tercero *ad hoc* que no haya sido posesionado o de cuya posesión no se haya dejado la debida constancia.

Mucho menos cuando en ellos hayan intervenido otras personas sobre cuya legítima actuación no exista la menor duda.

Que sería el caso de autos ya que el acta no sólo aparece firmada por la secretaria *ad hoc*, sino también por el juez y las otras personas que intervinieron en la audiencia.

No puede, por lo tanto, afirmarse que se faltó a las formas propias del juicio, ya que ninguna de las fundamentales que le dan fisonomía propia al que se lleva a cabo con la intervención de jurados, dejó de observarse en el presente caso, ni se vulneró el derecho de defensa del acusado.

Tampoco está llamada a prosperar esta censura.

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

Resuelve:

No CASAR la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO

La aplicación de esta norma es de carácter excepcional, porque ejecutoriada impide la tramitación ordinaria del proceso; por ende, es absolutamente indispensable que las pruebas en que se funde la decisión, demuestren en forma plena o completa la inutilidad de seguir adelantando la investigación o el juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 045.

Bogotá, D. E., mayo 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el Fiscal de la Corporación y por el apoderado de la procesada, bien concedida en el efecto devolutivo, corresponde a la Corte revisar el auto del Tribunal Superior de Bogotá de 7 de julio del año pasado por medio del cual se abstuvo de dar aplicación a la disposición del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, que le había sido solicitada a favor de la doctora Esperanza Castillo Ulloa, Juez Promiscuo Municipal de Silvania, a causa de estimar la correspondiente Sala de Decisión que no se daba en el proceso "la plena prueba de la conformación de una cualquiera de las causales de improcedibilidad que consagra (esa norma)".

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha manifestado su conformidad con la providencia recurrida y solicitado a la Corte, en consecuencia, que le imparta su aprobación, particularmente porque la investigación, hasta ahora, "ofrece una serie de vacíos probatorios y arroja un sinnúmero de interrogantes que es preciso dilucidar previamente".

El apoderado de la procesada, por su parte, ha manifestado a la Sala que la totalidad de la actuación cumplida por la funcionaria estuvo ajustada a los estrictos términos procesales siendo, además, de reconocida juridicidad las determinaciones por ella adoptadas, en tanto que, de otro lado, las demoras o posibles irregularidades que pudieran advertirse en la tramitación fueron debidas al hecho de que el abogado que la denuncia estuvo entorpeciendo constantemente la actividad de la juez en el proceso, impidiendo de esa manera "la práctica de pruebas que permitieran un juicio claro de los hechos" y "que se adelantara (...) prueba distinta a las indagatorias", lo que condujo a que la investigación concluyera mediante la calificación del sumario con auto de sobreseimiento de carácter temporal.

Resultando

Los hechos materia de la denuncia contra la doctora Castillo Ulloa, aparecen correctamente resumidos por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en los siguientes términos, que reflejan la realidad procesal:

"... El abogado Arnovis López Osorio apoderado de Félix Alberto Romero, Mauro Enrique Romero, Luis Alfonso Garzón y Carlos Julio López, sindicados de lesiones personales en proceso adelantado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Silvania, a cargo de la doctora Esperanza Castillo Ulloa, le atribuye la comisión de varios hechos punibles ...".

"... En extenso escrito de denuncia afirma que la juez acusada movida por sentimientos de animadversión hacia los inculpados Romero ha proferido decisiones contrarias a derecho prolongando indebidamente su detención; le ha imprimido a la actuación procesal un trámite equivocado, a sabiendas o deliberadamente, como el

de haber remitido el proceso a un funcionario diferente al que debía conocer del recurso de apelación o al que no era competente para resolver la recusación presentada por el denunciante en razón de la ostensible enemistad de la acusada ...".

"... Agrega que las manifestaciones de desafecto hacia sus representados por el hecho de que uno de ellos denunció a su antecesora en el cargo se hicieron públicas al expresar en presencia del abogado Gilberto Sarmiento que los Romero eran unos 'chismosos y buscadores de problemas' a los que había que sancionar ...".

(Folios 3 a 4, cuaderno de la Corte).

Considerando

1. *La orden de cesar todo procedimiento, por aparecer plenamente demostrado uno cualquiera de sus fundamentos, es decisión de naturaleza excepcional que, ejecutoriada, impide que el sumario concluya con la calificación de su mérito y que el juicio termine con el proferimiento de la sentencia correspondiente, que son las metas que el proceso pretende ordinariamente, de modo que para que éste se agote prematuramente, sin llegar al final de una cualquiera de esas dos etapas fundamentales en que se encuentra dividido, es absolutamente indispensable que las pruebas en que se funda la determinación muestren por sí mismas, en forma plena o completa, esto es, evidentemente, la inutilidad del adelantamiento de la investigación o del juicio.*

La condición impuesta en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, conforme a la cual el evento en el que se funda debe estar plenamente demostrado, es de tan singular importancia que cualquier duda u oscuridad que desdibuje o haga borrosa su prueba y aún la simple posibilidad de que el motivo pueda ser más tarde desvirtuado, debilitado o eliminado, impide legalmente dar aplicación a la norma, que en tal evento debe dar paso al adelantamiento de la la acción, bien para que se califique el sumario, ya, si es el caso, para que se dicte la sentencia.

La jurisprudencia italiana, refiriéndose al primer apartado del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal de su país, que corresponde al 163 del nuestro, ha dicho, sin embargo, de que aquella norma no incluye la exigencia expresa de la plena prueba que contiene la nuestra, que para que esa disposición pueda ser aplicada es absolutamente necesario que la causal en que se funda aparezca evidentemente demostrada, *esto es, de bulto, ostensible, notoriamente o, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, con "certeza clara, manifiesta y tan perceptible (...), que nadie pueda racionalmente dudar de ella":*

"... es jurisprudencia constante de la (Suprema Corte) que el hecho que revela inocencia del imputado en forma evidente, *es decir, sin necesidad de demostración, debe resultar comprobado mediante valoración propia y directa de las resultancias procesales ...".*

(Casación de 3 de julio de 1939, ibídem, 1940, IV, 19; del 16 de febrero de 1945, ibídem, 1946, III, 158).

Y más explícitamente aún:

"... para la aplicación de la norma excepcional del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal, son necesarios los siguientes requisitos esenciales de hecho:

"1. Que existan ya las pruebas que hagan evidente que el hecho no existe o que el imputado no lo ha cometido o que el hecho no está previsto por la ley como delito.

"2. Que dichas pruebas revistan, además, el carácter de la evidencia, en cuanto cognoscibles y comprensibles a primer aspecto, sin necesidad de ningún nuevo examen o profundización en juicio ...".

(Casación de 15 de mayo de 1946, inserta en la Revista Penal 1946, 911, cit. Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, página 208).

2. Dentro de la investigación que el Tribunal Superior de Bogotá adelanta contra la doctora Esperanza Castillo Ulloa, por acciones u omisiones suyas en ejercicio del cargo de Juez Promiscuo Municipal de Silvania, aparecen las siguientes pruebas y diligencias, cuyo contenido y análisis resulta prematuro hacer en esta oportunidad, ya para admitirlas, bien, si es el caso, para desestimarlas procesalmente:

"... el señor Secretario del juzgado, Oliverio Ramos y el Director de la Cárcel de Silvania, Jorge Sánchez, han dicho a varias personas entre ellas Jovanny Morales, el señor padre de los detenidos Félix Romero, Luis Carlos Garzón, Onofre de Romero y a los mismos detenidos que la juez ha dicho que si cambian de abogado les dará libertad inmediatamente, y que de lo contrario seguirán detenidos por más tiempo ...".

(Folio 16).

"... ... ...".

"... El Secretario del Juzgado de Silvania me dijo que si no cambiaban de abogado, no tenían cuándo salir mis chinos de la cárcel y el Director de la Cárcel de esa ciudad, en cuanto a mí respecta si no me ha dicho nada. También me dijo el secretario: 'Cómo los van a soltar si están de pelea con el juez, el abogado ...' ".

(Folio 24).

"... ... ...".

"... entablamos un diálogo preguntándole cómo iba el expediente y él nos reafirmó nuevamente que esos presos deberían estar libres hace rato si hubieran cambiado de abogado, yo entiendo que si él lo dice es porque ha sido comentado con la juez. También he oído comentarios que el cercelero ha oído a la juez y al secretario que si no fuera por ese abogado ya los hubieran soltado hacía tiempos ...".

(Folio 27).

"... ... ...".

"... nos dijo que él estando charlando con varias personas, le habían comentado que lo mejor era que cambiáramos ese abogado porque era lo más malo que había, que había bastantes abogados en Bogotá y que podíamos cambiarlo, porque a él le habían comentado eso, y él nos lo comentó a nosotros, por lo que el abogado había peleado con la juez, y que entonces la juez no le oía lo que él solicitaba en sus memoriales ...".

(Folio 187).

"... ... ...".

"... Los oficios fueron redactados para el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, uno para el sindicado Mauro Romero y otro para Ananías Ramos, en ambos se transcribieron los dictámenes del médico legista, anteriores, sin embargo en el de Mauro Romero, se omitió el dictamen del médico legista que fijaba una incapacidad a éste de catorce días y solamente se transcribió el segundo de ocho días, en cambio en el oficio de Ananías Ramos, se transcribieron los dos dictámenes médico-legales y se le aumentó la historia clínica de los emitidos por el hospital de Fusagasugá, sobre el tratamiento a que éste fue sometido. Como consideré que se vislumbraba un ánimo de influir en el tercer dictamen del médico-legista, solicité por memorial que acompaño a esta diligencia en copia (se ordena adjuntar a esta diligencia una copia del memorial al que hace referencia), que se modificaran esos oficios, al parecer se cambió el oficio de Mauro Romero agregándole el primer dictamen médico-legal, pero no se dejó el que existía y también desaparecieron el original y copia de mi memorial ...".

(Folio 224).

3. Asiste, pues, toda razón al Tribunal Superior de Bogotá, cuando considera que en el estado actual del proceso no aparece plenamente demostrada ninguna de las circunstancias señaladas en el artículo 163 del Procedimiento Penal para su aplicación y que, en consecuencia, debe proseguirse la investigación mediante "la práctica de las diligencias faltantes de las ordenadas en el auto cabeza de proceso; la evacuación de las citas hechas por la procesada; (los) careos entre ésta y los doctores Arnovis López y Gilberto Sarmiento, y (...) las que surjan de éstas y pidan las partes":

"... La Sala estima que, *prima facie*, los cargos formulados contra la doctora Castillo Ulloa pueden llegar a estructurar el delito de abuso de autoridad, el cual en principio encuentra respaldo probatorio en la declaración jurada del doctor Gilberto Sarmiento y, por lo mismo, se torna inaplicable el precitado artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, ya que el mismo en su viabilidad demanda la plena prueba de la conformación de una cualquiera de las causales de improcedibilidad que consagra, situación que no corresponde justamente a la que nos ocupa, máxime si se considera que en la actuación procesal cumplida por la señorita juez en referencia, realmente se advierte la existencia de trámites equivocados o irregularidades procedimentales, como son los relacionados con el diligenciamiento que se dio al recurso de apelación interpuesto contra el auto de detención y la recusación propuesta ...".

(Folio 318).

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRME el auto recurrido.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Los jueces de instrucción no pueden decretarla. La aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal puede ser realizada por el juez de conocimiento, ya sea a quo o ad quem, o por la Corte en sede de casación, siempre que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que dicha norma consagra

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 45 de 12 de mayo de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 13 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

El procesado Gonzalo Jiménez Panesso interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de 19 de septiembre de 1980, por medio de la cual lo condenó a la pena principal de cinco años, seis meses de presidio por infracción al Decreto 1188 de 1974.

En el trámite de la notificación personal del auto admisorio del recurso, la Asesoría Jurídica de la Penitenciaría Central de Colombia informó que el procesado recurrente había fallecido dentro del propio establecimiento carcelario el 4 de diciembre de 1980 (folio 11).

Se allegó al expediente copia auténtica de la partida de defunción de Gonzalo Jiménez Panesso, expedida por la Notaría Trece del Círculo de Bogotá, en la que se insertan los datos y la filiación del procesado (folio 17); los cuales coinciden con los que registra la diligencia de indagatoria (folio 29 del cuaderno principal).

Con base en estos antecedentes el Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que debe darse aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pues tal declaración es procedente en cualquier estado del proceso.

Se considera

El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal establece, entre las varias hipótesis de improcedibilidad o imposibilidad del ejercicio de la acción penal, la referente a que ésta no pudiere proseguirse, lo cual se presenta, entre otros casos, cuando fallece el procesado, pues ese hecho extingue la acción penal (artículo 76 del Código Penal).

El pronunciamiento sobre la causal de improcedibilidad y la consecuente cesación de toda actuación, puede hacerse en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud de parte, previo concepto del Ministerio Público, y siempre que aquélla aparezca plenamente comprobada. Esa decisión, que debe ser consultada, le corresponde al juez, esto es, al funcionario del conocimiento, no al que es meramente instructor. Se exige, por tanto, tener competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto que constituye la relación jurídico-procesal que se discute.

Ahora bien, como respecto de un determinado caso pueden tener competencia, en sus correspondientes momentos procesales, el juez de primera instancia, el de segunda y la propia Corte por intermedio de su Sala Penal cuando se interpone el recurso de casación, cabe dilucidar si la decisión que se tome con base en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal corresponde privativamente al juez competente de la primera instancia o si puede adoptarse por el de segunda, o, en su caso, por la Corte si la causal se presenta o alega durante la tramitación del recurso extraordinario, como ocurre en el proceso que motiva este análisis.

La jurisprudencia, en la que ha predominado el criterio de que la determinación incumbe al

juez del conocimiento, ha mostrado variantes respecto de si puede y debe tomarla el de segunda cuando el asunto está bajo su competencia.

En auto de 15 de diciembre de 1954 (Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, página 368) sostuvo la Corte la exclusividad de esa competencia en el juez de primera instancia, al no haber resuelto acerca de la declaratoria de prescripción para deferir el pronunciamiento al funcionario de instancia. Así se desprende de la siguiente transcripción: "Pero se advierte que la acción penal se halla prescrita, pues los hechos denunciados tuvieron lugar con anterioridad al mes de octubre de 1949, por lo cual el auto de sobreseimiento consultado habrá de revocarse por la Sala con la finalidad distinta de que el Tribunal a que decida, por ser de su incumbencia, *sobre la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal por ese concepto" (subrayas fuera de texto).*

En cambio, en pronunciamiento del año de 1962, atribuyó esa competencia al funcionario de segunda instancia. En él se expresó: "Por lo demás, nada implica que tal decisión se haya tomado en la segunda instancia, porque como muy bien lo dice el Tribunal ad quem, *'en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal, ya que esta superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, como quiera que ella puede dictarse en cualquier estado del proceso'. Tan evidente es lo anterior que bien podría considerarse como un posible delito de abuso de autoridad ... el hecho o circunstancia de no dictarse ese proveído cuando hay lugar a ello'" (auto de 26 de febrero de 1962, Gaceta Judicial, Tomo XCVIII, página 178).*

De una manera todavía más concreta, y extendiendo el criterio tanto a las instancias como a la sede de casación, dijo la Corte en providencia de 10 de noviembre de 1958, lo siguiente:

"La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal 'en cualquier estado del proceso'. Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considere como infracción penal, 'o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse', el juez debe dictar sentencia en que así lo declare. 'El juez' de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda y del mismo carácter participa la Corte en Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el juez a quo, *o el juez* ad quem, *o la Corte como Tribunal de Casación.*

"Es cierto que la sentencia de que se viene hablando 'debe ser consultada', pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar su decisión.

"Cuando la ley dice que la sentencia 'debe ser consultada', presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento 'en cualquier estado del proceso' en que las causas para decretarla se presenten (Gaceta Judicial, Tomo LXXXIX, páginas 587 y 588 de 1958).

La amplitud de criterio que recoge la providencia transcrita, consulta los elevados fines que persigue este medio extraordinario de fenecimiento de la acción penal, que no son otros que los de no dilatar innecesariamente la decisión de una situación jurídica generada en una causa que no existió o dejó de tener vigencia. Poderosísimas razones de justicia y también de economía procesal prestan sólido respaldo a esta posición.

*Además, la objeción que podría resultar de la preterm*isión *de la instancia, se obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico de las decisiones del inferior en orden a enmendar posibles desaciertos, quedan asegurados, hay que presumirlo, cuando es el máximo organismo judicial el que conoce, aparte de que los casos de consulta han venido siendo progresivamente restringidos por la ley (artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, Ley 17 de 1975, artículo 1º). A lo anterior debe agregarse que para que proceda la aplicación de la norma que se viene comentando es preciso que la causal que se alegue esté* plenamente *comprobada.*

Así lo habría hecho notar también la Corte, cuando refiriéndose al artículo 153 del anterior Código Procedimental, disposición sustancial-

mente igual a la del artículo 163 del estatuto vigente, hizo la siguiente apreciación:

"El artículo 153, que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal, fue traído a la nueva ordenación del procedimiento, que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de un sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo un estado de zozobra para el procesado, en el segundo" (Gaceta Judicial, Tomo LXV, página 161, 1948).

No resultando afectados los intereses del procesado y de las otras partes, ni tampoco los de la justicia, pues es garantía de acierto el que conozca el Superior así sea en forma directa, y atendidos los nobles fines que se pretenden con la institución del fenecimiento anticipado de la acción penal (artículo 163 del Código Procesal), ceden paso a la tesis que se propugna de su aplicación en cualquier estado del proceso por el funcionario competente que estuviere conociendo del asunto, todas aquellas preocupaciones que podrían surgir cuando se trata de actuar en sede de casación, derivadas de la naturaleza excepcional de este recurso, sometido a una rigurosa técnica, regido por unas causales taxativas y librado al ámbito que le fija el propio recurrente al indicar los motivos de impugnación de la sentencia, de tal forma que la Corte no puede ocuparse de causales distintas de aquéllas que han sido expresamente alegadas por las partes (artículo 581 del Código de Procedimiento Penal), con la sola excepción que ha venido a establecerse, por vía jurisprudencial, de conocer oficiosamente de la nulidad cuando es ostensible y de carácter absoluto.

Debe, por tanto, resolverse acerca de la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, ya ha de hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio.

Consecuente con las anteriores consideraciones, la Corte debe dar aplicación, en el caso que se analiza, al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pues existe aún proceso, ya que éste se proyecta sobre la etapa de la casación cuando la sentencia es impugnada por este medio extraordinario, y por cuanto se ha presentado un hecho, debidamente comprobado, de los que, el tenor de dicha norma, extinguen la acción penal, que es la muerte del procesado Gonzalo Jiménez Panesso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, DECLARA EXTINGUIDA la acción penal respecto del procesado Gonzalo Jiménez Panesso por muerte de éste, y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento en contra de él. Además declara desierto el recurso extraordinario de casación. Remítase el expediente al Tribunal Superior de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA COPARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE

La autoría y la complicidad no han desaparecido en la legislación penal actual; lo que desapareció fue la denominación de 'complicidad necesaria' y 'complicidad no necesaria', mas no la conducta de quien contribuye eficazmente a que otro realice un hecho punible determinado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 047.

Bogotá, D. E., mayo 14 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El señor apoderado de la procesada Beatriz Muñoz de López, ha solicitado a la Sala que disponga la cesación de la acción penal respecto de ésta, a causa de que el Código Penal, en sus artículos 23 y 24, eliminó "la delictuosidad de la conducta investigada", borrando de sus previsiones los comportamientos calificados en el Código anterior de complicidades necesaria y no necesaria, fundamento de la imputación a la procesada en el auto de proceder y de la sentencia de condena y, además, respecto del autor, su cónyuge, porque "el delito, que era indispensable obra de dos, no puede serlo ya porque ha desaparecido uno de los factores personales de su estructura".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, por el contrario, considera que aun cuando con diferente denominación en el Código actual, las conductas desarrolladas por el autor y su cómplice son aún consideradas delictuosas y resulta improcedente, por consiguiente, la declaración de inexistencia del comportamiento punible y la orden de cesar el procedimiento, que se solicitan.

Considerando

Admite el señor apoderado de la procesada que ésta no realizó el tipo básico de que se ocupa el artículo 408 del Código anterior, pues el autor fue su cónyuge, Jorge López García, a quien ella le ayudó "en tal forma, que sin esta contribución la estafa no podía cometerse en las circunstancias modales, temporales y de lugar de que dan cuenta los autos"; pero considera que los hechos ejecutados por una y otro desaparecieron del Código vigente debido a que, a su juicio:

"... la señora de López no realizó el tipo básico de que se ocupa el artículo 408. Fue el autor, es decir, su cónyuge Jorge López García, quien adecuó su comportamiento a ese modelo típico. Ella le ayudó en tal forma, que sin esta contribución la estafa no podía cometerse en las circunstancias modales, temporales y de lugar de que dan cuenta los autos, si en verdad éstos tuvieran fuerza probatoria suficiente para admitirlo. Podía el autor escoger otro momento, emplear medios distintos, crear el artificio con materiales diferentes, pero el hecho realizado en las condiciones a que se contrae el proceso, fue exactamente aquel en el cual intervino la señora de López, con eficacia tan notable, que, de haberse abstenido de actuar, la estafa al español Roselló Ginard, no se habría cometido ...".

"... Ocurre que esa participación llamada necesaria o primaria, por la cual se ha enjuiciado a la señora Muñoz de López, desapareció del Código vigente, que, según lo expuesto, sólo erige en su reemplazo las categorías de autor, coautores, determinadores y cómplices. La señora Muñoz de López no es coautora, como definió el auto de proceder. Está lejos de haber tomado parte,

primera modalidad de la complicidad necesaria. No fue determinadora y hoy tampoco puede ser denominada cómplice ...".

"... La complicidad primaria del viejo estatuto implicaba una actividad de tal significación comprometedora, que al no prestarse, el delito dejaba de existir. Por lo tanto, la falta de aquella actividad decisoria, hacía desaparecer la figura del autor, debido a la categórica definición del artículo 19. Es del texto mismo de la ley de donde derivaba el impedimento. Si el partícipe necesario quedaba eliminado por deficiencia probatoria, el autor corría igual suerte. Ahora el caso es más extremo: el partícipe necesario, borrado del texto por voluntad de las normas vigentes, suprime también la categoría de autor. En consecuencia, López García no pudo realizar el hecho, porque su cómplice necesario ha dejado de serlo. El delito, que era indispensable obra de dos, no puede serlo ya porque ha desaparecido uno de los factores personales de su estructura ...".

(Folios 12 a 13, cuaderno de la Corte).

La Procuraduría Delegada, luego de reseñar los antecedentes de las disposiciones correspondientes del Código Penal, expone las siguientes conclusiones para oponerse a la solicitud del apoderado de la procesada:

"... Primera. 'La supresión de las denominaciones 'complicidad necesaria' y 'complicidad no necesaria' obedece a dos motivos principales: la dificultad en hacer esas distinciones en casos concretos y la injusticia de imponer al llamado cómplice necesario, la pena del autor del hecho, siendo que aquél no realiza el tipo delictivo ...".

"... Segunda. Nunca se pensó dejar impune la contribución de alguien en la comisión de un delito y se optó, como para el caso de la tentativa, en hacer solamente referencia a los 'cómplices', correspondiendo al juez aplicar la sanción de acuerdo con esa contribución causal: mayor para quien haya participado en forma decisiva en el ilícito y menor para los demás. Es más: se recuerda que, por ejemplo, el proyecto de 1974 traía este inciso: 'el juez graduará la sanción según la mayor o menor eficacia de la contribución del cómplice'. Y el de 1976 repite este concepto con la frase 'según la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda' ...".

"... Tercera. Las que 'desaparecieron', en el vocabulario del señor apoderado, fueron las denominaciones 'complicidad necesaria' y 'complicidad no necesaria' mas no las conductas o comportamientos de quien contribuye eficazmente a que otro realice un tipo delictivo determinado ...".

"... ... ...".

"... Cuarta. Muchísima menos razón tiene la tesis de que Jorge Emilio López, condenado como autor del delito de estafa, debe ser absuelto porque si su esposa no ayudó en nada, él tampoco pudo cometer el delito que se le atribuyó. Con tan peregrino planteamiento se pretenden desconocer el concepto de autor, la condición personal de la responsabilidad penal y el carácter accesorio de la complicidad ...".

(Folios 25 a 26, cuaderno de la Corte).

La Sala comparte plenamente las razones que expone el Ministerio Público en sus planteamientos anteriores, pues *no es posible concebir una legislación penal que deje al margen de sus previsiones y sanciones a quienes contribuyen causalmente, en mayor o menor grado, a la realización del hecho punible, si bien la participación de esas personas en la ejecución puede llamarse de diverso modo, como se advierte en la legislación comparada y ocurre en la nuestra al cotejar las normas del Código actual con las del anterior sobre esta y otras materias.*

La aplicación del principio conforme al cual la ley permisiva o favorable prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito (Ley 153 de 1887, artículo 44), no opera cuando, como en este asunto, los hechos no han dejado de calificarse y sancionarse como delictuosos, con otra denominación, sino cuando la nueva ley ha quitado explícita o implícitamente el carácter de delito al hecho que antes lo tenía (artículo 45 ibídem).

La Corte, a partir de la vigencia del Código actual, ha venido analizando las situaciones contempladas en el anterior, según las disposiciones del nuevo, de modo de establecer si, conforme a éstas, el hecho ha dejado de ser considerado delictuoso o si se le ha dado una más adecuada denominación y, en este último evento, si las sanciones han sido atenuadas cuantitativa y cualitativamente, para proceder, estas situaciones establecidas, de acuerdo con el principio de favorabilidad.

El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga de este modo un provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, es hecho aún considerado delictuoso (artículo 356), los que lo ejecutan o determinan a otro a realizarlo siguen

siendo considerados autores del delito (artículo 23) y los que contribuyen a su realización o prestan una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores, siguen siendo considerados como cómplices (artículo 24) y su complicidad más o menos penada según "la mayor o menor eficacia de su contribución o ayuda" (artículo 61, inciso 2º), esto es, según que la prestada al autor constituya "un auxilio o cooperación sin los cuales (el delito) no habría podido cometerse" o se hubiese limitado a cooperar o prestar "una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores (al hecho punible)", como se disponía en el Código anterior.

Atina la Procuraduría Delegada, en consecuencia, cuando afirma que las que desaparecieron de la ley penal fueron las denominaciones de "complicidad necesaria" y de "complicidad no necesaria", pero no, por supuesto, "las conductas o comportamientos de quien contribuye eficazmente a que otro realice un tipo delictivo determinado".

Si, en suma, el autor sigue siéndolo en la legislación actual y la complicidad tampoco ha dejado de existir, la obligada conclusión es la de que la solicitud del señor apoderado de la procesada Beatriz Muñoz de López es claramente improcedente.

Por las anteriores breves consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA que los hechos materia del proceso son constitutivos de delito y ORDENA, en consecuencia, proseguir la tramitación correspondiente al recurso de casación.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Para que sea viable es necesario que no se presente entre los funcionarios discrepantes ninguna relación de subordinación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 047, mayo 14 de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 14 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Debe decidir la Corte si es el caso de abrir o no investigación penal contra los doctores Necty Gutiérrez de Rodríguez, Mercedes Labrador de Ospina y Heladio Mendoza Mendoza, en su carácter de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según denuncia formulada en su contra por Rosa Delia Díaz viuda de Gracia.

Primero. Antecedentes. Relata la denunciante que en mayo de 1977 confirió poder al doctor Luis Lozano Torres "... para que en mi nombre y representación inicie y lleve hasta su terminación proceso de *declaración judicial de pertenencia* por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ..." contra el señor Emilio Ruiz C., sobre una finca rural ubicada en el Partido de Pueblo y Balsa del Municipio de Chía, hoy urbana distinguida con el número 6-147 de la carrera 10ª de la nomenclatura (sic) urbana de dicha población. Que su poderdante promovió la correspondiente demanda indicando que "el *proceso que se ha de seguir* es el declarativo (ordinario de mayor cuantía) de que trata el Libro III, Título XXI, Capítulos 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil"; que la demanda fue repartida "al Juez Once del Circuito Civil de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón Acosta, el día 13 de mayo de 1977", Despacho que por auto de 17 de los mismos mes y año, dio el trámite señalado y correspondiente, habiendo dispuesto:

"Se admite la demanda ordinaria de mayor cuantía (pertenencia) que precede y de ella se ordena dar traslado al demandado para que *en el término de veinte días* la conteste (lo subrayado es mío).

"Se ordena emplazar a todas las personas que se crean con derecho sobre el inmueble cuya pertenencia se invoca, lo cual se hará en la forma y términos indicados por el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil (lo subrayado es mío) (sic).

"Para la notificación de este proveído al demandado, cuya dirección y domicilio ignora la parte demandante, se ordena su emplazamiento para que en el término de un mes y cinco días más comparezca al proceso a recibir dicha notificación, con la prevención de que en el caso de no hacerlo, se le nombrará un curador *ad litem* con quien se cumplirá dicho acto.

"Se reconoce al doctor Luis Lozano Torres como apoderado judicial de Rosa Delia Díaz viuda de Gracia en las condiciones y efectos señalados en el poder conferido" (folio 2).

Agrega que el edicto emplazatorio fue publicado oportunamente por la radio y la prensa, que como el demandado no compareciera, su apoderado "doctor Lozano solicitó que se ordenara agregar las publicaciones al expediente, se declarara surtido el emplazamiento y se designara curador *ad litem* al demandado, y al juez Once del Circuito Civil de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón Acosta, rehusó resolver estas peticiones".

Continúa lo pertinente de la denuncia en los siguientes términos:

"8. Posteriormente, el Juez Once del Circuito Civil de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón

Acosta, por auto de fecha 19 de julio de 1977 cometió las siguientes infracciones:

"a) Falseó intelectualmente las disposiciones legales sobre competencia por razón de la materia y por razón del valor o la cuantía;

"b) Simuló incompetencia y se declaró tácita o indirectamente incompetente para conocer del proceso de pertenencia;

"c) Se negó implícita e indirectamente a continuar el conocimiento del proceso de pertenencia, que legalmente le había correspondido por reparto y se encontraba conociendo por competencia, y le impuso al Juez Promiscuo Municipal de Chía la competencia de dicho proceso, a sabiendas de ser el Juez Municipal incompetente para conocer del proceso de pertenencia;

"d) Sustrajo del juzgado del conocimiento a su cargo, o sea el Once del Circuito donde se encontraba legalmente radicado, el proceso de pertenencia y lo abandonó en el juzgado incompetente para conocer de él, o sea el Municipal de Chía, dizque para que allí fuera radicado y '... para que asuma la competencia en dicho proceso ...';

"e) Desvió indirectamente el trámite que legalmente le había dado y le corresponde a la demanda de pertenencia;

f) Propició y produjo la nulidad del proceso de pertenencia, y

"g) Hizo nugatorio e ilusorio, por consiguiente, el ejercicio de la acción de pertenencia, pretextando que '... el valor de los bienes cuya pertenencia se invoca —según los certificados de pago del impuesto predial— no alcanza a ser de mayor cuantía ...'.

"9. Contra el auto anterior, de fecha 19 de julio de 1977, mi apoderado doctor Lozano interpuso oportunamente los recursos legales procedentes por medio de sus escritos de fechas 26 de julio y 16 de agosto de 1977 para que lo revocara y en su lugar continuara el conocimiento del citado proceso de pertenencia, y el Juez Once del Circuito Civil de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón Acosta, desestimó las razones legales aducidas por mi citado apoderado y negó tales recursos contrariando la ley.

"10. El Juez Promiscuo Municipal de Chía, doctor Luis E. Baracaldo A., por auto de fecha 29 de septiembre de 1977 incurrió en los desafueros siguientes:

"a) Omitió devolver inmediatamente, y con resolución motivada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15, 16 numerales 2 y 12, 396, 397 y 413 en relación con el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, el proceso de pertenencia dicho a su remitente Juez Once Civil del Circuito de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón Acosta;

"b) Suscitó 'conflicto de competencia' respecto del proceso de pertenencia a su inmediato superior jerárquico, o sea al Juez del Circuito, y ordenó enviar el citado proceso '... al honorable Tribunal Superior de Bogotá para que decida el presente conflicto de competencia en forma definitiva';

"c) Se prestó al Juez Once del Circuito Civil de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón Acosta, y, fingiendo incompetencia para conocer del proceso, a fin de disfrazar la decisión y ocultar la responsabilidad, conoció del proceso de pertenencia, lo retuvo, produjo actuaciones nulas y ayudó a entorpecer su trámite y contribuyó a hacer ilusorio el ejercicio de la acción de pertenencia.

"11. El Secretario del Juez Promiscuo Municipal de Chía omitió enviar el oficio remisorio del proceso de pertenencia al Tribunal y por este motivo el Secretario del Tribunal devolvió dicho proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía con el Oficio número 3519 de fecha 19 de octubre de 1977.

"12. Enviado nuevamente el proceso de pertenencia al Tribunal por el Juez Promiscuo Municipal de Chía con el oficio remisorio omitido, los Magistrados señores Necty Gutiérrez de Rodríguez, Mercedes Labrador de Ospina y Heladio Mendoza y Mendoza por auto de fecha primero (1º) de febrero de mil novecientos setenta y ocho (1978), fingiendo en nombre del Tribunal y para disfrazar dicho auto y ocultar la responsabilidad, que '... el Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión, *se abstiene* de conocer el conflicto de competencia mencionado', resolvieron el simulado 'conflicto de competencia' en favor de las determinaciones del Juez Once del Circuito Civil de Bogotá y cometieron entre otras las siguientes infracciones:

"a) Asintieron, encubrieron y auxiliaron tácita o indirectamente el auto de fecha diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), dictado por el Juez Once del Circuito Civil de Bogotá, doctor Jorge Eduardo Garzón Acosta, y ordenaron '... que se remita el expediente al Juez Promiscuo Municipal de Chía';

"b) Consintieron la sustracción del proceso de pertenencia, del conocimiento del juez com-

petente, o sea, el Juez del Circuito, y la consiguiente imposición del conocimiento del mismo proceso a un juez incompetente, o sea, el Juez Municipal;

"c) Insinuaron al Juez Promiscuo Municipal de Chía asumir la competencia del proceso de pertenencia y por consiguiente producir actuaciones nulas y contribuir a hacer ilusorio el ejercicio de la acción de pertenencia, y

"d) Rehusaron ordenar que se remitiera el proceso de pertenencia al juez competente, o sea, el Juez Once del Circuito Civil de Bogotá, y que por este funcionario se reasumiera inmediatamente la competencia de dicho proceso.

"13. Remitido nuevamente el proceso de pertenencia por los citados Magistrados a Chía, tal como lo habían ordenado por su auto de fecha 1º de febrero de 1978, el Juez Promiscuo Municipal de esa población, doctor Luis E. Baracaldo A., por auto de fecha 2 de marzo de 1978 dispuso que 'teniendo en cuenta lo resuelto por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, avóquese el conocimiento de las presentes diligencias, y estése a lo ya resuelto'".

Luego sigue indicando la tramitación que tuvo el juicio de pertenencia, cómo iba y venía del Juzgado Promiscuo Municipal de Chía a los de Circuito de Bogotá (11 y 26, pues a pesar del primitivo reparto luego fue sometido a otro); señala las que en su concepto pueden ser infracciones cometidas por esos jueces para destacar cómo todas estas actividades eran dilatorias, algunas francamente nulas, todo para hacer ilusorio el ejercicio de la acción de pertenencia, presentando las que considera graves irregularidades cometidas por los jueces indicados y, finaliza manifestando:

"29. El trámite del proceso de pertenencia de la suscrita Rosa Delia Díaz viuda de Gracia fue impedido mediante la falsedad intelectual de las normas legales sobre competencia, la simulación de incompetencia y la exportación de dicho proceso al Juez Promiscuo Municipal de Chía, por el citado Juez Once del Circuito, para facilitar a los hijos del demandado, señores Emiliano Ruiz Muñoz, Luis Hernando Ruiz Muñoz, Alfredo Ruiz Muñoz, Edelmira Ruiz Muñoz, Rosa Elvira Ruiz Muñoz y Susana Ruiz Muñoz, la tramitación *previa* al proceso de pertenencia del proceso de sucesión intestada del demandado señor Emiliano Ruiz Cifuentes y la señora Emelina Muñoz viuda de Ruiz, aquél fallecido el día 28 de enero de 1939 y ésta fallecida el día 13 de octubre de 1961, y la obtención *previa*, en dicha sucesión, de un título de propiedad contra la suscrita Rosa Delia viuda de Gracia del bien objeto del proceso de pertenencia, que fue enunciado posteriormente en la demanda sucesoria de fecha 9 de diciembre de 1977 por los citados Ruiz Muñoz como único bien en la mentada sucesión, cuyo proceso fue abierto por auto de fecha 14 de febrero de 1978, o sea con *posterioridad* a la fecha del auto admisorio de la demanda de pertenencia, dictado por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, pero que actualmente cursa en el Juzgado Veinte Civil Municipal de Bogotá.

"30. Con los anteriores hechos, los sindicados determinados en el presente denuncio criminal, impidieron el trámite de la demanda de pertenencia, de fecha 12 de mayo de 1977, e hicieron ilusorio a la suscrita el ejercicio de la acción de pertenencia que la ley me reconoce, hasta tal extremo que hubo de ser declarada la nulidad de todas las actuaciones del proceso, quedando apenas válido el auto admisorio de la demanda, y eso es el estado actual de la demanda de pertenencia de la suscrita, de fecha 12 de mayo de 1977".

En síntesis, los cargos formulados a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores Nesty Gutiérrez de Rodríguez, Mercedes Labrador de Ospina y Heladio Mendoza y Mendoza, se presentan en el punto 12 de la denuncia penal ya transcrito y fundamentalmente consisten en que habiéndole llegado al Tribunal el proceso para resolver acerca de una presunta colisión de competencias, se abstuvo de conocer de ella.

Segundo. Para llegar las diligencias al Tribunal, con el fin indicado, de inmediato antecedieron los siguientes pasos procesales:

Por auto de 11 de agosto de 1977 el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá negó la reposición solicitada de una providencia suya anterior y ratificó su mandamiento de enviar las diligencias a las cuales se ha hecho referencia, al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía, por estimarlas de su competencia (folio 24).

Recibidas por el últimamente nombrado, éste, por auto de 29 de septiembre del mismo año, se declaró incompetente para conocer de ellas "y en concordancia con el artículo 140 de nuestro régimen procedimental Civil se deben enviar las presentes diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá para que decida el presente conflicto de competencias en forma definitiva" (Folio 27).

Enviadas debidamente las diligencias al Tribunal, ya con el oficio remisorio que se había

echado de menos, la Sala Civil de Decisión integrada por los Magistrados doctores Necty Gutiérrez de Rodríguez, Mercedes Labrador de Ospina y Heladio Mendoza y Mendoza, profirió el 1º de febrero de 1978 el auto que ha dado lugar a la acusación en su contra, el cual a la letra dice en lo pertinente:

"Procedente del Juzgado Promiscuo Municipal de Chía, se encuentra el proceso ordinario pertenencia, seguido por Rosa Delia Díaz vinda de Gracia, con el fin de decidir el conflicto de competencia a que alude dicho juez.

"No obstante, el Tribunal debe abstenerse de decidir en este asunto, pues el conflicto de competencia jamás se suscita entre un juez de cierta categoría y otro que le sea superior, como en el presente caso donde el Juez Civil del Circuito de Bogotá es el inmediato superior del Juez Promiscuo de Chía, en razón a que éste debe obedecer lo dispuesto por aquél, principio que se deduce de la simple lectura del artículo 28 del Código de Procedimiento Civil. Obsérvese que el inciso segundo de dicha norma ordena que el Tribunal debe resolver los conflictos que ocurran entre juzgado de igual o distinta categoría, de distintos circuitos, pero dentro de un mismo distrito, *pero no* de diferente categoría del mismo Circuito.

"La razón de esto deducir, como se dijo anteriormente, obedece a que lo decidido por el superior inmediato, obliga a su inferior.

"En razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión, *se abstiene* de conocer el conflicto de competencia mencionado y dispone que se remita el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía".

Tercero. Motivación de esta providencia. No corresponde a esta Sala de la Corte entrar a estudiar la bondad o malicia del auto proferido por el Tribunal y que acaba de transcribirse, en orden a su confirmación o repudio, puesto que carece de competencia para ello. Sino que su misión, con relación a él, por ahora, se limita a observar si tiene algún atendible fundamento legal o si, por el contrario, choca abiertamente contra las disposiciones vigentes y, en consecuencia, en este último caso, amerita el que se abra investigación penal en atención a su pronunciamiento bien por prevaricato, bien por abuso de autoridad o por cualquier otro ilícito contra la administración de justicia.

La acusada Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, en atención a los antecedentes procesales que hasta ella hicieron subir las diligencias, para tomar su determinación de abstenerse "de conocer el conflicto de competencia mencionado" y disponer el regreso de ellas al juzgado de origen, invocó el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, el cual a la letra dispone:

"Los conflictos de competencia que se susciten entre los Tribunales Superiores, entre un Tribunal y un juzgado de otro distrito o entre dos juzgados de distintos distritos judiciales, serán resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

"Los que ocurran entre juzgados de igual o diferente categoría, de distintos circuitos, pero dentro de un mismo distrito, serán resueltos por la Sala Civil del respectivo Tribunal; aquéllos que se presenten entre juzgados municipales de un mismo Circuito, por el juez de éste; y los que no estén atribuidos a la Corte Suprema de Justicia ni a los jueces de Circuito, por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial".

Con relación al caso concreto sometido ahora a consideración, debe destacarse lo dispuesto en el inciso segundo de la norma que viene de transcribirse. En él se señala la competencia para dirimir los conflictos, así:

1º La Sala Civil del respectivo Tribunal conocerá de los que ocurran:

a) Entre juzgados de igual categoría del mismo distrito, pero de distintos circuitos;

b) Entre juzgados de diferente categoría, del mismo distrito, pero de distintos circuitos;

2º Los Juzgados de Circuito Civil, de los que se presenten entre jueces municipales del mismo Circuito.

3º Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de los que:

a) No estén atribuidos a la Corte Suprema de Justicia, ni

b) A los jueces de Circuito.

En el caso que viene considerándose, a primera vista se diría que se había presentado una colisión negativa de competencias entre un juzgado de superior categoría (de Circuito Civil) y otro de inferior (Promiscuo Municipal) de un mismo Circuito (Bogotá) y que, en consecuencia, siguiendo la competencia para solucionar tales conflictos que trata la última parte del inciso 2º del artículo 28 del Estatuto Procesal Civil su conocimiento y, en consecuencia, resolución, estaría en cabeza de la respectiva Sala Ci-

vil de Decisión del Tribunal, puesto que no está atribuido a la Corte Suprema de Justicia ni a los jueces de Circuito.

Con todo, esta última hipótesis no puede darse, en virtud de los principios de jerarquía que rigen la organización judicial colombiana y a los cuales se refiere el Tribunal en su auto antes transcrito y por cuyo pronunciamiento fuera denunciada la respectiva Sala Civil de Decisión. En efecto:

No puede presentarse conflicto de competencias entre juzgados de distinta categoría pertenecientes a un mismo Circuito Judicial, por la sencilla razón de que el juez de inferior rango tiene que estarse a lo dispuesto por el de superior. Entonces, para que tal conflicto pueda darse es necesario que no se presente entre los funcionarios discrepantes ninguna relación de subordinación pues, por los principios de jerarquía ya insinuados, prevalece la decisión del de mayor categoría, no siéndole dable al inferior discutírsela, puesto que debe someterse a ella. De ahí que el inciso 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil disponga: "El juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente, cuando el proceso le sea remitido por su respectivo superior jerárquico o por la Corte Suprema de Justicia".

Llégase así a la nítida conclusión de que el auto que ha dado lugar a que los Magistrados que lo profirieron fueran denunciados penalmente, es razonado, está debidamente motivado y, en esos razonamientos y motivaciones no se encuentra que sus autores se hayan llevado de calle la ley por sentimientos de simpatía o animadversión hacia ninguna de las partes, ni que hayan proferido a sabiendas auto contrario a la ley ni que mediante tal providencia hayan cometido o hecho cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o propiedad, como lo exigía el anterior Código Penal para que pudiera contemplarse la posibilidad de caer en los delitos de prevaricato o de abuso de autoridad, ni tampoco en ninguna de las otras figuras entonces contempladas como delitos contra la Administración Pública.

En consecuencia, la Corte se abstendrá de abrir investigación penal contra los señores Magistrados denunciados, dando aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el hecho denunciado al cual se ha hecho referencia, no es constitutivo de delito.

Cuarto. Denuncia contra jueces. Como en la presentada por Rosa Delia Díaz viuda de Gracia concretamente se formulan cargos contra varios jueces del Distrito Judicial de Bogotá, careciendo la Corte de competencia para pronunciarse sobre el particular y versando sobre hechos distintos a los analizados en esta providencia, se dispondrá que por la Secretaría de la Sala se saque copia de aquella pieza para que sea remitida al Tribunal Superior de este Distrito, con el fin de que disponga lo que sea de ley.

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

Resuelve:

Primero. Abstenerse de abrir investigación penal contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores Neety Gutiérrez de Rodríguez, Mercedes Labrador de Ospina y Heladio Mendoza y Mendoza, por razón de los cargos que les fueran formulados por Rosa Delia viuda de Gracia.

Segundo. Por la Secretaría de la Sala sáquese copia de esa denuncia con destino al mismo Tribunal, con el fin de que decidan lo de ley, en relación con los cargos formulados en ella contra varios jueces de este Distrito Judicial.

Una vez cumplido lo anterior, archívense las diligencias.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL. TITULARES DE LA ACCION

El legislador ha establecido el derecho de acción indemnizatoria en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio, o de sus herederos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26365.

Aprobado: Acta número 47.

Bogotá, D. E., mayo 14 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

El doctor Fabio Enrique Lizcano Rodríguez, abogado titulado y con Tarjeta Profesional número 19144 del Ministerio de Justicia, ha presentado demanda de constitución de parte civil dentro del proceso seguido contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Luis José Mojica Niño, Jaime Pardo Leal y Raúl Trujillo Cortés por un presunto delito contra la fe pública.

Hechos

El doctor Lizcano Rodríguez en su calidad de apoderado de la parte civil dentro del proceso penal por abuso de confianza seguido contra Alfonso Gutiérrez Samper, presentó denuncia penal contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, antes citados, por haber incurrido en el delito de falsedad consistente en cambiar una providencia proferida por la Sala el 2 de febrero último, por otra de fecha 3 de marzo siguiente, completamente opuestas y con perjuicio de los intereses de la empresa "Aviatur S. A.".

Se considera

Por auto de 29 de abril de este año, el Magistrado sustanciador inició la correspondiente investigación penal y el 2 de los corrientes el denunciante doctor Lizcano Rodríguez, presentó ante la Secretaría de la Sala demanda de constitución de parte civil.

El artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, dice:

"Rechazo de la demanda. El rechazo de la demanda sólo podrá fundarse en ilegitimidad de la personería del demandante".

El doctor Fabio E. Lizcano Rodríguez ha presentado demanda en nombre propio y solicita que se le reconozca como parte civil dentro de las presentes diligencias. Considera que su reputación profesional se ha visto afectada por cuanto las informaciones dadas a su cliente sobre el transcurso de su gestión, en definitiva, resultaron contrarias a las que inicialmente había suministrado. Por este modo, quedó como persona mentirosa y su actitud calificada como de completa farsa.

Opina la Sala que de haberse ocasionado perjuicio con la posible violación de la ley por parte de los funcionarios acusados, sería la empresa "Aviatur S. A." la directa perjudicada por la acción criminosa y, de modo alguno, su abogado que simplemente la ha representado dentro del proceso penal promovido por ella contra Alfonso Gutiérrez Samper.

Extender el derecho de acción indemnizatoria a toda persona que hipotéticamente hubiere recibido daño con el delito, sería permitir la interminable constitución de tantas partes civiles a cuantas personas se sintieran lesionadas, lo que en verdad no ha querido la ley. No cabe duda que el legislador de conformidad con los artícu-

los 2341 del Código Civil, 24 y 125 del Código de Procedimiento Penal, han establecido este específico derecho de acción a favor de quienes realmente han sufrido daño con el delito, esto es, en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio, o de sus herederos.

A este respecto la Corte ha precisado:

"... Significa lo anterior que al juez, ante la presentación de la demanda de constitución de parte civil, sólo le corresponde examinar si el demandante tiene la legitimación activa, esto es, la facultad de pedir y obtener que se le reconozca como parte civil en el proceso.

"En este particular existen discrepancias en la doctrina y entre los autores aun cuando la tendencia que puede decirse predominante es la de considerar que tienen tal derecho los perjudicados directamente con el delito, es decir, aquéllos que lo han sido en forma inmediata.

"Pero el concepto de inmediación puede tener distintos significados: en primer lugar y con empleo de un criterio que pudiera llamarse cronológico y topográfico, daño inmediato vendría a ser la lesión que se produce en el momento y en el lugar del delito, pero de un modo perfectamente ocasional o por accidente, caso en el cual quien lo sufre no tendría derecho a constituirse en parte civil.

"Otra interpretación sería la de referir la inmediatez a la lesión del bien jurídico tutelado. Es decir, que la acción civil en el proceso penal corresponde sólo al titular del bien jurídico tutelado y si éste ha perecido (v. gr. en el homicidio) a quienes tienen derecho a su existencia.

"Aquí hay, ciertamente, una relación de carácter directo e inmediato entre el daño y el objeto jurídico del delito.

"Esto es lo que el juez tiene, que determinar cuando se le presenta la demanda de constitución de parte civil. A saber: si el demandante puede decirse directo e inmediato perjudicado con el delito ..." (C. S. J., S. P., Auto de marzo 27 de 1980).

En consecuencia, careciendo el doctor Lizcano Rodríguez de personería sustantiva o legitimidad para ejercer, por sí mismo, el derecho a la acción de resarcimiento de perjuicios, la demanda debe rechazarse con fundamento en el ya transcrito artículo 131 del Código de Procedimiento Penal.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, RECHACE la demanda de constitución de parte civil propuesta por el doctor Fabio Enrique Lizcano Rodríguez en su propio nombre.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Para fundamentar nuestro disentimiento con relación al auto adoptado por mayoría, bastan las siguientes breves consideraciones:

1. Al evolucionar el concepto de reparación de perjuicios causados por el delito, desde su ejercicio por fuera del proceso, pasando por su actividad dentro de éste con señalada caracterización de verdadera venganza privada, hasta llegar a la forma que actualmente nos rige, fácilmente se advierte que el legislador no le repugna esta intervención sino que la encuentra digna de estímulo y amparo. Esto permite señalar, como principio general, que, en el proceso penal, no se deben buscar factores para entorpecer su aparecimiento y permitir su eficaz y pronto ejercicio.

2. Las discusiones surgidas en torno a la proliferación de perjudicados, con el fin de no entrabar el desarrollo del proceso penal y evitar el agotamiento de todas las hipótesis de la relación causal que desencadena un delito (recuérdese el clásico ejemplo del animal infectado que apesta el rebaño, inutiliza la tierra, produce la ruina de su propietario y alcanza en sus efectos a todos los dependientes de éste, en familia y comercio), no se resolvieron en la comisión redactora del actual Código de Procedimiento Penal ni en la doctrina de los autores, en favor del criterio restriccionista sino en un término medio, esto es, cuando se da una situación jurídica que demuestre fácilmente esa posibilidad del daño y que el mismo sea cierto y directo.

3. Así se logra un término justo de apreciación. Ni el proceso penal permite lucubraciones artificiosas y complicadas sobre la aparición del daño y el nexo causal, ni priva a aquél de titulares reales de ese perjuicio.

Creemos que la mayoría, en este caso, ha olvidado un aspecto de suma trascendencia, vale decir, que la conducta tomada como delictuosa se cumplió en un proceso penal y que en este no sólo el sindicado y su apoderado sino el titular sustantivo de la acción civil y su apoderado, pueden y es hasta obvio que resulten, simultáneamente cada conjunto o grupo, doblemente perjudicados. Cuando se sostiene que acciones de esta índole, cumplidas en este específico marco, sólo pueden dañar al procesado o al titular de la acción civil, con preseindencia absoluta de sus respectivos apoderados, se está olvidando el papel esencial y jurídicamente tutelado que estos últimos cumplen. Si el abogado asume una crecida serie de responsabilidades, repartiéndosele ponderosa carga de obligaciones y deberes, si la forma como actúe y se le atienda condiciona la efectividad de los derechos de su poderdante y la normalidad y retribución de su gestión, no resulta forzado sino natural afirmar que todo aquello que con visos de delito se cumple en ese proceso, se refleje, de primera mano, en perjuicio suyo y de manera casi simultánea, pero diversa, hacia el respectivo representado. La prevaricación, el *fraude procesal*, etc., figuras muy propias del proceso, envuelven un daño para el abogado, sea éste el representante de la parte civil o del sindicado. ¿Acaso sus honorarios no pueden sufrir mengua o deterioro? ¿O su reputación y eficacia profesional no insinuarán probablemente una desmejora? ¿Y la responsabilidad inherente al mandato no presentarán matices de complejidad? ¿O será igualmente fácil para ese apoderado, mediando ese presunto ilícito, llevar a feliz culminación la actividad a él encomendada? ¿No envolverá todo ello la concreta proximidad de un conflicto de ética profesional, con los consiguientes resultados de un azaroso proceso disciplinario y de su sanción? Todo esto, realmente, aparece como algo cierto y directo, características del daño resarcible, susceptible de ser reparado mediante la respectiva acción civil. De otro lado, como atrás se dijo, aquí la situación no se presta a especulaciones, a vaguedades, a suposiciones. La situación es determinada y con límites de definidos perfiles jurídicos: la intervención en un proceso en el cual se ha cometido un hecho delictuoso que afecta a un apoderado, represente éste el interés que represente.

Por eso entendemos que en el caso examinado debió reconocerse la parte civil deprecada, porque hay factores plausibles para su reconocimiento, sin que tal determinación desfigure en lo más mínimo el concepto de parte civil o la noción clara del daño causado por un comportamiento que se dice delictuoso.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Gustavo Gómez Velásquez.

POTESTAD DISCEPLINARIA DE LOS JUECES. INTERPRETACION DEL ARTICULO 39 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

No toda falta cometida por los abogados debe investigarse y sancionarse por la vía del Decreto 196 de 1971. Los jueces pueden sancionarlos directa e inmediatamente, cuando les falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 47 de 14 de mayo de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 19 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Mediante providencia de 17 de febrero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva con acomodo a lo preceptuado en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal se abstuvo de abrir investigación en contra de la señora Luz Marina Tovar de Zambrano, Juez Promiscuo Municipal de Tello, denunciada por un delito de abuso de autoridad. En esta segunda instancia el Ministerio Público representado por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que dicha providencia, recurrida en apelación por el denunciante, debe confirmarse.

La denuncia fue formulada por el abogado Efraín Moyano Sánchez, quien se considera lesionado con la sanción de cinco (5) días de arresto que le impuso la juez nombrada cuando le reclamó en relación con actuaciones que ella cumplía en un proceso que ante el juzgado a su cargo él adelanta. Afirma no se le podía sancionar con apoyo en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, sino de conformidad con el artículo 50 del Decreto 196 de 1971, toda vez que él es abogado en ejercicio. Agrega que ni siquiera la juez siguió el procedimiento indicado en la norma sobre la cual se apoya, pues no existe en su caso el informe del Secretario. También que solicitó reposición de la resolución mediante la cual se le sancionó pero la denunciada no repuso e hizo efectiva su decisión.

La resolución de sanción lleva el número 008 y está fechada el 14 de octubre de 1980. En ella se dice que el doctor Efraín Moyano Sánchez faltó al respeto debido a la juez, ya que dentro de la oficina y en presencia de los empleados le dijo que era arbitraria y que actuaba de mala fe en todos los procesos que en dicho juzgado él adelantaba. Alude a la certificación del Secretario sobre dicha falta e invoca para tomar la resolución de sancionar con cinco (5) días de arresto inconmutable al abogado el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil. Dicha resolución fue personalmente notificada al sancionado que solicitó reposición. Esta reposición fue negada mediante providencia de 24 de noviembre siguiente. Ejecutoriada la resolución de sanción se remitió copia de ella a la Alcaldía Municipal para que se hiciera efectiva, según se ve en auto de 2 de diciembre del mismo año de 1980.

La certificación expedida por el Secretario del juzgado, Argemiro Vargas Pastrana, y dice así:

"Que hoy trece de octubre de mil novecientos ochenta, siendo las dos de la tarde, se presentó el doctor Efraín Moyano Sánchez, abogado titulado en ejercicio, a la Secretaría del juzgado y solicitó el proceso verbal de Hermes Solano contra Jairo Charry, lo que le fue entregado, y estando con dicho proceso en sus manos en el correspondiente estudio el citado profesional dijo: 'El juzgado aquí está obrando de mala fe'. Esto lo dijo en la Secretaría, a lo que el suscrito

le respondió que hablara con la señora juez que era la que mandaba en el juzgado.

"Posteriormente el mencionado doctor Moyano Sánchez pasó al Despacho de la señora juez y manifestó: 'No he visto una funcionaria que esté obrando de tan mala fe y arbitrariamente como lo está haciendo usted en mis negocios, especialmente en éste, ya que está ordenando es todo lo contrario que yo he solicitado y voy a informar de esto para que la declaren impedida en todos mis negocios que tengo en este juzgado'. Esto lo dijo en voz alta, a lo que la señora juez le contestó que para eso tenía sus recursos y que él los sabía y que si él creía que el juzgado estaba obrando en esa forma, que fuera a la Procuraduría o al honorable Tribunal a formular su respectiva queja y le pidió que la respetara y que se saliera de la oficina, pero pese a esto el citado profesional seguía repitiendo lo mismo dicho anteriormente y en voz más fuerte, de lo cual se dieron cuenta los demás empleados de esta oficina como fueron Angel María Chamorro Javela, Isidoro Reyes y Nahías Angel Rojas".

Sobre estas bases fundamentó el Tribunal Superior de Neiva la providencia que ahora, por apelación del denunciante, revisa la Sala. Las pruebas en parte trasuscritas y en parte resumidas aquí, se tomaron en diligencia de indagación preliminar que se realizó con base en lo que sobre el particular dispone el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, 2º de la Ley 17 de 1975. De su examen se desprende con absoluta claridad que:

1. La juez denunciada se fundamentó para adoptar la decisión que contiene la Resolución número 008 de 14 de octubre de 1980 en el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil que entre los "poderes disciplinarios del juez", coloca el de sancionar con pena de arresto inconmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

2. Que para sancionar la falta de que se trata cumplió el requisito de acreditarla con certificación de un empleado de la oficina que presenció el hecho, para el caso concreto el Secretario del juzgado.

3. Que la pena de arresto por cinco (5) días la impuso mediante resolución motivada que fue personalmente notificada al sancionado. Este solicitó reposición de la misma y le fue negada, y

4. Que solamente ejecutoriada dicha resolución ordenó se expidieran copias de la misma con destino al correspondiente funcionario de policía del lugar para que se cumpliera inmediatamente.

Bien se ve, en consecuencia, que la funcionaria cumplió uno a uno los requisitos que aparecen en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil y que, por este aspecto, su conducta se ciñe al precepto legal. No le asiste razón alguna al denunciante cuando afirma que no observó los trámites correspondientes, que solamente se fundamentó en su propio testimonio y que no se acreditó la falta que se le atribuye con certificación de un empleado. La prueba recogida establece, se repite, todo lo contrario de lo que el apelante afirma y tiene la contundencia que dan los documentos auténticos.

Finalmente, cabe decir contra las alegaciones del denunciante, que *no se ve por qué dice que la juez usurpó competencia al sancionarlo por la vía del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que solamente podía tomar tal determinación el Tribunal Superior correspondiente con base en las disposiciones sustantivas y adjetivas del Decreto 196 de 1971 por ser él un abogado en ejercicio de su profesión.*

Resulta claro que tanto los jueces como los Tribunales tienen facultades disciplinarias. Dichas facultades se encuentran en el Código de Procedimiento Civil (artículo 39), en el Decreto 250 de 1970 (artículos 110 y 111) y en el Decreto 1660 de 1978 (artículos 191 y 192). Para los Tribunales existe, además, la potestad disciplinaria en relación con las faltas propias de los abogados (Decretos 1951 de 1971 y Ley 17 de 1975).

Cuando el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil establece que los jueces pueden sancionar hasta con cinco (5) días de arresto inconmutable "a quienes" les falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, no distingue. Quien, dice el Diccionario de la Lengua Española, es pronombre relativo "que con esta sola forma conviene a los géneros masculino y femenino, y que en plural hace quienes. Refiérese a personas y cosas, pero más generalmente a las primeras". Por tanto, el hecho de que se trate de un abogado no impide que, en caso de irrespeto, pueda el juez (o el Magistrado) sancionar directo e inmediatamente, mediante el cumplimiento de los requisitos procedimentales consignados en la norma comentada, a cualquier persona que incurra en dicha falta (desacato, como también se la llama).

El artículo 50 del Decreto 196 de 1971 (Estatuto de Ejercicio de la Abogacía) coloca entre

las faltas que atentan "contra el respeto debido a la administración de justicia" las acusaciones temerarias contra los funcionarios que cometan los abogados. Dicha disposición no se contrapone con la del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil ni excluye a la última como lo alega el denunciante. Podría suceder sí que la misma falta al debido respeto por parte de un abogado se sancionara por la vía directa del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil y cuando se pretendiera adelantar el proceso previsto en el artículo 50 del Decreto 196 de 1971 se llegara a la conclusión de que con una actuación de tal naturaleza se viola el principio del non bis in idem.

Afirmar entonces, como lo dice el denunciante, que toda falta al respeto debido a los jueces cometida por los abogados debe investigarse y sancionarse por la vía que indica el Decreto 196 de 1971 equivale a la derogatoria del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil cuando las dos disposiciones son perfectamente compatibles, pues no se excluyen, salvo el caso de que se pretenda el juzgamiento de una misma falta por las dos vías, según se dice en el párrafo anterior.

Como consecuencia de todo lo dicho se tiene que el hecho realizado por la juez denunciada "no está previsto en la ley como infracción" y que como esta es una de las hipótesis previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, mediante las cuales se puede adoptar un auto inhibitorio y así lo ha hecho el Tribunal Superior de Neiva en el caso concreto, se confirmará su decisión.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES. CORRUPCION DE MENORES

Consecuencias jurídicas del matrimonio contraído por el agente con el sujeto pasivo de la infracción penal. Modificaciones en el nuevo Código. Es causal de extinción de la acción penal y no de exención de pena. Se extiende a todos los delitos que atentan contra este bien jurídico, excepto el proxenetismo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 26261.

Aprobado: Acta número 50 de 19 de mayo de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 20 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Jesús Orlando Castaño Arcila fue condenado, por el delito de "corrupción de menores" —artículo 326 del Código Penal—, a doce meses de prisión, así como las accesorias de ley, ordenándose la suspensión condicional de esas penas, en sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (A.) —febrero 5 de 1980—, que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —mayo 3 de 1980—.

Contra este último fallo ha recurrido en casación el Fiscal Quinto de esa Corporación, impugnación admitida en auto de 1º de julio del año en referencia. La demanda, que prohíja el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se declaró ajustada a los preceptos del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en proveído de veintitrés de octubre del mismo año.

Hechos

Los relata así el juez de primera instancia, a folio 117:

"Desde hacía aproximadamente tres meses, antes del 16 de junio de 1977, Blanca Margarita Zuluaga Muñoz sostenía relaciones amorosas con Jesús Orlando Castaño Arcila en la vereda *Los Cedros*, jurisdicción de este Municipio. En desarrollo de estas relaciones, aquélla fue accedida carnalmente por éste en repetidas ocasiones, a las que ella accedió voluntariamente con la esperanza de que si quedaba fecundada, el novio se casaría con ella. Enterado el novio del estado de gravidez de su novia asistió al cursillo prematrimonial llevado a cabo en la parroquia de este municipio los días 25 al 29 de octubre de 1977, es decir, tres meses después del ayuntamiento carnal, ya que éste se llevó a cabo el 16 de julio de ese año.

"Como terminara el cursillo prematrimonial y el estado de gestación se hacía notorio y el novio no realizaba el enlace prometido sino que por el contrario mostraba sí falta de intención al proponerle que cuánto dinero quería si no se casaba con ella, Blanca Margarita optó por denunciar a Castaño Arcila con el fin de que fuera mediante la tramitación del proceso compelido a cumplir lo prometido.

"A la fecha del primer acceso carnal la Zuluaga Muñoz contaba con quince años, cuatro meses, quince días.

"Cuando la investigación se adelantaba, sindicado y ofendida contrajeron matrimonio católico en este municipio el día 30 de julio de 1978 a eso de las siete de la mañana según acta civil de matrimonio obrante a folio 90 fte. y testimonio del sindicado en diligencia de audiencia pública llevada a cabo el día 19 de mayo del año en curso —1979—".

El mencionado despacho judicial, en auto de 19 de junio de 1979, acorde con el concepto de su colaborador fiscal, decidió declarar exento de pena al acusado Castaño Arcila y decretar la cesación de todo procedimiento —artículos 322 del Código Penal y 163 del Código de Procedimiento Penal—, resolución que al consultarse la revocó el Tribunal —septiembre 24 de 1979—, anotando al respecto: "El artículo 322 del Código Penal dice: 'El responsable de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida'. Los dos capítulos anteriores a que se refiere esa disposición se refieren a la violencia carnal y al estupro. El artículo transcrito es absolutamente claro en su texto y sentido. Cuando el texto de la ley es claro no se puede, válidamente, desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Por eso el mencionado artículo hay que entenderlo literalmente y conforme a dicho tenor literal, el matrimonio subsiguiente con la mujer ofendida es motivo o causa para eximir de pena al responsable de los delitos antes mentados. Pero ese sentido y alcance no puede extenderse a casos no contemplados en la disposición como a los demás delitos contra la libertad y el honor sexuales, porque se viola, en absoluto, la interpretación declarativa que rige en el derecho penal.

"Es cierto que connotados autores de derecho penal afirman que, cuando el agente del delito previsto en el artículo 326 citado contrae matrimonio con la mujer ofendida, se da la misma causa o razón del artículo 322 y por eso debe imperar la misma disposición. Pero el juez debe someterse a la ley y no a la doctrina de los autores por justa y brillante que sea. Cuando el juez decide los casos penales por analogía de hecho o de derecho, suplanta necesariamente al legislador con clara violación del principio de la tripartición del poder que rige el estado de derecho de origen liberal. Y en dicho estado de derecho el imperio de la ley es ineludible.

"Por tanto, aplicando literalmente el texto del artículo 322 del Código Penal, la providencia revisada por consulta resulta violatoria de la ley y por consiguiente carece de validez. La Sala, entonces, decretará la nulidad de dicho proveído y ordenará que la primera instancia sea decidida con la providencia que corresponde".

Al emitirse el fallo motivo ahora de acusación, el Tribunal expresó: "Pero se plantea también, por los señores defensor y Fiscal, la tesis de la aplicación analógica de la ley penal en este caso concreto. Aunque es verdad que muy inteligentes autores abonan esa tesis, la Sala no comparte tan ilustrados criterios por las siguientes razones:

"Toda aplicación analógica de la ley implica una interpretación extensiva porque, realmente, se aplica a casos no expresamente contemplados por la ley. Y ese tipo de interpretaciones no es permisible en el campo del derecho penal que, regido por el principio de la legalidad del delito y de la pena, debe interpretarse literalmente para garantizar la certeza y la seguridad jurídica. En razón de tal principio del principio de la tipicidad, el legislador penal parcela la antijuridicidad penal encerrando, dentro de una descripción legal, diversos tipos de antijuridicidad. Y de la misma manera precisa y exacta procede para señalar los casos de justificación, de inculpabilidad y de exención de pena. Y cuando establece las causas de tal exención de pena, las señala con precisión y con exactitud indica a qué casos se refiere la exención. Y parece claro que los miembros de la comisión redactora del Código Penal vigente del que el artículo 322 es original, conocían enteramente la teoría de la aplicación analógica y el sentido y alcance del artículo 322. Por eso si hubiese estimado que tal disposición también es aplicable en los casos de corrupción de menores así lo habrían dispuesto. Y si hubiesen considerado procedente la exención de pena por matrimonio subsiguiente con la mujer ofendida en los delitos contra la libertad y el honor sexuales, así lo habrían establecido pues, de la capacidad intelectual de tales comisionados nadie duda. Esto significa que la intención de esos comisionados y del legislador que aprobó el anteproyecto era la de que sólo se eximiera de pena a los autores de violencia carnal y estupro cuando contrajeran matrimonio con la mujer ofendida.

"De modo que, conforme al tenor literal, el artículo 322 del Código Penal, sólo es aplicable en los casos de los capítulos correspondientes a la violencia carnal y al estupro. Y conforme a la intención del legislador, esas disposiciones sólo se aplican a tales infracciones. Si el texto de la ley es claro y ese texto manifiesta claramente la voluntad de legislador, no cabe darle interpretaciones extensivas apoyándose en tesis de ilustres autores. Esas tesis pueden servir para una legislación futura, pero no para aplicar una ley contrariando su texto y la intención del legislador. Y fue así como en el nuevo Código Penal se estableció en el artículo 307 que el matrimonio válido, contraído por el autor de cualquiera de los delitos sexuales con el sujeto pasivo, extingue la acción penal para todos los que hubiesen inter-

venido. No se consagró como eximente de pena ese matrimonio sino como causa de extinción de la acción penal. Es evidente, pues, que el sistema cambiará y que es distinto del existente en el actual Código. Esta es una razón de más para no acoger la tesis que se viene comentando".

La demanda

El Fiscal Quinto del Tribunal, en magnífica alegación, amplía doctamente los argumentos que expusiera en la instancia y que fueran desoídos a pretexto de consultar una irritante e inequitativa literalidad de los preceptos legales pertinentes al caso. Invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo primero, porque "la sentencia acusada viola directamente la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 322 del Código Penal, que consagra como motivo de extinción de la punibilidad y de la acción penal, en armonía con los artículos 26 de la Constitución Nacional y 163 del Código de Procedimiento Penal, y porque el juzgador aplicó, consecuencialmente, en forma indebida el artículo 326 del Código Penal, tal como quedó modificado por el artículo 1º del Decreto 522 de 1971".

A este propósito recuerda que "toda la doctrina jurídico-penal admite la interpretación sistemática y teleológica, que atiende al fin de las normas penales y capta su sentido y alcance a partir de su texto"; destaca que "no hay quien repudie, por ejemplo, la interpretación extensiva y es difícil encontrar algún penalista que rechace la analogía *in bonam partem*"; afirma que en el caso *sub examine* se trataría de esta clase de apreciación por el llamado "razonamiento analógico de mayor a menor", pues "si el matrimonio con la víctima exime de pena en los delitos sexuales más graves *(violencia carnal y estupro)*, tiene que eximir también en los más leves *(corrupción de menores y abusos deshonestos)*. Y ello no responde a un parecer personal del intérprete, sino, de un lado, a una necesidad lógica, y, del otro, a una imposición de la justicia, pues la solución contraria resulta manifiestamente inequitativa. Según la interpretación literal del honorable Tribunal, quien ejerce violencia real contra una mujer de quince años y por ese medio la somete al acceso carnal, queda exento de pena si se casa con ella; pero debe, en cambio, sufrir la pena si el acceso carnal se obtuvo con el consentimiento de la mujer. En ambos casos, empero, es obvia la operancia del mismo principio regulador: el legislador conmuta la pena porque considera reparado el daño social e individual mediante el matrimonio válido, y político-criminalmente esto le ha parecido preferible en tal caso a la punición. La interpretación literal o gramatical del Tribunal prescinde de este principio racional de la hermenéutica en el caso particular, *lo cual conduce a aplicar una pena a quien según la ley debe ser eximido de ella*. Es que la ley hay que entenderla en su sentido y no sólo en su texto, porque de otra manera la función del abogado no sería jurídica, sino que coincidiría con la de un simple gramático"; adhiere a la tesis que somete la interpretación terminológica a la *ratio legis*, pues la valoración idiomática rige siempre *praeter* y nunca contra *rationem legis*, excluyéndose toda lesión a los principios de legalidad y tipicidad; advierte como absurdos de la decisión que combate, los siguientes: "un sujeto que, en la víspera de su matrimonio, yace carnalmente con la novia de 15 años, no se beneficiaría de la exención después de celebradas las nupcias; pero si el matrimonio no fue más que una artimaña para el ayuntamiento y, después de celebrarlo, el sujeto abandona a la mujer, su conducta sería impunible. Es claro que la justicia penal no puede tolerar tamaño despropósito, precisamente por lo que tiene de justicia, que en su más prístina versión aristotélica y tomista de justicia legal necesita de soluciones normativas iguales para los casos iguales, similares para los similares y diversos sólo para los diversos"; y, finalmente expone que su punto de vista ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte y el modo de pensar de doctrinantes como Arenas, Mesa Velásquez, Gaitán Mahecha y últimamente Reyes.

Consideraciones de la Corte

Estas, como se verá, tienen que ser muy breves, porque:

a) La argumentación del recurrente resulta indiscutiblemente acertada. Cada reflexión suya afirma una tesis irrebatible contra la cual sólo se puede mencionar el capricho o la tosudez judiciales, abroquelados en las palabras sueltas de una disposición, que no alcanzan a conformar una idea atendible. Está el Fiscal en la línea de la mejor interpretación y logra exponer criterios de justicia. Del lado opuesto sólo se da, se repite, dañino apego a la letra de una disposición, criterio que menoscaba la justicia por faltarle la benéfica inspiración del sentido común, que hace del Código un estatuto armónico, ajeno a crear situaciones absurdas o contradictorias.

De haberse podido tomar una determinación en el marco de estos conceptos, no se remitiría a duda que la casación se habría impuesto con base en las razones del recurrente;

b) *El delito de corrupción de menores en la singular modalidad que consagraba el artículo 326 del derogado Código Penal, no se ha mantenido como hecho punible en el nuevo estatuto —Decretos 100, 141 y 172 de 1980—.;*

c) *El Código Penal puesto recientemente en vigencia (enero 29 de 1981), es concluyente al respecto. En su artículo 307, que extiende su efecto a los delitos de violación, estupro, actos sexuales abusivos (en estos últimos está lo que sobrevive como corrupción —artículo 305—), ordena: "Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal".*

Esto indica, a las claras, que en esta clase de delitos, exceptuándose el proxenetismo, no hay base legal para iniciar proceso, o para continuarlo si éste se ha iniciado, cuando a una conducta como las indicadas, sigue un matrimonio con validez jurídica en el país, debiéndose, en el primer paso, rechazar la iniciación del sumario, y, en el segundo, darle inmediata finalización.

La solución del nuevo ordenamiento es más profunda y definitiva que la del derogado artículo 322. En éste la conducta conservaba todas sus características delictuosas y apenas concedía la posibilidad de una exención de pena; aquél la despoja de tales atributos al negarle eficacia para originar el surgimiento de una averiguación.

En el estado actual del proceso, conforme a lo anotado, debe darse aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual se cuenta con el concepto favorable de la Delegada.

Al respecto conviene transcribir lo que recientemente dijo esta Sala: "El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal estableció, entre las varias hipótesis de improcedibilidad o imposibilidad del ejercicio de la acción penal, la referente a que ésta no pudiere proseguirse, lo cual se presenta, entre otros casos, cuando fallece el procesado, pues ese hecho extingue la acción penal (artículo 76 del Código Penal).

El pronunciamiento sobre la causal de improcedibilidad y la consecuente cesación de toda actuación puede hacerse en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud de parte, previo concepto del Ministerio Público, y siempre que aquélla aparezca plenamente comprobada. Esa decisión que debe ser consultada, le corresponde al juez, esto es, al funcionario del conocimiento, no al que es meramente instructor. Se exige, por tanto, tener competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto que constituye la relación jurídico-procesal que se discute.

Ahora bien, como respecto de un determinado caso pueden tener competencia, en sus correspondientes momentos procesales, el juez de primera instancia, el de segunda y la propia Corte por intermedio de su Sala Penal cuando se interpone el recurso de casación, cabe dilucidar si la decisión que se toma con base en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal corresponde privativamente al juez competente de la primera instancia o si puede adoptarse por el de segunda, o, en su caso, por la Corte si la causal se presenta o alega durante la tramitación del recurso extraordinario, como ocurre en el proceso que motiva este análisis.

La jurisprudencia, en la que ha predominado el criterio de que la determinación incumbe al juez del conocimiento, ha mostrado variantes respecto de si puede y debe tomarla el de segunda cuando el asunto está bajo su competencia.

En auto de 15 de diciembre de 1953 (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXIX, página 363), sostuvo la Corte la exclusividad de esa competencia en el juez de primera instancia, al no haber resuelto acerca de la declaratoria de prescripción para deferir el pronunciamiento al funcionario de instancia. Así se desprende de la siguiente transcripción: "Pero se advierte que la acción penal se halla prescrita, pues los hechos denunciados tuvieron lugar con anterioridad al mes de octubre de 1949, por lo cual el auto de sobreseimiento consultado habrá de revocarse por la Sala con la finalidad distinta de que el Tribunal *a quo* decida, *por ser de su incumbencia*, sobre la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal por ese concepto" (subrayas fuera de texto).

En cambio, en pronunciamiento del año de 1962, atribuyó esa competencia al funcionario de segunda instancia. En él se expresó: "Por lo demás, nada implica que tal decisión se haya tomado en la segunda instancia, porque como muy bien lo dice el Tribunal *ad quem*, ello, 'en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal, ya que esta superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, como quiera que ella puede dictarse' en cualquier estado del proceso". Tan

evidente es lo anterior, que bien podría considerarse como un posible delito de abuso de autoridad ... el hecho o circunstancia de no dictarse ese proveído cuando hay lugar a ello (auto de 26 de febrero de 1962, *Gaceta Judicial*, Tomo XCVIII, página 178).

De una manera todavía más concreta, y extendiendo el criterio tanto a las instancias como a la sede de casación, dijo la Corte en providencia de 10 de noviembre de 1958, lo siguiente:

"La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse, dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal 'en cualquier estado del proceso'. Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, 'o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse', el juez debe dictar sentencia en que así lo declare. 'El juez' de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda y del mismo carácter participe la Corte de Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el juez *a quo*, o el juez *ad quem*, o la Corte como Tribunal de casación.

"Es cierto que la sentencia de que se viene hablando 'debe ser consultada', pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar su decisión.

"Cuando la ley dice que la sentencia 'debe ser consultada', presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento 'en cualquier estado del proceso' en que las causas para decretarla se presenten" (Gaceta Judicial, *Tomo LXXXIX, páginas 587 y 588 de 1958*).

La amplitud de criterio que recoge la providencia transcrita, consulta los elevados fines que persigue este medio extraordinario de fenecimiento de la acción penal, que no son otros que los de no dilatar innecesariamente la decisión de una situación jurídica generada en una causa que no existió o dejó de tener vigencia. Poderosas razones de justicia y también de economía procesal prestan sólido respaldo a esta posición.

Además, la objeción que podría resultar de la preterminación de la instancia, se obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico de las decisiones del inferior en orden a enmendar posibles desaciertos, quedan asegurados, hay que presumirlo, cuando es el máximo organismo judicial el que conoce, aparte de que los casos de consulta han venido siendo progresivamente restringidos por la ley (artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, Ley 17 de 1975, artículo 1º). A lo anterior debe agregarse que para que proceda la aplicación de la norma que se viene comentando es preciso que la causal que se alegue esté plenamente *comprobada.*

Así lo habría hecho notar también la Corte, cuando refiriéndose al artículo 153 del anterior Código de Procedimiento, disposición sustancialmente igual a la del artículo 163 del estatuto vigente, hizo la siguiente apreciación:

"El artículo 153, que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal, fue traído a la nueva ordenación del procedimiento, que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de un sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo un estado de zozobra para el procedimiento, en el segundo" (*Gaceta Judicial*, Tomo LXV, página 161 de 1948).

"No resultando afectados los intereses del procesado y de las otras partes, ni tampoco los de la justicia, pues es garantía de acierto el que conozca el Superior así sea en forma directa y atendidos los nobles fines que se pretenden con la institución del fenecimiento anticipado de la acción penal (artículo 168 del Código Procesal), ceden paso a la tesis que se propugna de su aplicación en cualquier estado del proceso por el funcionario competente que estuviere conociendo del asunto, todas aquellas preocupaciones que podrían surgir cuando se trata de actuar en sede de casación, derivadas de la naturaleza excep-

cional de este recurso, sometido a una rigurosa técnica, regido por unas causales taxativas y librado al ámbito que le fija el propio recurrente al indicar los motivos de impugnación de la sentencia, de tal forma que la Corte no puede ocuparse de causales distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes (artículo 581 del Código de Procedimiento Penal), con la sola excepción que ha venido a establecerse, por vía jurisprudencial, de conocer oficiosamente de la nulidad cuando es ostensible y de carácter absoluto.

"Debe, por tanto, resolverse acerca de la aplicación, artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, ya ha de hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio.

"Consecuente con las anteriores consideraciones, la Corte debe dar aplicación, en el caso que se analiza, al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pues existe aún proceso, ya que éste se proyecta sobre la etapa de la casación cuando la sentencia es impugnada por este medio extraordinario, y por cuanto se ha presentado un hecho, debidamente comprobado, de los que, al tenor de dicha norma, extinguen la acción penal ...". Proceso contra Gonzalo Jiménez Panesso, Decreto 1188 de 1974, mayo 12 de 1981, Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DECLARA EXTINGUIDA la acción penal respecto del procesado Jesús Orlando Castaño Arcila, por cuanto la conducta por la cual fuera condenado dejó de ser delito. Se ordena cesar todo procedimiento en contra suya.

Declárase, así mismo, desierto el recurso de casación.

Remítase el expediente al Tribunal Superior de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Para que prospere la nulidad, no basta la existencia de una mera irregularidad procesal. Es necesario que se afecten las funciones esenciales del proceso y se conculquen las garantías del procesado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 51.

Bogotá, D. E., mayo 21 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha sido oportunamente interpuesto recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Cabo Primero del Ejército Nacional, Pedro Chaparro Niño a la pena principal de 18 meses de arresto, como responsable del delito de abandono del puesto.

Hechos

En horas de la noche del 29 de enero de 1979 el Cabo Primero Pedro Chaparro Niño, que desempeñaba función de cabo de guardia en instalación militar de Bogotá, abandonó el servicio en traje de civil.

Actuación procesal

La investigación correspondiente fue adelantada por el Juzgado Séptimo de Instrucción Penal Militar por comisión del Comandante del Batallón de Policía Militar número 1 en su condición de funcionario de primera instancia. Avocado por éste el sumario, dispuso darle el trámite previsto en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar; luego de las intervenciones de fiscalía y defensa, profiriόse sentencia condenatoria contra el procesado como responsable del delito de abandono del puesto; la pena principal se concretó en 15 meses de arresto. Recurrida esta decisión, el Tribunal Superior Militar la confirmó, con elevación de aquella pena a 18 meses de arresto.

Demanda

El recurrente plantea dos causales de casación, así:

Primera. Nulidad constitucional. Sostiene que la sentencia del Tribunal se dictó en juicio viciado de nulidad (artículo 580 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal) "por habérsele imprimido un procedimiento diferente al ordenado por el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar". Para demostrar el cargo transcribe aquella norma procesal y hace un recuento de la actuación procesal, del que se desprende que no se cumplieron los términos que aquella norma establece; sostiene, en efecto, que el sumario se inició el 30 de enero, se allegaron pruebas fuera del término señalado en el artículo 590 precitado, se corrió traslado al Fiscal el 15 de mayo para después de seis meses reiterar la misma decisión, el concepto fiscal se emitió 5 días después y la sentencia fue proferida el 22 de diciembre. Reitera, finalmente, que se declare la nulidad pedida por "haberse pretermitido las formalidades propias del juicio".

Segunda. Violación indirecta de la ley (artículo 580, numeral 1º) porque la sentencia "quebrantó la ley sustancial en forma indirecta por manifiesto error de hecho al violar el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar y en forma ostensible y directamente los artículos 236, 444, 445 y 446 de la misma obra". Fundamenta este cargo en el examen crítico de los testimonios de Florentino Bernal, Emiliano Sala-

zar, Luis Alejandro Torres y Ricardo Prieto, del cual deduce que las contradicciones en que incurren y las restricciones y aclaraciones que hacen, no permiten concluir la existencia de prueba plena para condenar a su patrocinado, sino más bien, demostración de que no cometió el delito que se le atribuyó.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares señala en relación con la causal cuarta, que en el proceso se siguió la ritualidad prevista por el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, en cuanto se dictó auto cabeza de proceso, se practicaron las diligencias orientadas al esclarecimiento de los hechos, se oyó el concepto del Ministerio Público e intervino la defensa; acepta que hubo dilación censurable en el decurso de los términos procesales, pero puntualiza que con ello no se violaron garantías constitucionales.

Respecto de la causal primera, advierte que el recurrente alega simultáneamente violaciones directa e indirecta de la ley sustancial, lo cual "riñe con la técnica que gobierna el recurso"; y en cuanto a esta última modalidad, la demanda no concreta las normas violadas ni señala el concepto de la violación.

Con fundamento en tales consideraciones pide que se deseche el recurso de casación.

Considerandos

Causal cuarta. Sobre la naturaleza y alcances de la nulidad constitucional por violación de la plenitud de las formas propias del juicio, ha dicho esta corporación: "La exigencia constitucional de que los juicios se lleven a cabo observando las formas que le sean propias, se refiere, ante todo, al rito procesal, esto es, a la forma, al tiempo y el lugar de las actuaciones en cuanto tales circunstancias son reglamentadas por el legislador, para, en primer término, evitar la arbitrariedad de los jueces y, en segundo lugar, darle flexibilidad y fluidez al proceso. A ellas deben someterse tanto los juzgadores como las partes y comúnmente se las divide en sustanciales y accidentales o, como también se les califica, esenciales y secundarias. Las sustanciales o esenciales son las que se pueden llamar formas propias del juicio. 'Ellas consisten en requisitos de observancia imprescindible, vinculados a los poderes del juez, así como también a las facultades de las partes y al modo como deben ejercitarse tanto aquéllas como éstas. Son formas sustanciales, en consecuencia, las referentes a las funciones fundamentales del proceso, como son las de acusación, la defensa y la decisión' " (casación del 11 de diciembre de 1974, Gaceta Judicial, Tomo CXLVIII (2378-79) página 1106].

Es cierto que en este proceso no se cumplieron los breves términos que establece el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar y que por eso su duración total excedió la muy limitada que de aquella norma resulta, pero no es verdad que se hubiese tramitado la actuación con procedimiento diverso; en todo caso, no se advierte por parte alguno que esa más amplia duración del proceso hubiese afectado en su esencia el desarrollo de las actividades propias de las partes, o influido en las determinaciones de los juzgadores, ni menoscabado en absoluto las garantías del procesado, entre ellas, la de su propia defensa. Mas aún, la demora en el período de la investigación —dentro del cual se pidió libertad provisional— se debió a la solicitud del Ministerio Público de práctica de diligencias que se consideraron fundamentales para el esclarecimiento de los hechos, y que efectivamente se cumplieron.

Para reconocer nulidad constitucional por violación de las normas propias del juicio, no basta, entonces, demostrar que en trámite de un proceso se excedieron los términos legalmente previstos para su desarrollo, sino que tal demora, siendo injustificada, haya afectado las funciones esenciales del proceso y conculcado las garantías del procesado.

Como tal situación no se presentó en este caso, habrá de ser desestimada la pretensión de la demanda.

Causal primera. La violación indirecta de la ley por error de hecho —ha dicho esta Sala—, comprende tres modalidades, a saber:

"a) El juzgador otorga valor probatorio a un hecho inexistente;

"b) El juzgador omite considerar una prueba que aparece evidente en el proceso, y

"c) El juzgador falsea los hechos que conforman una prueba legalmente producida y por esta vía le desconoce el valor jurídico que realmente tiene" (casación de 29 de abril de 1980).

Ninguna de estas hipótesis se plantea en la demanda. El recurrente pretende que hubo violación directa de normas probatorias del Código de Justicia Penal Militar e indirecta de la que describe y sanciona el delito de abandono del puesto, por una vía distinta: la de tomar algunas

pruebas testimoniales, enjuiciarlas críticamente para mostrar contradicciones y retractaciones y deducir entonces que sobre ellas no podía legalmente edificarse la sentencia condenatoria proferida.

Ocurre, sin embargo, que el Tribunal examinó en su sentencia otras pruebas que el demandante no menciona; los testimonios de los soldados Gustavo Valencia Domínguez y Hernando Riascos Caicedo, quienes estando de centinelas la noche de la evasión del sindicado lo sorprendieron cuando trataba de entrar a la repartición militar vestido de civil, versiones éstas que corroboran el contenido del informe suscrito por el Capitán Cardozo Ramírez en el que da cuenta oficial del delito atribuido al Cabo Chaparro.

Pretende, pues, el recurrente oponer su personal criterio en el análisis de la prueba al del Tribunal juzgador, mecanismo éste ajeno al recurso extraordinario de casación.

Necesario, es entonces, desechar también este cargo.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION

Para fijar el lapso de prescripción se tiene en cuenta el máximo de pena que aparezca en el tipo penal aplicable, con las adiciones y disminuciones que surjan de las circunstancias específicas de agravación o de disminución concurrentes, y no la pena que se puede aplicar en una sentencia determinada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 50 de 19 de mayo de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 21 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Por consulta revisa la Sala la providencia de 19 de diciembre de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Cartagena declaró prescrita la acción penal en este proceso que por un posible delito de falsedad en documento público se ha seguido al ex Juez Superior de Aduanas, doctor Luis A. Barba Fontalvo.

Se dice que Barba Fontalvo en su condición ya dicha, ordenó, mediante auto de 28 de julio de 1971, la entrega del camión marca "Ford", modelo 1955, placas C. 7920, a Remberto Rodríguez Vela, sindicado por contrabando en el despacho a su cargo, y que a pesar de que la providencia citada había sido apelada por el Fiscal, se dirigió al Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana en Oficio número 335 de 3 de agosto del mismo año para decirle que entregara el camión porque el auto en que tal entrega dispuso estaba "debidamente ejecutoriado", lo cual no resultó cierto.

La investigación se abrió por auto cabeza de proceso de 4 de agosto de 1975. El 30 de enero de 1978 se produjo sobreseimiento temporal que por ser el primero no era consultable. El 14 de marzo de 1979 se emitió un segundo sobreseimiento temporal que al ser consultado resultó confirmado por esta Sala en providencia de 7 de junio de 1979 en la cual se puso de presente la lentitud con que había marchado el proceso hasta el punto de que ya para aquel entonces habían transcurrido casi 8 años desde la fecha de la comisión de la posible infracción investigada.

Con posterioridad y dentro del término de los dos (2) años que prevé el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal fue cerrada la investigación y se calificó el proceso mediante llamamiento a juicio para el procesado por un delito de falsedad en documento público. Esa providencia lleva fecha del 2 de octubre de 1980 y aparece apelada por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cartagena.

Más tarde, mediante memorial que aparece presentado personalmente por el procesado ante el Juzgado Setenta y Seis de Instrucción Criminal radicado en Suba (Cundinamarca), Barba Fontalvo solicitó revocatoria del enjuiciamiento para que se le sobreseyera definitivamente o, subsidiariamente, para que se decretara a su favor cesación de procedimiento con base en el artículo 5º de la Ley 22 de 1980.

Después y presentado personalmente ante el mismo juzgado llegó al Tribunal Superior de Cartagena otro memorial firmado por el procesado esta vez en demanda de que se declarara prescrita la acción penal en este proceso.

En el Tribunal se le dio curso a la petición aludida en el párrafo anterior y previo concepto favorable del Fiscal Primero se consideró prescrita la acción penal en el caso de autos y, en consecuencia, se ordenó la cesación de todo procedimiento en contra de Barba Fontalvo.

Hace el Tribunal los siguientes análisis y razonamientos para desembocar en la prescripción que encuentra: el delito que se imputa al procesado se habría cometido el 3 de agosto de 1971 y desde esa fecha a la del auto de proceder transcurrieron nueve (9) años y dos (2) meses. El artículo 231 del Código Penal sería la disposición sustantiva aplicable y, para efectos del cómputo de la prescripción, se toma no la pena máxima allí indicada que es de diez (10) años, sino la mínima de tres (3) años, porque se acepta que para el caso de condena y dados los buenos antecedentes del procesado y aún para el caso de que se le encontrara alguna circunstancia de mayor peligrosidad (se refiere la providencia al Código Penal de 1936) la sanción imponible no pasaría de cuatro o de cinco años de privación de la libertad. Esos cuatro o cinco años ya han pasado y con base en ello el Tribunal en lo que considera "una justa determinación jurídica" decreta la prescripción de la acción penal, la consecuencial cesación de todo procedimiento y la cancelación de las órdenes de captura que para el procesado se habían impartido.

Sobre las bases que anteceden la Sala efectúa las siguientes consideraciones en orden a la solución del punto que la consulta plantea:

La providencia que se consulta está equivocada en toda su longitud en lo tocante a la prescripción de la acción penal que en ella se decreta. Contradice muchos años de jurisprudencia constante que se creía suficientemente conocida por encontrarse reproducida en multitud de libros, folletos, códigos concordados, etc. Data desde que la Corte empezó a ocuparse del tema con base en las disposiciones del Código Penal de 1936 y se reitera recientemente en providencia de 12 de diciembre de 1980 y 24 de abril de 1981.

Para computar el lapso de prescripción de la acción penal, se repite una vez más, no se toma la cantidad de pena que se puede aplicar en una sentencia de condena —que es precisamente lo que ha hecho el Tribunal Superior de Cartagena en el caso concreto—, sino la que aparece indicada como máxima en la correspondiente norma sustantiva en que pueda ubicarse la delincuencia en examen, con las adiciones y disminuciones que surjan de las circunstancias específicas de agravación o de disminución, sin que pueda excederse del tope de treinta (30) años y del mínimo de cinco (5) si se fundamenta el juzgador en las disposiciones del Código Penal de 1936, o de veinte (20) y cinco (5) si se aplican las normas pertinentes del Código Penal de 1980.

Además, y como de prescripción se trata, debe tenerse en cuenta que las adiciones llegan hasta el punto máximo que la circunstancia de agravación permite y hasta el mínimo de la disminución en caso de atenuación.

El artículo 105 del Código Penal de 1936 que regiaba el punto se refería "al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal" y el artículo 80 del Código Penal de 1980 se refiere a "un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad", que viene a ser lo mismo. Para nada, en tema de prescripción, se tenía en cuenta el artículo 36 del Código Penal de 1936 que fijaba los criterios mensuradores de la sanción que debía aplicarse al procesado en la sentencia ("gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente"), en la misma forma en que hoy no se toman en cuenta para efectos de prescripción los criterios que para la fijación de la pena se consignan en el artículo 61 del Código Penal de 1980 ("gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente"). Debe entenderse que también bajo el nuevo Código sólo se tienen en cuenta para extender el lapso de la prescripción o para disminuirlo las circunstancias específicas del delito, de una u otra clase, y no las de simple atenuación o agravación punitiva de que tratan los artículos 64 y 66.

Así puntualizadas las cosas resulta claro que para computar la prescripción en el caso concreto debe tomarse como punto cronológico de partida el 3 de agosto de 1971, fecha del oficio que según se dice en el auto de proceder concreta el delito de falsedad que se imputa al procesado. Ese delito encuentra su ubicación en el artículo 131 del Código Penal de 1936 en donde aparece sancionado con una pena de presidio oscilante entre tres (3) y diez (10) años. En el Código Penal de 1980 esa situación no se altera si se tiene en cuenta que la falsedad ideológica deducida en el pliego de cargos se ubica en el artículo 219 y tiene penas, mínima y máxima, de igual duración así se cambie el presidio por prisión en razón de la eliminación que del primero hizo el artículo 41 del actual ordenamiento. Desde la fecha indicada hasta el presente no han transcurrido los diez (10) años de pena máxima que allí aparecen y no existen para el delito que se carga al procesado circunstancias específicas de agravación o de disminución que pudieran te-

nerse en cuenta para extender o para acortar el lapso de la prescripción.

La providencia revisada contiene como determinación única la del decreto de prescripción de la acción penal con sus secuelas de cesación de procedimiento (artículo 163 del Código de Procedimiento Penal) y levantamiento de las órdenes de captura que con anterioridad se habían emitido. En su parte motiva se ocupa también de las peticiones que sobre aplicación de la Ley 22 de 1980 hizo el procesado en la primera instancia, con posterioridad al auto de calificación, y que ahora reproduce sin perder de vista la prescripción de la acción penal que coloca como petición subsidiaria.

En cuanto a las apreciaciones sobre inaplicabilidad de la Ley 22 de 1980 en el presente caso nada se puede objetar a los análisis y razonamientos que contiene la parte motiva de la providencia que se revisa. Precisamente el cierre de la investigación seguido de auto de proceder constituye el único mecanismo procedimental que permite decretar la detención preventiva, cuando el delito porque se procede lo permite, después de dos sobreseimientos temporales, según dijo la Sala en reciente providencia (auto interlocutorio de 30 de abril de 1981). Resulta claro entonces que si existía mérito para optar por un enjuiciamiento en el caso de autos con mayor razón podía decretarse la detención preventiva del procesado.

El Fiscal que conceptúa en la primera instancia mezcla de mala manera las disposiciones de la Ley 22 de 1980 con las que reglan la prescripción de la acción penal como claramente se observa en su concepto. El Tribunal no lo hace así y luego de desechar la posibilidad de dar aplicación a las normas de la citada ley dedica su atención a la prescripción de la acción penal en rebeldía con la jurisprudencia constante como al principio se dijo y, muy posiblemente, en contraposición a lo que allí mismo se ha venido aplicando de tiempo atrás. Ese decreto de prescripción se revocará y se ordenará la devolución del expediente a la primera instancia para que prosiga su curso normal. Pendiente se encuentra la solución del punto que la apelación del Fiscal plantea y debe estudiarse también el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal cuando al pedir la revocatoria de la providencia consultada sostiene que el procesado en uno de sus memoriales, concretamente el de folio 205, se dio por notificado del enjuiciamiento.

Finalmente, resulta bien claro que las demoras en la solución de este asunto sí lo acercan a la prescripción de la acción penal como bien puede verse por los cómputos que aquí se hacen. Cuando esta Sala conoció por consulta del segundo sobreseimiento temporal, dijo:

"Sobre las bases probatorias que anteceden ninguna providencia distinta del sobreseimiento temporal puede edificarse, tal como conceptúa el Ministerio Público, tanto en primera como en segunda instancia, pero lo cierto es que con tan pobres fundamentos esta investigación, que nunca ha tenido sindicado preso y que ha resistido cinco (5) comisiones que de nada sirvieron bien pudo ser adelantada por el Magistrado Sustanciador dentro de los términos legales comunes. Ahora, después de tres (3) años y nueve (9) meses largos (casi ocho años si se parte de la fecha de la posible infracción) las cosas permanecen como si nadie se hubiera interesado en este caso que no parece difícil.

"El asunto marcharía al archivo porque así lo dispone el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal, pero el Magistrado sustanciador, doctor Alfredo Betín Vergara, que según se ve necesita de términos muy amplios para actuar, dispondrá de dos (2) años más para cumplir una investigación que podría perfeccionarse en un (1) mes y, claro está, para tratar de que la prescripción no termine con todo".

Esta providencia, con la admonición transcrita, se emitió el 7 de junio de 1979 y desde entonces la misma lentitud del principio subsiste y se hace tanto más notoria si se tiene en cuenta que el mismo Magistrado sustanciador nombrado fue quien abrió la investigación por auto cabeza de proceso de 4 de agosto de 1975. La Sala, por unanimidad, ha decidido ordenar la expedición de copias de este proceso para que la Procuraduría General de la Nación se ocupe del adelantamiento del proceso disciplinario y la Corte del proceso penal que el caso amerita. Esas copias serán expedidas por la Secretaría sin entrabar el normal desarrollo del proceso. Quiere decir lo anterior que éste será devuelto dentro de los términos al Tribunal de origen. A la Secretaría corresponde entonces compaginar lo relativo al ordenamiento de copias con el cumplimiento exacto de dichos términos.

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

Resuelve:

REVOCAR la providencia consultada y en su lugar ordenar que el expediente vuelva a la pri-

mera instancia para que el proceso siga su curso normal, pues la acción penal no está prescrita.

ORDENAR la expedición de copias del proceso para que, según lo dicho en el aparte final de las motivaciones de esta providencia y con las advertencias allí consignadas, se envíen a la Procuraduría General de la Nación en orden a la investigación disciplinaria y para que se investigue penalmente, por parte de esta Sala, la conducta del Magistrado doctor Alfredo Betín Vergara y de los demás que con él integran la Sala de Decisión Penal en el Tribunal Superior de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION

Requisitos para que pueda prosperar

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 51, mayo 21 de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 22 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Se procede a decidir acerca de la recusación formulada por el sindicado dentro de estas diligencias por delito de peculado, doctor Gaspar Murillo Coutín, al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, doctor Luis Ramón Carcés, para seguir conociendo de ellas.

Resultandos y considerandos

Primero. En el escrito de recusación luego de hacer alusiones a profundas antipatías inconfesables que impiden al Magistrado decidir en justicia, a "ciertos móviles extraños de inconfesable raíz política", a los incidentes que se presentaron en la elección de Jueces de Instrucción Criminal en el Distrito de Quibdó, en 1971, acto en el cual el recusante no votó por el actual Magistrado por no llenar los requisitos legales, por lo cual éste no lo perdona y de expresar que "cierto día", en el café "Las Vegas" en presencia del propietario y de sus empleados, de tu benefactor para alcanzar la Magistratura, doctor Hortensio Castro Alumia, del amigo Víctor Ricard y de varios parroquianos que allí departían, tú estando un tanto alicorado, cierto día me dijiste en forma agresiva, desafiante y escandalosa que yo era "hijo de puta", llegando posteriormente a convertirte en el "enemigo capital que actualmente eres", para finalizar concretando:

"Por los tres motivos que aduzco, cuales son:

"1. El rencor que alimentas y te corroe la conciencia por no haber votado por ti para Juez Primero, radicado en agosto de 1971.

"2. Teniendo u obstentado la calidad de funcionario judicial en categoría de Juez Segundo Superior, me hijueputiaste escandalosamente en un concurrido café de la localidad (Las Vegas), y

"3. La enemistad grave que como consecuencia del hijueputaso, mutuamente sentimos, y lo cual nos ha llevado al extremo de odiarnos, hace que apelando a la dignidad que conlleva la investidura de Magistrado, solicite tu retiro de mis negocios a partir del presente". Se fundamenta en el número 5 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo. En su auto de fecha 17 de marzo del año que avanza, el Magistrado recusado luego de exponer lo referente a la elección de jueces a la cual hace referencia el recusante, enfáticamente manifiesta que la persona del doctor Murillo le ha sido indiferente, que con él apenas ha compartido dos o tres veces, en forma "muy breve y amenamente, pero sin excederme en su tratamiento de confianza", por lo cual no existe el rencor ni la animadversión pretendidos. Agrega: "Puede el suscrito Magistrado asegurar que jamás en la vida ha tenido altercado, discusión o reclamo para con el hoy procesado Gaspar Murillo Coutín y mucho menos que le hubiera lanzado insultos contra su honor. De allí la ambigüedad y mal intencionada acusación cuando alude a 'un cierto día', sin indicar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el hipotético e imaginario incidente ocurrió, y sin siquiera arrumar a su escrito recusatorio, las pruebas del caso".

Luego de manifestar que falta la prueba de los hechos constitutivos de la recusación, prueba exigida por el artículo 84 del Estatuto Procesal Penal, concluye: "Nada mueve mi espíritu contra el doctor Murillo Coutín y sólo me atendré en la decisión que haya de tomar, a lo que está probado en los autos; el temor que le asalta es injusto porque aunque él tenga odio y rencor contra mí, ese sentimiento de enemistad debe ser recíproco para que pueda tener fuerza recusatoria".

Por lo tanto, no acepta la recusación y dispone el envío de las diligencias a la Corte para decidir el incidente.

Tercero. En síntesis la recusación la fundamenta su proponente en el número 5 del artículo 68 del Estatuto Procesal Penal, por existir, en su criterio, grave enemistad recíproca entre él y el Magistrado recusado.

Ya se ha visto cómo el funcionario niega la existencia de tal enemistad y afirma que nada lo mueve contra el recusante y que su decisión la tomará de acuerdo con lo probado en autos.

Se enfrentan, pues, las dos manifestaciones.

Y, aun cuando parezca sobrante, en atención a la norma legal que adelante habrá de transcribirse, bueno es considerar:

En cuanto hace relación a elección de jueces de instrucción criminal en el Distrito de Quibdó en 1971, de lo pertinente de actas que se transcribe en fallo del Tribunal Disciplinario por medio del cual los entonces Magistrados doctores José Calazans Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, fueron suspendidos de los cargos de Magistrados por el término de un mes cada uno, precisamente por infringir las normas sobre nombramiento en propiedad de funcionarios, se llega a la conclusión de que no fue que el entonces Magistrado Murillo se opusiera directamente o atacara en alguna forma lesiva de su integridad moral o científica al doctor Luis Ramón Garcés, sino que se atuvo a ciertos puntos de vista, indiferentes en cuanto a esa concreta designación los cuales, a la larga le ocasionaron la sanción a la cual se ha hecho referencia.

De otra parte, cuando de recusación se trata, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, "la recusación se propondrá por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde".

Entonces, *la recusación implica el que:*

a) Sea propuesta por escrito;

b) Ante el funcionario que esté conociendo del asunto;

c) Con exposición de motivos, y

d) Prueba de los hechos en que se funde. Se necesita el cumplimiento de todos estos requisitos para que pueda prosperar.

En el caso que se viene contemplando, falta uno de los más importantes: el que hace referencia a la prueba de los hechos capaces de generar la grave enemistad recíproca, conclusión que ha sido enfáticamente negada por el Magistrado recusado.

Pues ya se ha visto que ajenos a sentimientos de enemistad fueron los que movieron al entonces Magistrado Murillo a asumir determinada posición en la elección de jueces de instrucción criminal en 1971 y, en cuanto hace relación a los demás hechos, negados por el recusado, no acompañó la más mínima prueba para acreditarlos.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, DECLARA INFUNDADA la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, doctor Luis Ramón Garcés, por el sindicado Gaspar Murillo Coutín.

Cópiese y notifíquese.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ

Para que el funcionario pueda acudir a la potestad disciplinaria, se requiere que el irrespeto de que se le haga víctima, tenga relación con su investidura y con el ejercicio de sus funciones, aun cuando el autor sea ajeno a esa actividad funcional del agraviado

---

PREVARICATO

La expresión manifiestamente contraria a la ley que utiliza el nuevo Código Penal en el tipo que describe el prevaricato, resalta el pleno conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la decisión

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 51 de 21 de mayo de 1980.

Bogotá, D. E., mayo 22 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte acerca del recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado del procesado como de la parte civil contra el auto de veinte de octubre de mil novecientos ochenta, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga sobreseyó temporalmente en favor del doctor Félix Hernán Roldán Salcedo, Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad, por los cargos que le formuló el doctor Alvaro Mena Delgado por hechos para él constitutivos de los delitos de prevaricato y detención arbitraria. El Fiscal y el apoderado del sindicado solicitaron al Tribunal el pronunciamiento de un sobreseimiento de carácter definitivo, mientras el representante de la parte civil impetró un llamamiento a juicio.

Hechos

En los días inmediatamente anteriores al nueve de marzo de mil novecientos ochenta, fecha en que se realizaron los comicios para elegir concejales y diputados, circularon en la ciudad de Buga unas publicaciones anónimas denominadas "La Piraña", en una de cuyas tres ediciones se aludía a cargos contra el doctor Alvaro Mena Delgado referentes a la ética profesional (folios 42 a 44 vuelto del cuaderno del Tribunal).

Como en virtud de llamadas telefónicas y por haber recibido en su casa a través del correo un ejemplar de ese "pasquín", en cuya parte superior se encontraba escrita con tinta negra la leyenda: "Editores: Félix Roldán S., Humberto Holguín A., Gabril Urrea V.", el doctor Mena Delgado se formó la impresión de que el doctor Félix Roldán S., Juez Segundo Civil Municipal de Buga, era uno de los incógnitos autores de esas publicaciones difamatorias, fue a buscarlo a su juzgado en las horas de la mañana del día ocho de marzo de ese año, con el fin de reclamarle por ese proceder.

Al llegar el juez a su Despacho, lo llamó fuera y en los pasillos del segundo piso del edificio donde funcionan los juzgados y las fiscalías, después de ponerle de presente que estaba informado de que él era uno de los autores del panfleto o pasquín denominado "La Piraña" y no obstante la negativa expresada por el doctor Roldán, el doctor Mena lo ofendió gravemente de palabra, según afirmación del juez y confirmación del guardián de la Cárcel Luis Alfonso Garzón Cerón, quien presenció el incidente, y cuyo testimonio constituye uno de los fundamen-

tos de la resolución sancionatoria que el juez profirió contra el profesional que lo injurió (folios 20 vuelto a 21 vuelto y 82 del cuaderno del Tribunal). Cuando esto ocurrió el juez se disponía a salir de su oficina para continuar una diligencia de secuestro de un inmueble urbano perteneciente a la sucesión de Ana Carolina Ochoa Guevara de Cote, que había sido suspendida el día anterior para continuarla ese día 8 de marzo de 1980, en la cual actuaba por comisión impartida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga (folios 116 a 120 vuelto del cuaderno del Tribunal).

Al regresar de practicar esa diligencia judicial, el Juez Roldán Salcedo se enteró del memorial suscrito por el doctor Alvaro Mena Delgado, apoderado de Antonio José Ocampo en el proceso de ejecución con título hipotecario que cursaba en el juzgado a cargo del doctor Roldán Salcedo contra Jorge Humberto Pedraza, en el cual el abogado decía al juez: "A usted solicito declararse impedido en el proceso de la referencia por cuanto no me merece ninguna confianza para la administración de justicia" (folio 19 del cuaderno del Tribunal).

Basándose en ambos motivos, la ofensa verbal y la ofensa escrita, e invocando el artículo 309 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 39, numeral 2º del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), el juez dictó la Resolución número 001 de 10 de marzo de 1980, por medio de la cual sancionó al doctor Alvaro Mena Delgado con cinco días de arresto inconmutable (folios 21 vuelto a 22 vuelto ibídem).

El profesional sancionado solicitó reposición, alegando que su ofensa verbal y los términos del escrito relacionado con la solicitud de impedimento, obedecieron a motivos de índole personal, originados en la posible autoría por parte del doctor Roldán de los anónimos ultrajantes, y en manera alguna a su calidad de juez de la República ni en razón de las funciones propias de su cargo, de donde, como se lo decía con transcripciones del tratadista Hernán Fabio López Blanco, al no existir relación de causalidad entre esas expresiones orales y escritas suyas y las funciones de juez, no procedía la potestad disciplinaria que le otorga la ley.

En memorial complementario le hacía saber al juez que el doctor Jairo Mora Tejada y otras personas le habían comunicado las manifestaciones que él había hecho en cuanto a que no respondería la resolución sancionatoria (folios 23 a 27 ibídem).

Con fecha veintidós de marzo de mil novecientos ochenta profirió el juez la Resolución número 003, en la cual acogiendo los planteamientos del abogado y la autoridad del tratadista citado, excluye el motivo referente a la ofensa verbal, pero mantiene como fundamento de la resolución la falta al debido respeto por razón de sus funciones, contenida en los términos empleados en el memorial por medio del cual se le solicitó que se declarara impedido (folios 27 a 29 vuelto ibídem).

En firme la resolución, la comunicó tanto al Director de la Cárcel Municipal de Buga como al Comandante de la Policía en esa ciudad para efectos de su cumplimiento (folio 30 y vuelto ibídem).

El doctor Alvaro Mena Delgado ingresó, en cumplimiento de esa sanción, al establecimiento carcelario de esa ciudad el día 26 de marzo de 1980, para ser trasladado ese mismo día al Hospital San José de la ciudad de Buga por disposición del Director de la cárcel y en razón de certificado médico acerca del estado de su salud, donde permaneció durante los cinco días bajo custodia policiva (folios 12 y 17 ibídem).

Tesis del Tribunal

Admite esa Corporación que sí existe conexidad entre el memorial suscrito por el doctor Mena para pedir al juez que se declarara impedido y las funciones de éste, pero le excluye a los términos empleados por el abogado su sentido de carácter general lesivo de la dignidad del funcionario para darle un alcance de apreciación personal, asimilándolo, si así pudiera decirse, a una ofensa puramente privada.

Así se desprende de las siguientes consideraciones contenidas en la providencia:

"En este caso ninguna duda surge en relación a determinar la conexidad existente entre el memorial, dirigido por el doctor Mena Delgado para pedir al Juez Segundo Civil Municipal de Buga se declarara impedido en un juicio, con las funciones que debía ejercitar éste dentro del citado proceso. El problema emerge al interpretar lo expresado en el referido documento, el cual dentro de su laconismo contiene la frase siguiente: 'A usted solicito declararse impedido en el proceso de la referencia por cuanto no me merece ninguna confianza para la administración de justicia'. El doctor Roldán Salcedo interpretó esa manifestación en un sentido general y por tanto consideró que lo irrespetaba como juez,

al calificarlo como indigno de ejercer sus funciones. El abogado, aunque bien es cierto pecó, por no hacer alusión al motivo determinante de la desconfianza y generador de la causal de impedimento; especificaba o reducía a un proceso, en el cual era representante de una de las partes, su temor a que el funcionario dejara de ser imparcial, y al usar la frase: 'no me merece' limitó a su persona ese sentimiento, sin poder desligar todo esto del incidente ocurrido horas antes entre juez y litigante.

"El error de interpretación, por parte del funcionario, radica especialmente, en consideración de la Sala, en no haber tenido en mente, que una cosa es, la jurisdicción limitada por la competencia, en cuanto autoriza legalmente al juez para el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo, o sea, la capacidad objetiva; y otra, la específica o subjetiva, que le permite actuar en un determinado negocio, según concurran o no circunstancias que puedan dar margen a pensar en una posible alteración de su obligatoria imparcialidad. Ya que, teniendo de presente lo ocurrido horas antes a la presentación del memorial, el estar dirigido a un juicio determinado y el utilizar la frase: 'no me merece', era esta última a la que se refería el abogado y, precisamente, cuando las partes acuden al uso de las recusaciones, o los jueces a los impedimentos, están ejerciendo un derecho procesal establecido en la ley, que tiene fundamento en la desconfianza de los interesados en relación con que la definición del litigio pueda verse afectada por un hecho que incida en el sentido de alterar la ecuanimidad del fallador, por haberse presentado una causal de las señaladas por la ley como posibles perturbadoras del ánimo sereno y equilibrado que demanda una correcta administración de justicia" (folios 236 y 237 del cuaderno del Tribunal).

Considera indispensable el Tribunal que se esclarezca debidamente si el doctor Félix Hernán Roldán Salcedo fue o no el autor de las publicaciones anónimas, pues si lo fue, el reproche ofensivo del abogado, al igual que la actuación del doctor Roldán quedan dentro del ámbito de sus particulares o personales maneras de actuar, resultando, en ese caso, abusivo por parte del juez el ejercicio del poder disciplinario. Pero si no fue el autor o inspirador de ellas, la ofensa que le irrogó el abogado sí era merecedora de la sanción disciplinaria.

A este respecto se dice en el auto lo siguiente:

"Las anteriores consideraciones las estima necesarias la Sala para fundamentar en ellas la evaluación y decisión de la situación del doctor Félix Hernán Roldán Salcedo en este sumario, porque si él intervino en la elaboración de las hojas aparecidas bajo el rótulo de La Piraña, y a la conducta del doctor Mena Delgado se le reconoce que tuvo origen en ese hecho, los actos de ambos estarían ubicados dentro de los límites de las órbitas en que se desenvuelven sus actos de vida privada; y consecuencialmente, el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del doctor Roldán Salcedo constituiría un verdadero abuso de las funciones públicas de que estaba en ese momento revestido. Pero si el Juez Segundo Civil Municipal de Buga es inocente, en cuanto a la publicación que de esas hojas se le ha endilgado, entonces la acción ofensiva del abogado litigante complementada con la presentación del memorial de recusación bien podría dar margen al ejercicio de acción disciplinaria, y en presencia de una posible falta del abogado litigante como tal, desaparecería la factibilidad de infracción penal por parte del funcionario. Porque si bien, como ya se dijo, el titular de la administración de justicia no puede subjetivamente determinar cuáles son los actos que lo irrespetan en virtud del ejercicio de sus funciones o por causa de ellas, también lo es, que si se le irrespeta por causa de un hecho no ejecutado por él, e inmediatamente se utiliza ese como motivo para invocar un *impedimento*, su acción disciplinaria sancionadora puede estimarse hasta equivocada pero no arbitraria" (folios 238 y 239 del cuaderno del Tribunal).

De esto deduce la necesidad de sobreseer temporalmente con el fin de aportar elementos de juicio que permitan desentrañar esa autoría, situación que aprecia el Tribunal de la mayor importancia para valorar la conducta del juez denunciado.

Planteamientos de la parte civil

El apoderado de la parte civil insiste, en el memorial sustentatorio del recurso de apelación, como lo había hecho en el de instancia, cuyos argumentos solicita que se tengan ahora por reproducidos, en la índole puramente privada de las ofensas que le dirigiera tanto en forma verbal como de manera escrita el doctor Mena al doctor Roldán, las cuales se generaron en un asunto de carácter personal, ajeno a la investidura del juez y al ejercicio de sus funciones, con recóndita vinculación a actividades de carácter político no extrañas al temperamento, vo-

cación e inmediato pasado del juez antes de su ingreso al Poder Judicial.

De allí que haga del asunto la siguiente presentación:

"Considero, honorables Magistrados, que la cuestión se reduce a lo siguiente:

"a) Alvaro Mena Delgado se sintió ultrajado por el anónimo denominado 'La Piraña', donde se le hacían cargos relativos a su ética profesional y a su moral particular;

"b) Por diversos conductos recibió la información, cierta o no, que uno de los autores de dicha hoja era el doctor Félix H. Roldán Saleedo, como particular, amigo de participaciones políticas;

"c) Consecuencialmente Alvaro Mena Delgado, como ciudadano, buscó al ciudadano Félix Hernán Roldán Saleedo y le ofendió al tratarle de hijueputa *si él era* autor, como se le había informado, de los anónimos;

"d) Luego de este enfrentamiento *personal* y *por cuestiones personales*, ajenas al carácter de juez de la República, el uno, y abogado litigante el otro, Mena Delgado consideró que dicho enfrentamiento haría más adelante, quizá, mella en el ánimo de Roldán Saleedo en su obrar como juez en su *negocio* y procedió a solicitarle se declarara impedido porque no le merecía confianza a Mena Delgado para administrar justicia" (folio 14 del cuaderno de la Corte).

Sobre la base de que la ofensa verbal fue el resultado de un enfrentamiento de carácter personal entre el abogado y el juez, concluye que el memorial fue consecuencia lógica de ese enfrentamiento "y contiene una apreciación subjetiva de un profesional del derecho que hace uso de atribuciones que le concede la misma ley cuales son las de solicitar del funcionario el impedimento o recusarlo".

Del memorial que el juez dirigió al Presidente del Tribunal Superior de Buga a los pocos días del incidente, y en el cual, al darle noticia de éste, no alude sino a persecuciones encubiertas de que ha venido siendo objeto debido quizás a sus anteriores actividades políticas y al porvenir que en este campo puede llegar a tener en un futuro (folios 39 a 41 del cuaderno del Tribunal), infiere que el doctor Roldán Saleedo no podía ignorar la razón eminentemente privada del reproche del doctor Mena y de la consecuente recusación.

Sostiene que el Juez Roldán Saleedo incurrió, al sancionar al doctor Mena, en detención arbitraria y prevaricato y solicita que se revoque el sobreseimiento de carácter temporal proferido en su favor y en su lugar se le llame a responder en juicio por dichos delitos. Dice que infringió el artículo 295 del Código Penal anterior "por cuanto en su calidad de funcionario público, al sancionar al doctor Mena Delgado con pena de arresto haciendo uso del poder disciplinario conferido por el artículo 39-2 del Código de Procedimiento Civil, abusó de sus funciones, se extralimitó dolosamente en ellas utilizando para su venganza particular un poder reservado a los jueces solamente cuando en ese carácter se les falta al debido respeto". Y al referirse al delito de prevaricato que le atribuye al juez, anota "y de la satisfacción de los elementos del tipo del artículo 166 hablan claramente en este proceso el doctor Santa Castrillón, quien renunciando a su fuero acudió al Tribunal a relatar la conversación sostenida con el doctor Roldán Saleedo y los términos en que éste se refirió al doctor Mena Delgado, términos que obligan a pensar que al proferir la resolución sancionatoria y manifestar indudablemente su decisión de tomar retaliación (inferencia lógica de sus palabras), el acusado obró por animadversión al producir las resoluciones, no fue su ánimo sereno, imparcial, ajustada a la ley".

Alegato del apoderado del sindicado

Este, en defensa de su poderdante, manifiesta que el memorial irrespetuoso dirigido por el doctor Mena al Juez Segundo Civil Municipal de Buga para que se separara de un negocio en que aquél representaba a una de las partes, no constituye el correcto ejercicio del derecho procesal de recusación que la ley le reconoce pero al mismo tiempo le regula, pues en nada satisface las exigencias requeridas al respecto por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 144, cuando preceptúa que "la recusación se propondrá ante el juez del conocimiento o el Magistrado ponente, con expresión de la causal alegada y los hechos en que se funde. En el mismo escrito se pedirán las pruebas que se pretenda hacer valer". Además, concuerda con un conocido tratadista de Derecho Procesal, que la separación del funcionario debe intentarse "en términos moderados y no ofensivos para el recusado".

Expresa que el abogado ofendido no estaba autorizado para hacerse justicia por su propia mano, máxime que ni siquiera estaba seguro de que el doctor Roldán Saleedo hubiera sido el autor del escrito en que se le afrentó y que como

profesional del derecho de larga trayectoria "sabía que el camino a seguir, si se sentía ofendido por la conducta del juez, doctor Roldán, no era la injuria y el irrespeto, sino que habría podido formular la correspondiente queja al señor Procurador Regional o al mismo Tribunal para que fuera investigada la conducta del juez".

Sostiene que los ultrajes, el verbal y el escrito, los sufrió el juez el primero estando en ejercicio de funciones de su cargo y el segundo por razón de ellas, esto es, en cuanto conocía de un juicio en que el doctor Mena representaba a una de las partes y en el cual al juez le correspondía decidir la relación jurídico-procesal planteada.

A este respecto, dice:

"Como se evidenció en el expediente, cuando el denunciante mentó la madre a mi mandante, éste estaba en audiencia pública, pues había iniciado en su despacho una diligencia de embargo y secuestro de unos bienes dentro de un proceso de sucesión, actuando como juez comisionado y precisamente en el momento se dirigió a continuar el acto procesal, y en cuanto al memorial irrespetuoso, es lógico concluir que lo recibió dentro de un proceso civil que tramitaba en su despacho, y que tal escrito ofende no sólo la dignidad personal del juez, sino la del Tribunal que lo eligió".

Solicita, en consecuencia, que se revoque el sobreseimiento de carácter temporal y se sobresea definitivamente en favor de su patrocinado.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se revoque el sobreseimiento temporal y, en su lugar, se sobresea definitivamente en favor del sindicado por estimar que no cometió los delitos que se le atribuyen.

Esta conclusión viene precedida de las siguientes apreciaciones: Es evidente la falta de respeto que implica el memorial mediante el cual el denunciante solicitó al funcionario que se declarara impedido en el juicio de ejecución en que aquél representaba a una de las partes; en ese caso la falta de respeto al juez se produjo por razón de sus funciones "como también aconteció con las palabras altamente injuriosas que el profesional le dirigió al juez para reclamarle por su posible intervención en la elaboración de una hoja volante que afectaba la persona del abogado, y a las cuales el funcionario no respondió"; la ley ofrece soluciones diferentes para situaciones como estas, cuales son la denuncia penal por calumnia o injuria o el recurrir a la vía disciplinaria; la sanción se impuso con observancia de los requisitos exigidos por la ley, y el profesional se hizo acreedor a ella por su proceder injurioso e irrespetuoso.

Consideraciones de la Corte

Dos son los comportamientos delictivos que el doctor Mena Delgado le atribuye al Juez Segundo Civil Municipal de Buga, Félix Hernán Roldán Saicedo.

El primero, haberle dictado una resolución sancionatoria, invocando poderes disciplinarios que no le asistían, pues por la conducta que le reprochaba el abogado nada tenía que ver, en sus orígenes o causas, con la investidura de juez ni con sus funciones, pues ella se generó en un comportamiento privado atribuido al doctor Roldán Saicedo, consistente en haber publicado unas hojas anónimas e injuriosas, en las que se denigró, entre otros ciudadanos, del propio doctor Mena. Igualmente, el haber anticipado a algunas personas que no repondría dicha decisión, no obstante que a su consideración estaba, aún sin resolver, el recurso interpuesto oportunamente.

De esas consideraciones colige el denunciante que el juez profirió a sabiendas un acto contrario a la ley y, por lo mismo, incurrió en el delito de prevaricato.

El segundo cargo lo hace consistir en haberlo privado injustamente, con base en esa resolución ilegal, de su libertad durante cinco días, con lo cual cometió el delito de detención arbitraria.

Se impone analizar primero la imputación del delito de prevaricato, pues si no se configura, esto es, si la resolución fue dictada de acuerdo con la ley, o si falta el elemento culpabilidad, su consecuencia punitiva no puede constituir privación injusta de la libertad del sancionado disciplinariamente.

El artículo 39, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) faculta al juez para imponer pena de arresto inconmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

De acuerdo con los términos empleados por la norma y el bien que protege, se precisa, para que el funcionario pueda acudir a la potestad disciplinaria, que la falta al debido respeto de que se le haga víctima tenga relación con su investidura y con el ejercicio de sus funciones, esto es, que se le cometa con conocimiento de que

se trata de un funcionario que está ejerciendo funciones propias de su cargo, o por haberlas ejercido, o porque haya de corresponderle indefectiblemente ejercitarlas en razón de la vinculación funcional con el asunto, aunque el irrespetuoso sea ajeno a esa actividad funcional del agraviado, pero la haga marco propicio para su indebido comportamiento. En otros términos, se protege la investidura, unida en forma directa o indirecta a las funciones que le son propias.

Es que no puede ser lo mismo, para utilizar un ejemplo, que se ofenda a un juez cuando se encuentra en un establecimiento público divirtiéndose, que si está allí practicando una diligencia judicial. En el segundo caso sufre mengua no solamente su dignidad personal sino la del funcionario, dada la íntima relación con la actividad oficial que está cumpliendo. Esa misma inescindibilidad se presenta cuando el irrespeto se produce por razón de las funciones ejercidas o porque le va a corresponder ejercerlas.

Las dos actuaciones del doctor Mena que el Juez Roldán Salcedo estimó ofensivas de su dignidad de funcionario consistieron, la primera en haberle reprochado con expresiones soeces su posible vinculación con unas publicaciones anónimas e injuriosas que venían circulando esos días en la ciudad de Buga, lo que hizo cuando el juez, aunque no estaba dentro de su despacho, pues el doctor Mena lo llamó afuera, sí se disponía a trasladarse al inmueble urbano, objeto de una diligencia de secuestro que había sido suspendida el día anterior para continuarla precisamente en la mañana de ese día sábado ocho de marzo de mil novecientos ochenta (folio 119 del cuaderno del Tribunal). La segunda, en haberle dirigido, a la hora o dos horas de haber sucedido ese incidente (folio 2 ibídem) un escrito para solicitarle que se declarara impedido en un negocio de su conocimiento y en el que el autor del memorial representaba a una de las partes, escrito en el cual se limitó a darle por toda razón la siguiente: "por cuanto usted no me merece ninguna confianza para la administración de justicia".

En ambos motivos fundamentó el juez la Resolución número 001 de 10 de marzo de 1980, por medio de la cual sancionó al doctor Mena Delgado con cinco días de arresto inconmutable. Así puede apreciarse al leer los considerandos (folios 21 vuelto y 22 del cuaderno del Tribunal).

Luego en la Resolución número 003 de 22 de marzo de ese mismo año, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia sancionatoria, excluyó el primer motivo como fundamento de la misma, y lo hizo, según se dejó dicho en las consideraciones de la resolución y lo explicó en su indagatoria, para atender, en ese aspecto, los planteamientos del recurrente, así como las dudas que le surgieron respecto de la naturaleza del irrespeto, y para acoger el criterio del autor del libro "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano", doctor Hernán Fabio López Blanco, cuya autoridad había invocado en su memorial de reposición el abogado sancionado para respaldar sus personales apreciaciones acerca de la naturaleza puramente privada de las ofensas que irrogó al doctor Roldán Salcedo.

Respecto del otro fundamento de la resolución, o sea el escrito en que se le pidió que se declarara impedido para seguir actuando en un negocio en que el doctor Mena representaba a una de las partes, sí mantuvo su convencimiento de que le había faltado al respeto en su condición de juez y por razón de sus funciones como tal (folios 28 y vuelto, 91 y vuelto y 103 y vuelto del cuaderno del Tribunal).

En relación con la ofensa verbal se debe admitir como explicable el que el doctor Roldán Salcedo la hubiera tenido como falta al respeto debido al juez, en consideración a las circunstancias temporo-espaciales en que ella se produjo, pues fue buscado en su propio despacho, en la sede de sus actividades judiciales, y se la afrentó cuando se disponía a salir de allí para continuar en otro lugar un acto propio de sus funciones. Pero si se consulta el alcance de las normas que rigen el ejercicio de la potestad disciplinaria, se tiene que llegar a la conclusión de que este primer comportamiento del doctor Mena no constituía en verdad falta que ameritara sanción de esta naturaleza. Bien hizo el juez en excluirlo de la fundamentación de la resolución sancionatoria, como lo efectuó al resolver sobre el recurso de reposición de que ella fue objeto.

Respecto de los términos en que quedó concebido el memorial en que se le pidió al juez que se separara de un negocio en que venía actuando como tal, de los cuales dedujo el funcionario un agravio dirigido a su capacidad, honestidad e imparcialidad, y que, en definitiva vinieron a constituir el único sustento de la resolución que impuso la sanción, es preciso reconocer que, si objetiva y desprevenidamente analizados podrían llegar a no entrañar ofensa, no ocurre lo mismo cuando se los mira con un criterio subjetivo de

valoración y con conocimiento de las circunstancias que le sirvieron de marco.

Conviene recordar que el juez, después de haber sido ultrajado de palabra, se fue a concluir una diligencia judicial y cuando regresó a su Despacho, aún bajo el impacto sicológico del insulto, encontró el memorial en el que su ofensor de horas antes le solicitaba ahora que se declarara impedido en un negocio, por cuanto no le merecía confianza para la administración de justicia.

En esas circunstancias y bajo esas condiciones anímicas era muy difícil, por no decir que imposible, exigirle al funcionario que entendiera aquel escrito como una simple solicitud de recusación.

Era comprensible, por el contrario, que lo interpretara como una presentación personal de una descalificación general de su capacidad para administrar correctamente justicia. En su indagatoria explica ese contenido de generalización que él advirtió en el memorial y su vinculación con las funciones oficiales que le correspondía desempeñar (folio 104 vuelto del cuaderno del Tribunal), y el propio Tribunal no dejó de reconocer este último aspecto, bien que limitándolo al ámbito de ese solo negocio y de las personales apreciaciones del autor del escrito (folios 236 y 237 ibídem).

No puede tampoco pasarse de largo frente al hecho de que el memorial tenía por destinación formar parte del proceso, con la obvia posibilidad de ser conocido por otros, muchos de los cuales no irían a estar en antecedentes ni por tanto en condiciones para relacionar esa expresión desobligante, por decir lo menos, con el incidente del "pasquín" al que ha querido referir toda su actuación el doctor Mena.

Es que, si bien es cierto que existe para la parte el derecho de buscar procesalmente la separación del juez con el fin de que no siga conociendo del asunto, también lo es que ha de intentarse sin menoscabo de la dignidad del recusado, pues las causales de impedimento no constituyen en su conjunto motivos que deshonren o afrenten al funcionario, sino circunstancias que pueden comprometer, cuando concurren en él, su independencia e imparcialidad para decidir un asunto sometido a su competencia.

Las consideraciones precedentes permiten afirmar que el doctor Roldán Saledo creyó razonablemente que se le estaba faltando al respeto como juez y en relación con sus funciones, y que, podía, por tanto, hacer uso del poder disciplinario para sancionar a quien lo había irrespetado.

No procedió, entonces, con pleno conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la decisión que iba a proferir, presupuesto subjetivo del delito de prevaricato. Esa conciencia de la ilicitud la resaltaba el anterior Código con la expresión "a sabiendas", y el nuevo estatuto con la exigencia de que el acto sea "manifiestamente" contrario a la ley.

Dilucidado el anterior punto, corresponde ahora analizar los cargos que se le formulan al juez por haber exteriorizado, antes de proferir la correspondiente resolución, su decisión de sancionar al abogado cuyo comportamiento estimó irrespetuoso, y por haber después anticipado su actitud adversa a la reposición, no obstante que el recurso no había sido aún resuelto.

Aunque en su indagatoria y en los careos a que fue sometido negó siempre el juez este proceder, existen testimonios que confirman lo contrario, como los de Gerardo Olaya Vergara, Oficial Mayor del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga y Jairo Antonio Mora Tejada, abogado en ejercicio (folios 65 vuelto y 77 vuelto del cuaderno del Tribunal).

En estas manifestaciones de prejuzgamiento hacen radicar el denunciante y su apoderado uno de los aspectos del delito de prevaricato que le atribuyen al juez Roldán Saledo, pues las interpretan como expresión inequívoca de la voluntad de proferir un acto contrario a la ley, por animadversión hacia el doctor Mena.

Las declaraciones de los testigos a que se acaba de aludir permiten afirmar ciertamente que el juez hizo comentarios inicialmente en cuanto a la sanción que iba a imponer y después en cuanto a la forma negativa como resolvería la reposición interpuesta. Pero de ellas no se deduce la determinación de sancionar sin derecho para ello, o de no reponer la decisión no obstante existir motivo para variarlo. Lo que trasciende más bien de esos testimonios es el convencimiento del funcionario de que se estaba frente a un comportamiento que tenía que ser castigado de acuerdo con la ley y que él, como juez ofendido lo haría; y de otro lado, que era tan clara la situación y tan indiscutible la base legal de la decisión, que no habría de existir motivo valedero que hiciese obligatoria su modificación.

Así lo entendió también el Tribunal Superior de Buga, pues dijo en su providencia:

"Esas manifestaciones resultan graves si se toman únicamente las frases referentes a la in-

tención de no modificar la decisión de sancionar al doctor Alvaro Mena Delgado, tal como expresa el doctor Jairo Mora Tejada cuando hace alusión a que el juez Roldán Salcedo le dijo que no repondría 'ni por el putas'; o el doctor Héctor Santa Castrillón cuando declara haber escuchado del funcionario que no pensaba reponer; o el señor Gerardo Olaya V., cuando le atribuye la manifestación 'que él sí se iba hacer respetar porque él si lo metía a la cárcel'. Pero si todas esas expresiones del juez las relacionamos con el resto del contenido de esos testimonios, bien se nota, que ante todas esas personas, no admitió la carencia de fundamento para sancionar, por el contrario, explicaba que su firmeza no cedería en presencia de la alta estimación social o calidad de persona importante conseguida por el doctor Alvaro Mena Delgado en la sociedad en la cual actuaba, pues no otra interpretación parecen tener los vocablos 'vaca sagrada' utilizados por el juez" (folio 239 del cuaderno del Tribunal).

No habiendo procedido el juez con la clara conciencia de la ilegalidad e injusticia de la decisión que iba a tomar, presupuesto indispensable, como se dijo, para la configuración del delito de prevaricato, también estas manifestaciones previas quedan desprovistas del elemento subjetivo del tipo.

Empero, como las decisiones que se toman en ejercicio de la delicada misión de administrar justicia sólo pueden darse a conocer por intermedio del mecanismo de la notificación una vez proferidas, y como uno de los atributos propios del juez debe ser su discreción y reserva, pues lo contrario arroja sospechas sobre la rectitud e imparcialidad de la justicia, la conducta del doctor Félix Hernán Roldán Salcedo, Juez Segundo Civil Municipal de Buga, debe ser investigada disciplinariamente en orden a establecer si pudo haber incurrido en falta de esta naturaleza. Para ello, procederá de conformidad el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Al no haber incurrido el juez en el delito de prevaricato por ausencia de dolo en su actuación, tampoco cometió el de detención arbitraria, pues no obró con el propósito de privar injustamente de su libertad al doctor Alvaro Mena Delgado, sino en el convencimiento de que le imponía legalmente una sanción, por haber sido irrespetado por él como juez y en razón de sus funciones.

Con el análisis y apreciaciones precedentes, quedan respondidos los planteamientos hechos por las partes en los memoriales de sustentación del recurso que interpusieron contra el auto del Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º Revocar el sobreseimiento de carácter temporal proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en favor del doctor Félix Hernán Roldán Salcedo respecto de los cargos que le fueron formulados en la denuncia presentada por el doctor Alvaro Mena Delgado y que originó el presente proceso. En su lugar, *sobreseerlo definitivamente* en relación con los mismos, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

2º Disponer que el Tribunal Superior de Buga adopte las medidas pertinentes en orden a que la conducta del doctor Félix Hernán Roldán Salcedo sea investigada disciplinariamente, con el fin de establecer la posible falta de esta naturaleza en que haya podido incurrir por estos mismos hechos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

De acuerdo con la parte resolutiva de esta providencia, discrepo de aquella motiva en dos aspectos, así:

1º *Me parece que la falta de respeto a que se refiere el artículo 39 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, ha de estar conectada de alguna manera a una actuación del funcionario público a quien se ofende, ya sea que la esté realizando en el momento de la ofensa, ora que la haya ejecutado en precedencia.*

2º *Dice la providencia que la conciencia de la ilicitud en el prevaricato "la resaltaba el Código anterior con la expresión 'a sabiendas', y el nuevo estatuto con la exigencia de que el acto sea 'manifiestamente' contrario a la ley", discrepo*

de tal interpretación. Considero que la expresión "a sabiendas" enfatiza —innecesariamente— el aspecto cognoscitivo del dolo y apunta, por lo mismo, al conocimiento que se le exige al agente sobre la típica antijuridicidad de su comportamiento; mientras que la palabra "manifiestamente" se predica de la contradictoriedad de la conducta del actor (resolución o dictamen) con la ley y cualifica, entonces, un ingrediente normativo del tipo; no existe, pues, equivalencia alguna entre tales expresiones; el nuevo Código eliminó simplemente —y con razón— la reiteración del conocimiento de la ilicitud propia del prevaricato y cualificó la ilegalidad de la resolución o del dictamen emitidos por el funcionario (actor) con un adverbio modal que apunta a un mayor grado de contradictoriedad de aquélla con la ley, a la que debe acomodarse toda decisión judicial o administrativa.

Fecha ut supra.

Alfonso Reyes Echandía.

RECURSO DE CASACION

Técnica en la presentación de la demanda

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 52 de 26 de mayo de 1981.

Bogotá, D. E., mayo 26 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia de 17 de marzo de 1980 por la cual el Tribunal Superior de Aduanas condenó, a la pena principal de treinta (30) meses de presidio, al médico Amadeo Alarcón Piedrahíta como autor responsable de los delitos de contrabando impropio, hoy de segundo grado, falsedad por uso de sellos, documentos públicos y cédula de ciudadanía.

Los hechos

Se resumen de la siguiente manera: el 5 de diciembre de 1975, Agentes del Grupo de Automotores de la Policía Judicial de Antioquia decomisaron como de contrabando el vehículo "Ford Custom Calaxia 500, modelo 1974, tipo coupé, color azul, serie número OE55H149734, con placas LX-1371 de Envigado". En concepto de los técnicos es de los que se ensamblan en Venezuela. Tal decomiso se realizó en la carrera 70 con calle de San Juan en la ciudad de Medellín en poder del mecánico Roberto Atehortúa Cardona que efectuaba en él algunas reparaciones por encargo, como en épocas anteriores, de Amadeo Alarcón Piedrahíta. La documentación con que se pretendía amparar el vehículo resultó falsa.

La actuación procesal

Abrió la investigación el Juzgado de Instrucción Penal Aduanera de Medellín. Alarcón Piedrahíta fue indagado y Fabio Betancur García, implicado en la averiguación, fue emplazado.

El asunto correspondió al Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín y con fecha del 12 de febrero de 1979 el Fiscal correspondiente presentó acusación en contra de Alarcón Piedrahíta "por la comisión de los delitos de contrabando impropio que contempla y sanciona el Capítulo 1, Título II del Estatuto Penal Aduanero y falsedad en documentos, reglado en el Capítulo III, Título VI, Libro II del Código Penal". Para Betancur García solicitó se diera aplicación al artículo 53 del Decreto 955 de 1970. Acorde con dicho concepto se produjo el enjuiciamiento de Alarcón Piedrahíta, se dispuso el archivo del caso en relación con Betancur García y se ordenó la expedición de copias para que se investigara la conducta de los empleados de la Oficina de Tránsito Municipal de Envigado que intervinieron en las operaciones de matrícula del vehículo decomisado.

Con la enmienda consistente en aclarar que el contrabando impropio se denomina "de segundo grado" en la Ley 21 de 1977 y agregar que se trata de delitos conexos en concurso material de infracciones el Tribunal Superior de Aduanas confirmó el auto de enjuiciamiento. La audiencia pública se realizó el 22 de octubre de 1979 y en ella el Fiscal solicitó condena de acuerdo con los cargos formulados y el defensor absolución total. La sentencia de primera instancia se produjo el 22 de noviembre siguiente y en ella se condenó al procesado Alarcón Piedrahíta a la pena principal de cuarenta (40) meses de presidio. El 17 de marzo de 1980, en la sentencia que ahora es objeto de recurso extraordinario, el Tribunal Superior de Aduanas confirmó la de primera ins-

tancia y redujo la pena a treinta (30) meses de presidio.

La demanda

En un primer cargo dice el demandante que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial por errores de hecho. Existe, según dice, aplicación indebida del artículo 6º de la Ley 21 de 1977, porque se dio por demostrada la posesión y propiedad del vehículo decomisado en cabeza de su poderdante con base en:

"a) La tarjeta de propiedad obrante a folio 3 del cuaderno principal;

"b) Las declaraciones del señor Roberto de Jesús Atehortúa, folios 2, 24 y 25, 48 y 49 del cuaderno principal, y

"c) Las declaraciones del señor Pedro Arango, folios 77 y 779, 324 a 325, cuaderno principal", cuando quiera que de tales piezas no puede extraerse dicha conclusión. De tal manera, dice, se confirió valor a un hecho material y jurídicamente inexistente. Critica dicha prueba para sacar conclusiones distintas a las que extrajo el juzgador y afirma que la posesión se demuestra no con la inscripción del bien sino con la realización "de una serie de actos por parte del sujeto poseedor en relación con la cosa poseída".

En un segundo cargo dice el censor que la sentencia violó indirectamente también la ley sustancial, por errores de hecho consistentes en una equivocada estimación y valoración del examen grafológico que obra de autos, del testimonio de Pedro Arango y de la confesión del procesado Fabio Betancur García. Todos estos errores llevaron al juzgador a encontrar la prueba plena y completa para condenar que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, con violación del artículo 6º de la Ley 21 de 1977 y de los artículos 225, 234 y 244 del Código Penal de 1936.

Solicita se case totalmente la sentencia impugnada y se absuelva al procesado.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia objeto de la impugnación, por varios motivos. En primer lugar, dice, olvidó el censor exponer las bases de la sentencia atacada y enunciar la causal que invoca; en segundo lugar, tampoco indicó, en ninguno de los cargos, la norma o normas de la ley de pruebas supuestamente infringidas o, lo que es lo mismo, que la violación media no fue demostrada y, por tanto, la proposición jurídica quedó incompleta; tampoco acusó todas las pruebas que conforman la situación jurídica que trata de discutir, a saber: la compra o posesión del vehículo y la responsabilidad del procesado; no demostró tampoco la infracción de la norma fin y, en definitiva, solamente repitió todas las alegaciones que había presentado en las instancias para pretender así, en sede de casación, una tercera revisión del asunto "sin ajustarse a la técnica propia del recurso".

Las consideraciones de la Sala

El censor no cita la ubicación numérica de la causal que agita en uno y otro cargos. El Ministerio Público destaca tal deficiencia como una, la primera, de las varias razones que consigna en su concepto para solicitar que no se case la sentencia impugnada.

Basta, sin embargo, revisar el libelo criticado para saber que allí se dice, con claridad suficiente, que se ataca el fallo por considerar que viola de manera indirecta la ley sustancial, por aplicación indebida, mediante la incursión en errores de hecho por parte del juzgador. Una formulación como ésta, en donde se indican el motivo y el sentido del recurso extraordinario y los vicios del pronunciamiento, se adapta perfectamente a la previsión del cuerpo segundo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y satisface la exigencia del artículo 576 del mismo estatuto en la parte que dice, para la demanda, "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo".

En consecuencia, *el sólo hecho de omitir el señalamiento de la causal que se invoca por su nomenclatura en el ordenamiento procedimental no es motivo para desestimar el recurso si existe precisión en la enunciación del cargo y éste puede, sin necesidad de forzar las cosas ni enmendar la demanda, ubicarse en la disposición correspondiente.*

Por lo demás, cabe apuntar que de las varias formas que puede asumir el error de hecho escoge la censura, según parece, la que se refiere al falseamiento o distorsión del sentido de la prueba en que funda su convicción el juzgador, hasta el punto de que se puede afirmar que su interpretación equivale a la suposición o supresión de la prueba misma. No demuestra ni el primero ni el segundo de los cargos que al amparo de la misma causal y en forma casi idéntica formula.

Por otra parte no afirma siquiera que los errores de hecho que halla aparecen de manifiesto en los autos o, lo que viene a ser lo mismo, que son ostensibles y determinantes de la condena.

Todo se resuelve, por tanto, en la oposición del criterio que para evaluar las pruebas testimoniales, periciales e indiciarias utiliza el demandante al criterio del juzgador, sin demostrar que el suyo es acertado y erróneo el otro. Y en negarle a una inscripción, la del vehículo de contrabando, el valor de probar la posesión y propiedad del bien cuando el documento dicho es prueba atendible que combinada con otras de distinta naturaleza permiten llegar a la conclusión a que arribó el sentenciador. Igual acontece con la peritación grafológica oficial a la cual contrapone el concepto de un perito privado sin demostrar las excelencias que a este último atribuye ni las deficiencias que del primero pregona.

Agréguese a lo dicho que acierta el Ministerio Público cuando observa que la demanda no dice por parte alguna cuáles fueron las normas rectoras de las pruebas que se suponen desconocidas o infringidas y se verá que resulta cierto que se pretende una nueva revisión del proceso por la vía del recurso extraordinario cuando las cuestiones propuestas ahora se adujeron en las instancias y se resolvieron en ellas. Así las cosas, el recurso no prospera.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

La sola preeminencia social de los sindicados no es motivo suficiente para el cambio de radicación. Es necesario que ella influya en la recta administración de justicia

---

CAMBIO DE RADICACION

Las informaciones periodísticas afectan el ambiente social de un lugar, cuando en forma más o menos constante ejercen presión sobre los funcionarios con el fin de inclinar sus decisiones en un determinado sentido

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 052.

Bogotá, D. E., mayo 26 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, para concepto, la solicitud que ha formulado al Gobierno Nacional el doctor Ricardo Villa Salcedo para que se cambie de radicación el proceso que adelanta el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta, por falsedad en documentos, contra el doctor Alfonso Ibarra Arregocés, su poderdante.

El memorialista, para apoyar su solicitud, considera que los sindicados, "sin excepción, son empleados públicos o políticos del orden municipal" y que los medios de comunicación, "a iniciativa del gremio periodístico o de sus propietarios, han desatado una campaña abierta y pública en relación con el proceso, convirtiéndola en el centro de la atención ciudadana y política de la municipalidad", lo que le lleva a concluir que "los funcionarios judiciales se encuentran directa o indirectamente presionados en la toma de su decisiones".

Dice el memorialista, en efecto, en apoyo de su solicitud:

"... Basta señor Ministro, honorables miembros de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reflejar en nuestra mente un proceso penal adelantado en una capital como Santa Marta en el cual se haya implicado un concejal electo y político aguerrido como lo es el doctor Alfonso Ibarra A. liberal del sector de Edgardo Vives y Francisco Fuentes, el Tesorero del Municipio, doctor Aurelio Fernández Nieves, conservador del sector del senador Hugo Escobar Sierra, cargo de elección democrática y política al interior del honorable Concejo Municipal, el Concejo por el liberalismo del sector orientado por el senador José Ignacio Díaz Granados Alzamora Orlando Rodríguez Nieto, el pagador del municipio, cargo de importancia municipal en lo económico y en lo político, Julio César Ceballos Molina, el ex Magistrado del honorable Tribunal Superior de Santa Marta, doctor Hernando Robles Posada, y el reconocido teniente político, del sector político orientado por el joven liberal, doctor Félix Vega Pérez, Jhony Alberto de Castro. Este enunciado de por sí, causa curiosidad judicial política y periodística al conglomerado de esta ciudad menor de doscientos mil habitantes, mucho más cuando al denunciante, por iniciativa propia, sin presentar los intereses privados de absolutamente nadie, acude como caso excepcional al juzgado de instrucción en reparto, se juramenta simultáneamente con otro denunciante en el mismo caso y logra que se acumulen por arte de magia dichas denuncias para reposar finalmente en el Juzgado Cuarto

de Instrucción, donde se produjo el auto de detención colectivo que fue revocado y criticado parcialmente por el honorable Tribunal Superior de Santa Marta. Todo esto precedido de los conocidos reportajes de prensa y radio del denunciante, ex Concejal actual pero con curul para la época de la denuncia, señor Edilberto Fernández Ochoa, antes de la denuncia, durante los días del furor de la denuncia y posteriormente a la misma, en el transcurso del proceso penal ...".

(Folio 3).

Considerando

1. *El hecho de que todos o algunos de los procesados sean empleados públicos o personas dedicadas a la política en el respectivo municipio no es de suyo razón suficiente para el cambio de radicación del proceso, salvo cuando tal hecho o las circunstancias a que éste da lugar, incide o puede llegar a afectar la libertad de los jueces de modo tan manifiesto que resulte poco probable que en tan adverso ambiente pueda administrarse recta justicia, exenta, por tanto, de apremios y presiones que directa o indirectamente puedan llegar a alterar la serenidad e imparcialidad de los encargados de administrarla en el lugar.*

Sobre este motivo, frecuentemente invocado, de la preeminencia económica o política de los procesados o de las víctimas, o de las influencias de los diversos partidos o grupos a que éstos pertenecen, ha dicho reiteradamente la Corte:

"... en tratándose de las influencias sociales, políticas o económicas de una familia, que son las que generalmente se invocan, deben ser tan sobresalientes y visibles, que hagan temer que la honestidad de los jueces, sometida a ellas, no habrá de salir airosa de la prueba, según acontece de ordinario; porque a la posibilidad de faltar al cumplimiento de sus deberes debe oponerse la presunción de rectitud que ampara con mayor eficacia a los administradores de justicia, por las funciones de su ministerio, que al común de los ciudadanos ...".

"... La sola preeminencia social, demostrado que existe, pero no en forma dinámica de influencia sobre los administradores de justicia, no puede autorizar un cambio de radicación ...".

(Concepto, 27 de septiembre de 1946, LXI, 201).

"... ... ...

inclinar sus decisiones en un determinado sentido o para criticarlas y atacarlas cuando han sido proferidas en uno diferente, creando de tal modo una situación de zozobra inconveniente para la aplicación de la justicia.

No tienen tal carácter, por supuesto, las breves informaciones periodísticas, contenidas en páginas interiores, sin despliegue tipográfico, que fueron publicadas en el diario El Espectador de Bogotá, que el memorialista acompaña a su petición.

Ni por su restringida circulación, tampoco, los comunicados, proposiciones, declaraciones y otras manifestaciones personales o de grupo, expedidos por los amigos de alguno o de algunos de los procesados para exaltar los servicios prestados por éstos a la comunidad, o su limpia trayectoria anterior o para expresar la esperanza de que "se haga claridad y la verdad resplandezca en toda su plenitud", como lo hace el Concejo Municipal de Santa Marta en la Proposición número 102 de 1º de noviembre del año pasado y no duda la Corte que ha de suceder en el asunto sometido al prudente análisis de los funcionarios judiciales de aquella ciudad.

Situación análoga, a la aquí contemplada, fue resuelta por la Sala en providencia de 21 del mes en curso, en la cual se dijo:

"... Tanto las publicaciones periodísticas que se aportan en recortes (...) como las declaraciones y certificaciones ya aludidas y los debates del Concejo Municipal, revelan solamente que el problema relacionado con posibles malos manejos atribuibles a empleados de la Empresa de Servicios Varios de Cali ha sido explotado con claros propósitos electorales por los adversarios políticos de otra fracción regional de la misma naturaleza ...".

"... Esta situación parece inevitable dentro del libre juego democrático. Nadie puede impedir que el Concejo Municipal se ocupe del tema si éste atañe a la administración local; tampoco que los periodistas, con objetividad o sin ella, escriban comentarios sobre el particular; y menos aún, si bien se miran las cosas, que los políticos traten de usufructuar a su favor una situación conflictiva cuyas causas se atribuyen a las acciones de una bandería contraria. Esas situaciones inevitables cobrarían importancia si se demostrara que influyen, de mala manera, en la correcta administración de justicia. Pero no es esa la verdad en el caso de autos ...".

Las anteriores breves consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, RINDA CONCEPTO DESFAVORABLE sobre el cambio de radicación solicitado.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE REPOSICION

Su finalidad es buscar que el juzgador corrija sus propios errores. No es procedente cuando el recurrente pretende corregir los errores en que él incurrió

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 53.

Bogotá, D. E., junio 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

El defensor del procesado pide reposición de la providencia del 11 de mayo pasado en virtud de la cual se resolvió solicitud de pruebas.

Resultandos

Pretende el memorialista que la Sala disponga la práctica de algunas pruebas que fueron negadas en el auto recurrido, así:

1. Testimonio de Gustavo Cotes, Secretario General de la Gobernación y quien en tal calidad firmó la resolución en que el procesado dispuso la devolución de la mercancía decomisada a la señora de Pitre.

2. Ampliación de los testimonios de Olga Uhía de Pitre y Lucila de Pimiento, negadas porque no se indicó cuál era el objeto de tales diligencias. Señala ahora el recurrente que la señora de Pitre debe ser llamada para que reconozca la factura original de la mercancía decomisada que se adjuntó al expediente y para que amplíe las circunstancias en que tal decomiso se produjo, y la señora de Pimiento para que, en su condición de almacenista precise lo relacionado con la estampillada de whisky y cigarrillos decomisados y con la orden de entrega de los mismos.

3. Solicitud al Presidente de la Cámara de Representantes y al Jefe de Publicaciones de la misma para que envíen los Anales del Congreso del 9 de agosto de 1980 y la versión magnetofónica de la intervención de varios parlamentarios, petición que fue negada porque no se indicó su finalidad y relación con la materia del proceso. Ahora corrige esta omisión indicando que los Anales del Congreso y las grabaciones contienen debate parlamentario en que se acusó al Gobernador de los hechos que dieron origen a esta investigación con exhibición de la factura de la señora de Pitre, con lo que pretende demostrar el origen político de la acusación.

4. Solicitud de la Procuraduría Regional de Valledupar para que envíe copia del memorial suscrito por la señora de Pitre en el que da cuenta de atropellos de que fue víctima por unidades del F-2 de la Policía Nacional, petición denegada por impertinente. El memorialista dice que la prueba es necesaria porque demuestra los atropellos de que fue víctima esta señora y que culminaron con el decomiso de vehículo y mercancía que dio inicio a este proceso.

5. Que se reconozcan como prueba los documentos aportados a su solicitud original y sobre los cuales la Sala no se pronunció.

6. Que se decrete la ampliación de la indagatoria del sindicado luego de practicadas las pruebas procedentemente solicitadas si a ello hubiere lugar, y

7. Que se le den poderes al Magistrado comisionado "para que practique aquellas pruebas que surjan de las anteriores y que guarden directa o indirectamente relación con los hechos que son materia del debate probatorio".

Considerandos

El recurso de reposición ha sido legalmente creado para que se revoque, reforme, adicione o aclare una providencia que, a juicio del recurren-

te, debe ser modificada en cualquiera de estos sentidos para corregir errores materiales o conceptuales cometidos por el juez al emitirla. Por manera que si la determinación del juzgador fue ajustada a derecho y el recurrente pretende simplemente corregir el error en que él mismo incurrió al hacer un pedimento o suprimir una omisión que ahora reconoce, el mecanismo de la reposición es impertinente porque con ella se pretende que el juez revise su providencia frente a los elementos de juicio que la sirvieron para proferirla, pero no es instrumento procesal para tomar nuevas determinaciones frente a nuevas situaciones que le plantea el recurrente.

Tal es lo que ocurre en el presente caso con las peticiones de la defensa consignadas en los numerales 2º, 3º y 7º, de los resultandos de esta providencia, las dos primeras denegadas porque el peticionario no señaló su finalidad y conducencia, requisitos perentoriamente exigidos por los artículos 221 y 501 del Código de Procedimiento Penal, y la última que se presenta ex novo y que, además, es impertinente porque en el plenario solamente se practican aquellas pruebas que concretamente hayan sido decretadas por el juez en su oportunidad como lo dispone el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente se negará la reposición respecto de tales puntos.

En cuanto a los demás, tiénese lo siguiente:

a) La no inclusión del nombre del señor Gustavo Cotes para que se le recibiera declaración jurada, fue omisión que habrá de corregirse;

b) La Sala sigue considerando impertinente la solicitud de copia del memorial de queja presentado por la señora de Pitre al Procurador Regional de Valledupar porque se refiere a hecho que ninguna relación tiene con el que es materia de este proceso;

c) Los documentos adjuntados por el memorialista a su original solicitud de pruebas serán tenidos como tales y examinados y valorados en su oportunidad;

d) Como ya se indicó en el auto recurrido, el procesado tiene derecho de solicitar ampliación de su indagatoria cuando lo considere necesario; lo que no es pertinente es decretarla de manera condicional.

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

Resuelve:

1. REPONER el auto recurrido para que el señor Magistrado comisionado reciba también declaración jurada al señor Gustavo Cotes sobre lo que le conste en relación con los hechos aquí investigados, y para que se tengan como pruebas los documentos aportados por el recurrente con su demanda original de pruebas.

2. Mantener la providencia recurrida en sus demás determinaciones.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL — DERECHO DE DEFENSA

Omitir la práctica de pruebas es causal de nulidad por quebrantamiento del derecho de defensa, únicamente en el evento de que ellas sean esenciales para modificar la situación jurídica del procesado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 53.

Bogotá, D. E., junio 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Mediante providencia del 26 de febrero de 1980, el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la sentencia condenatoria del Juzgado Sexto Superior que impuso a Diego Enrique Posada Ruiz pena principal de tres años de presidio como autor del delito de circulación de moneda falsa. De tal decisión recurrió en casación al defensor del condenado.

Hechos

En las horas de la noche del 10 de diciembre de 1978 Diego Enrique Posada entregó a su amigo Carlos Fernando Aguillón en la población de Villeta un billete de doscientos pesos para la compra de un paquete de cigarrillos; inmediatamente después de efectuada la transacción, la vendedora se percató de la falsedad del billete y con la colaboración de la policía se logró poco después la captura de ambos sujetos; al ser requisados, le fueron encontrados a Posada Ruiz diez billetes falsos de doscientos pesos.

Actuación procesal

Iniciada la correspondiente investigación por el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal se emitió auto de detención preventiva contra los sindicados; más tarde, ya perfeccionado el sumario, el Juzgado Sexto Superior de Bogotá llamó a juicio por delito de circulación de moneda falsa a Posada Ruiz y sobreseyó definitivamente a su compañero Aguillón. Culminado el plenario, se dictó sentencia condenatoria al enjuiciado, determinación ésta que fue confirmada por el Tribunal, como ya se indicó.

Demanda de casación

Dos cargos se le hacen a la sentencia impugnada, así:

a) Es subsumible en la causal 4ª de casación por haberse dictado en proceso viciado de nulidad; trátase de nulidad de rango supralegal por violación de las formas propias del juicio y concretamente por "la falta de práctica de las pruebas favorables al acusado pedidas por el Fiscal del juzgado de conocimiento y su defensor". Tales pruebas fueron: ampliación del dictamen pericial realizado sobre los billetes decomisados para que los peritos dijesen si "es factible su circulación dentro de personas común y corrientes"; comprobación sobre la autoría de un papel escrito entregado al sindicado Aguillón en la cárcel cuando salía a rendir indagatoria para que respondiese de cierta manera algunas preguntas y atribuido a su compañero Posada; declaraciones de Angela Hernández y su hijo Jorge Simmos, quienes habrían presenciado el momento en que Posada se encontró el paquete con los billetes falsos, lo que respaldaría su versión.

Considera el recurrente que la omisión, del juzgado en la práctica de estas pruebas, con violación del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, vulneró el derecho de defensa de su patrocinado porque ellas tenían fuerza suficiente para demostrar su inocencia;

b) Acusa la sentencia "de ser indirectamente violatoria de la ley sustancial, a raíz de errores de derecho en que incurrió el Tribunal *ad quem* al dictarla".

Para fundamentar este cargo señala que los indicios tenidos en cuenta por el Tribunal como fuente de la responsabilidad deducida a Posada, no tienen realmente tal carácter porque no se acomodan a lo que para esta clase de prueba exigen los artículos 216, 217, 229, 230 y 234 del Código de Procedimiento Penal, falta entre los varios hechos aportados al proceso la necesaria relación causal que permita hablar de indicio necesario, y los que aparecen como pluralidad de hechos indicadores no son más que momentos de uno sólo, sin fuerza de convicción que permita conclusión de responsabilidad penal.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se muestra adverso a las pretensiones del recurrente.

Respecto de la causal cuarta observa, en esencia, que las pruebas solicitadas por fiscal y defensor y no practicadas por el juzgado no eran esenciales porque en nada habrían modificado la situación jurídica del procesado; y en cuanto a la causal primera, asevera que no aparece que en la sentencia recurrida hubiese incurrido el Tribunal en aquel "error ostensible y manifiesto de derecho" que exige tal causal para casar el fallo; encuentra que los hechos indiciales fueron examinados por el juzgador en forma lógica, que no hubo un solo indicio sino pluralidad de ellos y que en el fondo pretende el recurrente oponer su criterio personal al del fallador.

Considerando

1. *Causal cuarta. Es cierto, como lo recuerda el demandante, que una de las formas de vulnerar el derecho de defensa del procesado es omitir la práctica de pruebas esenciales para demostrar su inocencia; lo que significa que esta forma de nulidad supralegal no emerge cada vez que el juzgador decide abstenerse de decretar la realización de cualquier diligencia solicitada por las partes, sino cuando la prueba o pruebas omitidas sean por tal modo trascendentales que su registro procesal habría decidido sobre el sentido y alcance del juicio de responsabilidad; por manera que si la prueba negada o simplemente no realizada era impertinente o no habría tenido la virtud de modificar la situación jurídica del procesado en punto a su responsabilidad, tal hecho no tiene el poder de engendrar nulidad constitucional.*

En el presente caso, como bien lo advierte el Ministerio Público, ninguna de las pruebas solicitadas podía ser considerada como fundamental para el esclarecimiento de los hechos investigados y para la consiguiente responsabilidad del encausado; veámoslo:

a) La petición fiscal de ampliación del dictamen versaba sobre un punto meramente apreciativo y/o genérico, ajeno a la intrínseca y demostrada falsificación de los billetes examinados, que el juzgador estaba en condiciones de dilucidar con el simple examen de aquéllos (la falsificación es notablemente burda), y de las condiciones personales del procesado, como en efecto lo hizo;

b) En cuanto al papel que Aguillón tenía al salir de la cárcel, parece cierto que le fue entregado por Posada, según afirmación de un guardián (folio 85, cuaderno de copias), y además, no contiene información alguna sobre el hecho clave de la circulación de los billetes falsos, como que se limita a indicarle que afirme haber tomado "una cerveza no más" y que él pensaba "comprar una gallina";

c) Finalmente, las declaraciones de Angela Hernández y de su hijo, solicitadas por la defensa, solamente habrían servido —como el propio abogado lo anticipó— en caso de que el juzgador las hubiese acertado como veraces; para demostrar que Posada encontró el dinero en la calle, no para tener como cierto que no fue él quien lo dio parcialmente a la circulación, y menos aún, para concluir que no se enteró de su falsedad, sobre todo si se tiene en cuenta que entre el momento del supuesto hallazgo (poco más de las seis y media de la tarde) y el de la entrega de uno de los billetes para adquirir cigarrillos (hacia las nueve y media de la noche) medió un lapso de varias horas, durante el cual el procesado tuvo oportunidad de examinar tal dinero.

No es posible aseverar, entonces, que el derecho de defensa del procesado fue conculcado y, por lo mismo, que se hubiese incurrido en nulidad supralegal. El cargo no prospera.

2. *Causal primera. Llámase indicio un hecho del cual se infiere o deduce lógicamente la existencia de otro; aquél suele llamarse* indicador *y éste* indicado; *con fundamento en el primero —que ha de estar demostrado en el proceso— el juez emite un juicio de inferencia lógica que lo lleva a concluir la existencia del segundo. Este mecanismo probatorio le permite al fallador ob-*

tener certidumbre en situaciones en que no puede lograrla por las vías confesional, documental, testimonial o pericial; su característica esencial es la de que la certeza que mediante él se logra descansa en la capacidad del juzgador para razonar y en su habilidad para utilizar correctamente los datos evidenciales que le ofrece el proceso.

Reconoce el sentenciador que la prueba sobre la que asienta la responsabilidad del procesado es de carácter indicial múltiple y como hechos indicadores anota los siguientes:

a) No es creíble la afirmación del encausado de que se encontró el dinero falso en la calle, porque no es lógico que se falsifique dinero para luego abandonarlo;

b) El procesado escogió un sitio débilmente iluminado para comprar cigarrillos con un billete falso, para facilitar su circulación;

c) Aguillón y Posada dieron versiones distintas respecto de lo que éste iba a hacer en el momento en que dijo haber hallado el paquete con el dinero (comprar una gallina y visitar a una amiga);

d) Posada envió un papel a Aguillón para lograr versión única en relación con el punto precedente;

e) Posada tenía billetes auténticos de baja denominación con los que habría podido comprar los cigarrillos, y en cambio, le entregó a su amigo uno de los billetes falsos para que los adquiriera, y

f) Posada ejercía la profesión de agente vendedor y esto le permitía percatarse de que los billetes eran falsos; por eso no resulta creíble su afirmación de que los consideró legítimos.

Si bien no todos los hechos indicadores relacionados en precedencia lo son en realidad o están procesalmente demostrados (ordinales a y b) y dos de ellos parecen ser uno solo (ordinales c y d), lo evidente es que hay otros que son ciertos y que apuntan en una misma dirección (hecho indicado). En efecto, Aguillón recibió un papel de Posada y, aunque su contenido mismo no es trascendental, buscaba con ello uniformar versiones y por esta vía lograr plena credibilidad respecto de un punto fundamental: su ignorancia de la falsedad de los billetes que tenía en su poder. Posada tenía dinero legítimo en billetes de diez, veinte y cien, según lo admite en la indagatoria (folio 17 vuelto) y a pesar de ello, entregó a su compañero un billete falso de doscientos pesos para comprar un paquete de cigarrillos, cuyo valor no excedía de treinta pesos; de tal hecho es lógico inferir —como lo hizo el Tribunal— que actuó así para poner en circulación el dinero falso. También indica el procesado que trabajaba como agente vendedor, hecho que corrobora su patrón (folios 17 vuelto y 90); ahora bien, si se considera que en esta actividad la persona se familiariza con el manejo de dinero, que ordinariamente está atenta al examen del que recibe como pago de las transacciones afectadas, que basta mirar los billetes que se le decomisaron para darse cuenta de su burda falsificación (folios 10 y 11); y que los mantuvo en su poder, a lo menos durante varias horas, síguese que es igualmente lógico deducir que Posada hubo de enterarse de dicha falsedad. Trátase, pues, no de un solo indicio sino de una pluralidad de ellos, sobre los cuales razonadamente el Tribunal construyó el juicio de responsabilidad contra el enjuiciado.

No aparece, entonces, que el fallador hubiese incurrido en error de derecho al apreciar la prueba acumulada en el proceso, como lo reclama el memorialista; consecuencialmente, no prospera tampoco este cargo.

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:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, José María Velasco Guerrero (Conjuez), *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

La práctica de careos en el proceso es facultativa. Al prescindirse de ellos no se incurre en informalidad. El abogado defensor cuenta con amplias facultades para concretar la labor de defensa

---

NULIDAD POR ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

Cuando la nulidad invocada proviene de error de derecho en la apreciación de las pruebas, o de error de hecho manifiesto, la alegación debe hacerse bajo el ámbito de la causal cuarta de casación

---

VEREDICCION MULTIPLE

La contradicción debe buscarse en los propios términos del veredicto. Por excepción puede admitirse entre dos respuestas del jurado. Existiendo coautoría en la comisión de un hecho punible, bien puede el jurado afirmar responsabilidad para un coautor, y negarla para el otro, sin incurrir en contradicción

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26085.

Aprobado: Acta número 53.

Bogotá, D. E., junio 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Corresponde decidir el recurso de casación propuesto por el procesado Luis Alfonso Suárez Manjarrés o Gustavo Pérez Montoya, contra la sentencia de 19 de febrero de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín, al resolver consulta de la proferida por el Juzgado Doce Superior de ese Distrito, lo condenó a la pena principal de dieciséis (16) años y ocho (8) meses de presidio, más accesorias de rigor, como responsable de homicidio preterintencional y robo agravado, mientras fueron absueltos Javier Pasos Velásquez y Leonel Navas Mejía, que con aquél habían sido radicados en juicio como coautores de los hechos.

Hechos y actuación procesal

El primero de octubre de 1974, en las horas de la tarde, cuando Marco Tulio Alvarez, mecánico de Talleres Industrial Apolo de la ciudad de Medellín, transitaba por el sector comprendido entre Maturín y Ahejorral de esa misma localidad, fue interceptado por tres hombres y mientras uno de éstos lo sujetó por el cuello, otro le dio de puñaladas y el tercero lo despojó de la chaqueta que llevaba consigo. A consecuencia de las cuchilladas que le fueron propinadas, Alvarez dejó de existir.

La investigación la inicia el Juzgado Cuarenta y Cinco de Instrucción Criminal de Medellín el día 4 del mismo mes, quedando en definitiva el proceso radicado en el Juzgado Doce Superior, quien el 17 de febrero de 1977 decreta la detención precautelar de Luis Alfonso Suárez Manjarrés o Gustavo Pérez Montoya, Leonel Navas Mejía y Javier Pasos Velásquez por homicidio. El Tribunal Superior de Medellín, al conocer de apelación promovida por los incriminados, confirma esa determinación, con la adición de que la conducta de aquéllos también se adecua al tipo del robo.

Clausurada la instrucción, el sumario es calificado con la convocatoria a juicio de los señores Suárez, Pasos y Navas coautores de homicidio y robo. Tal determinación es recurrida en apelación por Pasos, pero el Tribunal, el 25 de noviembre de 1977, le imparte aprobación.

En la causa, adelantada con intervención de defensor de oficio a petición de los procesados, no se practicó prueba que viniera a sumarse a las recogidas en el sumario. Cierto es que Leonel Navas Mejía demandó confrontación con el testigo John Fredy Pineda, pero el juzgado negó esa pretensión al estimarla "inconducente e innecesaria". Igual petición hizo Pasos Velásquez, sin que en relación con ella se hubiera pronunciado el juez, pero se observa que la última notificación del auto de apertura del juicio a prueba lleva fecha de 23 de enero de 1978 y la solicitud en cuestión aparece recibida en el Juzgado el 6 de febrero siguiente, con lo que acusa extemporaneidad.

En la audiencia pública, seis cuestionarios fueron presentados al jurado: dos por cada uno de los tres procesados, por ser dos los delitos investigados. Pero al paso que el *jurí* negó la responsabilidad de los encartados Javier Pasos Velásquez y Leonel Navas Mejía en los ilícitos de homicidio y robo, la afirmó de Luis Alfonso Suárez Manjarrés, al responder en su caso, respectivamente, "Sí pero sin intención de matar" y "Sí es responsable". El juzgador de instancia acogió la veredicción, por cuyo motivo condenó a Suárez por delitos de homicidio preterintencional y robo en concurso, pues que en lo relativo al primero entendió que a él daba lugar la respuesta del Tribunal popular. Los otros incriminados fueron absueltos. El fallo del juez, que data del 23 de octubre de 1979, al no ser apelado, fue consultado con el Tribunal Superior de Medellín, quien lo confirmó con el suyo impugnado en casación.

La demanda

Acusa la sentencia del Tribunal con invocación, en su orden, de las causales tercera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Mas, con observancia de la técnica propia del recurso, ellas se estudiarán en orden inverso al propuesto, pues de prosperar el motivo cuarto de casación se hace innecesario el examen de la otra censura.

Causal cuarta. Cargo único. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, porque "se quebrantó la garantía que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues *no se le reconoció al ciudadano Luis Alfonso Suárez Manjarrés el derecho al debido proceso*" (subraya el actor).

Como fundamento la demanda sostiene que en la etapa del juicio el procesado Suárez Manjarrés "no tuvo una adecuada y efectiva defensa", porque se designó un mismo defensor de oficio para tres acusados cuyas posiciones distintas imposibilitaban la unidad de defensa, amén de que la infracción del debido proceso es puesta de manifiesto con la calificación de testigo único dada por el juez a John Freddy Pineda con omisión de referencia al también testigo señor Palacio y porque, con violación de los artículos 219 y 335 del Código de Procedimiento Penal, se abstuvo de practicar pruebas pedidas por el acusado, siendo que conforme al último de tales preceptos correspondía "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado". Agrega que al no pronunciarse el juzgado sobre la confrontación que Suárez pedía con el testigo Pineda, a pesar de 'la necesidad de controvertir la prueba al máximo', atentó contra la debida defensa, como así mismo atentó la conducta adoptada por el defensor, quien 'habría podido interponer recursos contra el auto de proceder; solicitar las pruebas en la oportunidad del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, o bien en la oportunidad prevista en el artículo 502 del mismo ordenamiento' y 'dada su inconformidad con el fallo debería haberlo apelado en lo que respecta a Luis Alfonso Suárez M.' y, sin embargo, no lo hizo, denotando con ello que su actuación procesal 'es la típica de un defensor de oficio, bien intencionado pero ostensiblemente negligente'".

Respuesta del Ministerio Público: El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se deseche la impugnación, porque:

"Si bien el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal establece el deber del funcionario instructor de investigar las circunstancias que comprometen al sindicado como las que le sean favorables, ese deber está estrechamente relacionado con el desarrollo de la investigación y la conducencia de las pruebas que han de practicarse; en el caso concreto resulta que el funcionario no ordenó la práctica del careo solicitado por el procesado Suárez Manjarrés, al parecer por los motivos expuestos en el auto en el cual denegó la solicitud que en el mismo sentido elevara otro de los sindicados, es decir, por considerarlo inconducente e ineficaz para la investigación. Pero de tal actuación judicial no puede deducirse necesariamente que haya conculcado el derecho de defensa, si se tiene en cuenta que la diligencia de careo tiene por objeto aclarar las versiones que entre sindicados y testigos o entre éstos o aquéllos se presentan dudosas por coincidir en algunos aspectos y aparecer dispares en otros, pero en el proceso, ante la acusación formulada por el testigo solamente existe la negativa rotunda del sindicado, lo cual conduce a pensar que la prueba se hace inoficiosa, sin embargo en tal caso correspondería al impugnante demostrar que dicha prueba le era favorable al procesado y su incidencia en el fallo, lo cual no está consignado en la demanda. Además, debe tenerse en cuenta que, como lo ha expresado la honorable Corte, no toda irregularidad u omisión constituye nulidad de orden supralegal. Para llegar a la consecuencia grave de la invalidación de un proceso, el vicio en que se incurre en su desarrollo, debe ser de tal magnitud que afecte los requisitos sustanciales del procedimiento y la diligencia de careo por sus características, es una actuación facultativa del juez, cuya omisión no alcanza a constituir siquiera informalidad.

"Con relación a la negligencia que el demandante atribuye al abogado que actuó como defensor de oficio para reforzar su argumento sobre la ausencia de una defensa adecuada, observa este despacho que, el hecho de no solicitar pruebas no significa por sí mismo negligencia del defensor, quien pudo considerarlo innecesario por tener la oportunidad de rebatir las allegadas al proceso en el curso de la audiencia pública. Sin embargo, en tal caso correspondería al censor, como anteriormente se dijo, señalar cuáles fueron las pruebas omitidas y su influencia en el fallo: es decir, la forma como hubieran cambiado la decisión judicial. Lo mismo podría afirmarse respecto a la no interposición de recursos a lo cual alude con el mismo objeto el demandante, pero teniendo en cuenta además, que en este caso se aprecia con mayor evidencia, la intrascendencia de tal hecho, puesto que, un recurso de apelación contra el auto de proceder o la sentencia no podría pretender cosa distinta a su revisión por parte del superior con el fin de enmendar los posibles agravios inferidos a los interesados. En el presente caso el superior conoció de todas maneras del auto de proceder, por apelación de otro de los procesados, y de la sentencia, en el grado jurisdiccional de consulta, confirmando las decisiones del *a quo*, lo cual deja sin validez el argumento de que tal omisión pudiera afectar el derecho de defensa. Critica el demandante dentro del mismo planteamiento el hecho de que no se hubiera notificado el defensor personalmente de algunas providencias, a lo cual debe decirse que, siendo procedente la notificación por estado, al surtirse, debe entenderse que el defensor se informó oportunamente de las decisiones y por lo tanto estuvo presente en el desarrollo del proceso.

"Especial consideración merece el argumento con el cual concluye el actor la sustentación de este cargo, consistente en que existía entre los procesados intereses opuestos y por lo tanto no podía un solo defensor asumir la representación de los tres inculpados, lo cual, de haber acaecido, hubiera dado lugar a la prosperidad del libelo, pero este despacho no observa una real contrariedad de intereses, pues entre los procesados no se formuló cargo alguno o acusación mutua que pudiera originar unas pretensiones antagónicas y que por lo tanto hiciera incompatible la defensa conjunta. Indudablemente la prueba se insinuaba con mayor contundencia sobre el autor material y principal de los ilícitos, que contra quienes fueron señalados como sus colaboradores, pero esto no alcanza a convertirse en disparidad o enfrentamiento entre sus intereses. El fin de la defensa de obtener el reconocimiento de sus derechos y una situación favorable frente a la acusación, no se advierte que hubiera sufrido menoscabo; por el contrario, el abogado defensor, logró pese a la dificultad natural de su intervención por ser tres los procesados, obtener la absolución de dos de ellos y que la condena de Suárez Manjarrés fuera una modalidad del homicidio que disminuyó considerablemente la pena en relación con la gravedad del hecho que se le imputaba. Resulta además difícil asegurar y demostrar que, de haber sido la actuación del defensor diferente, orientada tal vez en otro sentido, u otra la manera de adelantar su gestión, se hubiera logrado un resultado aún más favorable,

pero es de entenderse que la forma, el estilo propio con el cual el defensor ejerce su función, es cuestión de apreciación muy subjetiva que permite la disparidad de criterios, tanto, que escapa al estudio dentro del trámite del recurso de casación".

Causal tercera. Cargo único. Haberse dictado la sentencia sobre una veredicción contradictoria.

El demandante, después de reproducir el texto de los cuestionarios números 1 y 2 por los que se preguntó al jurado sobre la responsabilidad de Suárez Manjarrés de los delitos de homicidio y robo, respectivamente, y de hacer notar que la redacción de los mismos coincide con la de los números 3, 4, 5 y 6 referentes a los otros procesados, señala que todos "los cuestionarios interrogan sobre la coautoría de tres personas" y agrega:

"En este orden de ideas tenemos que los dos primeros cuestionarios fueron contestados afirmativamente, con la variante de que en el primero de ellos el jurado calificó la respuesta remitiendo a la figura jurídica de preterintención, como así lo entendió el *a quo* y la segunda instancia. Se afirmó, pues, por parte del jurado la existencia de la coautoría.

"Los cuatro restantes cuestionarios fueron contestados negativamente y ello comporta contradicción lógica insalvable. Afirmar en los cuestionarios números 1 y 2 la coautoría de Luis Alfonso Suárez Manjarrés, Javier Pasos y Leonel Navas Mejía y negarla en los restantes, lo rechaza de plano el sentido común; y si con mayor detenimiento se examinan con el rigor del principio de contradicción, vemos flagrantemente su inconsistencia, ya que no se puede ser y no ser a un mismo momento y bajo un mismo respecto ...

"Como la sentencia se apoya en los seis cuestionarios y éstos comportan respuestas irreconciliables por ser contradictorio el veredicto, rompiendo la unidad e integridad de la decisión del jurado, es procedente la causal invocada ...

"En este caso nos encontramos frente a una proposición jurídica completa que involucra todos los cuestionarios como un solo veredicto en la decisión del Tribunal Popular, en virtud de la relación que existe por la coautoría declarada en los dos primeros. Para eliminar la contradicción ha debido el jurado de conciencia negar la coautoría e individualizar la responsabilidad. No es lógico que se declare la coautoría y se absuelva a Javier Pasos Velásquez y Leonel Navas Mejía. Esto sólo se explica por la contradicción del veredicto".

Respuesta del Procurador

En opinión suya "la contradicción es únicamente aparente por la redacción de los cuestionarios en los cuales se incluyó el nombre de los coautores, pero realmente, en el fondo, no existe ninguna contradicción si se tiene en cuenta que la responsabilidad de los autores de un hecho delictuoso es personal, no responden los incriminados solidariamente sino individualmente, por lo tanto, el jurado puede hallar demostrada la responsabilidad de uno de los procesados y no la de otros coautores sin que exista contradicción en la veredicción. Este ha sido el criterio jurisprudencial de la honorable Corte y explica con suficiente lógica por qué se formulan los cuestionarios separadamente para cada procesado". Solicita, por ello, desechar el cargo.

Se considera

I. *Para desestimar el cargo de nulidad supralegal que la demanda endereza contra la sentencia del Tribunal, bastan las apuntaciones de la Procuraduría Delegada que esta Corporación encuentra razonables. La jurisprudencia ha sido reiterada, en cuanto a las garantías que en favor del procesado prescribe el artículo 26 de la Constitución Nacional y de la nulidad derivada del quebranto de las mismas, en el sentido de que éste debe aparecer ostensible en el proceso para que prospere su reclamo. No es esa, empero, la situación de autos. En efecto:*

Que en instancia se hubiera dado valor superior a un testimonio con respecto de otro, no significa infracción del debido proceso, puesto que la doctrina que inspira la normatividad procesal sobre el análisis de la prueba testimonial, está basada en el principio de la crítica. Es cierto que de tiempo atrás esta corporación viene sosteniendo que cuando la nulidad invocada proviene de error de derecho en la apreciación de las pruebas, o de error de hecho manifiesto, la alegación debe hacerse bajo el ámbito de la causal cuarta de casación. Pero en este caso el planteamiento es antitécnico, no sólo porque con referencia a pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador no es dable la alegación de error de derecho sobre la base de su equivocada valoración jurídica, sino porque en los juicios en que interviene el jurado, estos aprecian libremente las pruebas según su íntimo convencimiento, y

al ser proferida la veredicción cesa la controversia sobre aquéllas.

Es verdad que el condenado solicitó en el sumario diligencia de confrontación con el testigo de cargos. Pero que el juez no la hubiese dispuesto, tampoco comporta lesión de la debida defensa a que, en los términos del canon constitucional citado, tiene derecho el procesado, porque oportunidades posteriores tuvo en la causa para que repitiera la petición si acaso la estimaba importante. Que no lo hubiese hecho, ni personalmente ni por conducto del abogado defensor, debe ser entendido como expresión de renuncia a ella, amén de que, como con acierto lo consigna el concepto de Procuraduría, la demanda no indica de qué manera habría cambiado la situación fáctica de haberse practicado el careo, institución procesal ésta que, sería absurdo constituyera un acto procesal obligatorio. De ahí que la Corte haya expuesto que los careos en el proceso son facultativos y que al prescindirse de ellos no se incurre siquiera en informalidad.

Que el abogado defensor no recurra del auto de proceder o solicite pruebas en el juicio y espere el momento de la audiencia pública para concretar la labor de defensa, no es proceder que implique por sí solo el abandono de las obligaciones inherentes al cargo. La Corte al respecto ha venido señalando que la labor de la defensa en las varias etapas del proceso es compleja. Envuelve toda una estrategia y "lo mismo puede realizarse interponiendo recursos que absteniéndose de hacerlo; solicitando pruebas o no haciéndolo; propugnando en el debate público por la presentación de unas tesis o eludiendo el planteamiento de otras. Todo depende, entonces, de cómo haya sido planificada" (Sentencia Casación Penal, 29 de enero de 1981). La defensa fue efectiva, sin embargo, en el proceso, tanto que el Tribunal, al examinar la situación en el fallo de instancia, afirma que "las dudas que la aguerrida defensa sembró en el *juri* sobre la participación de los mismos (los procesados, se aclara), determinó al Tribunal del pueblo por los veredictos así proferidos". Que Suárez Manjarrés no hubiese sido absuelto por el jurado como sus compañeros de proceso no es, entonces, índice de inadecuada o ineficaz defensa, más cuando el jurado, precisamente en atención a las dudas invocadas por el abogado defensor, cualificó su respuesta al cuestionario sobre el homicidio al afirmar la responsabilidad y negar el propósito de matar.

En la audiencia pública, es verdad, el defensor único manifestó que habría sido más aconsejable la designación de un defensor para cada procesado y que "la situación de Luis Alfonso Suárez Manjarrés es muy diferente a la de los otros". Pero en momento alguno aludió a interés contrapuesto y, obviamente, en un mismo proceso, los varios procesados que en él aparezcan pueden tener una situación jurídica diversa, sin que ello apareje conflicto en cuanto a la defensa a que cada uno es merecedor, por ser individual la responsabilidad. La defensa, en este caso, logró del jurado la negativa de la responsabilidad predicada de dos de los incriminados y el reconocimiento para el otro de una figura atenuada de homicidio, sin que constancia alguna del proceso permita advertir que la absolución de dos de los procesados hubiese sido a expensas de la condena del tercero. Luego mal podría sostenerse, como lo pretende la demanda, que hubo infracción del artículo 119 del Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia del artículo 26 de la Constitución Nacional, al permitirse la defensa única de los tres procesados no obstante ser sus intereses contrapuestos, contraposición que, de otra parte, la demanda no demuestra, sino que sólo enuncia.

II. *La censura a la sentencia de haber sido proferida con apoyo en veredicción contradictoria, tampoco procede. El demandante arguye que no podía el jurado predicar la responsabilidad de uno de los sindicados y negar la de los otros, pues que al haberse indicado coautoría en todos los cuestionarios, responder éstos en la forma en que lo hizo lesiona el principio de no contradicción. Olvida el censor que la preceptiva del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, al señalar que cuando son varios los procesados "se propondrán separadamente los cuestionarios respecto de cada uno de ellos", traduce el interés de que los jueces de conciencia se pronuncien por aparte sobre la responsabilidad de cada uno de los procesados, por ser ella individual. De forma que si en instancia se opta por la declaratoria de contraevidencia de alguno de los veredictos, en los que no fueron declarados tales permanece incólume la determinación del Tribunal popular, pues aquélla en sana lógica no podría ser extendida a éstos.*

Por la misma razón, la contradicción en la respuesta del juri debe buscarse, salvo casos excepcionales, en sus propios términos y no con respecto a los de otra dada en el mismo proceso y en relación con procesado diferente. Así pues, que en el asunto sub examine el jurado hubiese dado veredictos distintos eludiendo a procesados enjuiciados por coautoría de robo y homicidio, al afirmar de uno la responsabilidad y negar ésta

en los demás, no es argumento que sirva para evidenciar contradicción, porque ésta habría que estudiarla por separado en cada uno de ellos y eso no lo pretende la demanda. Pero aún mirados en conjunto los seis veredictos dados en el asunto que se examina, no se alcanza a apreciar contradicción entre unos y otros, porque como lo tiene establecido esta Corporación en doctrina que cita la Procuraduría Delegada y que corresponde a sentencia de casación de 3 de junio de 1980:

"... la coautoría, que indudablemente representa un vínculo o ligamen entre dos o más personas para la consumación del delito, puede romperse sin que por ello se perturbe la equidad cuando el jurado con base en las diversas comprobaciones obtenidas en el proceso y luego de escuchar el debate de audiencia emite su veredicto en uno y otro sentido, pues lo que se trata de establecer en el juicio, es precisamente, la responsabilidad o el tanto de ella que corresponda a cada cual cuando son varios los procesados, así se les haya denominado copartícipes, coautores o cómplices en la providencia calificatoria.

"Así se comprende que si el jurado niega la responsabilidad de un procesado llamado a juicio en coautoría y afirma la responsabilidad del presunto coautor no se contradiga. Podría tratarse de un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, uno u otro, pero su declaratoria la dejó la ley a los juzgadores de instancia (artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal) ...".

En consecuencia, los cargos que la demanda hace al fallo de instancia no prosperan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto de la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASA la sentencia de origen y fecha anteritados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FUNCIONARIO COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE LA EXTINCION DE LA PUNIBILIDAD

Interpretación del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Corresponde al juez de primera instancia cuando se está en presencia de una sentencia ejecutoriada. De lo contrario, debe hacerlo quien tenga en ese momento, a su conocimiento el negocio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26288.

Aprobado: Acta número 53.

Bogotá, D. E., junio 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Magistrado auxiliar: doctor *Víctor León Mendoza.*

Vistos

Se dio traslado oficioso al Ministerio Público para concepto sobre aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en el proceso seguido contra Luis Evelio Villada Quintero, quien fue condenado a la pena de trece meses de prisión, con suspensión condicional de la misma, por el delito de corrupción de menores, sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y que llegó a la Corte en razón del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Segundo de la mencionada Corporación.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en lo medular del asunto, conceptúa de la siguiente manera:

"a) Desde el primer momento en que la ofendida dio su versión sobre los hechos manifestó que había sido bautizada en la Iglesia del Calvario (folio 13) y efectivamente la partida aportada fue expedida precisamente por el párroco de aquella iglesia (folio 107), lo que impide siquiera suponer que se trata de una argucia para desviar la correcta aplicación de la ley";

"b) La partida eclesiástica fue registrada el 4 de septiembre de 1961 (folio 107), mientras que la partida notarial se asentó en el mes de octubre de 1972 (folio 55 vuelto). De la simple comparación de estas dos fechas concluyese la mayor credibilidad de la partida eclesiástica, en relación con la edad de la menor Nancy del Socorro, pues la partida de origen notarial se vino a inscribir diez años después de la fecha del nacimiento en ella indicada, mientras que la partida eclesiástica se llevó a los libros parroquiales en el mismo año del nacimiento. Es más, si se diera credibilidad a la partida notarial concluiríase con el absurdo de que la partida eclesiástica se llevó a los libros antes de que Nancy del Socorro hubiera nacido, pues el 4 de septiembre que fue la inscripción de la partida en el libro parroquial, es fecha anterior al día 23 de diciembre de 1962, día en que según el acta notarial ocurrió el nacimiento";

"c) Además el dictamen médico legal (folio 32) afirma que el día en que se practicó el correspondiente experticio, esto es, el 8 de junio de 1978 Nancy del Socorro '... mayor de 16 años y menor de 17', lo cual denota que la edad que esta menor ostentaba entonces está más de acuerdo con la indicada en la partida de origen eclesiástico".

"4º Habida cuenta de que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, en materia penal existe libertad probatoria ya que lo que se pretende en esta rama del derecho es determinar la realidad

de lo ocurrido, existen mayores elementos de convicción que permiten concluir que cuando se realizó el acceso carnal de que tratan estas diligencias (julio de 1975), Nancy del Socorro Villada López tenía más de 14 años".

"Es verdad que dentro de la vigencia del Código Penal de 1936 del acceso carnal sentido sólo tenía significación penal cuando se realizaba con menores de 16 años, sin embargo, a partir de la vigencia del Código Penal de 1980, solamente es delictivo, a título de actos sexuales abusivos, el acceso carnal con personas menores de 14 años. En estas condiciones fuerza es concluir que la conducta que se atribuye al condenado y teniendo en cuenta la edad estipulada en la partida eclesiástica perdió su ilicitud y que, dando aplicación al principio de la ley más favorable consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional tendría que resolverse el caso propuesto con la legislación que entró a regir recientemente".

Agrega el Procurador Primero Delegado que lo conveniente en el caso presente no es la aplicación del 163, ya que debe hacerse pronunciamiento previo sobre la casación y en caso de que la Corte no acepte los planteamientos del recurrente, el proceso vuelva a la instancia para que el juzgado del conocimiento resuelva lo atinente al tránsito de legislación, de conformidad con el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que la providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una ley nueva, una sanción impuesta con leyes anteriores, será dictada de oficio, a petición del reo o del Ministerio Público, por el juez que conoció de la causa.

Consideraciones de la Corte

El procesado Luis Evelio Villada Quintero fue condenado a la pena principal de trece meses de prisión por el delito de corrupción de menores cometido en la persona de Nancy del Socorro Villada López, mujer mayor de catorce años y menor de dieciséis para la época de los hechos, la cual prestó su consentimiento para el concúbito carnal, como lo declara ella misma y lo confiesa el procesado.

Como bien lo afirma el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a partir de la vigencia del Código de 1980 sólo es delictivo, a título de actos sexuales abusivos el acceso carnal con personas menores de catorce años (artículo 303 del Código Penal de 1980).

El artículo 45 de la Ley 153 de 1887 contempla la hipótesis en que la ley posterior le quita explícita o implícitamente el carácter de delito al hecho, como ocurre en el caso presente.

Se trata, en síntesis, de una situación nueva creada por el fenómeno de sucesión de la ley penal en el tiempo, a la luz del cual el hecho que antes era punible y que llegó a ser declarado así en sentencia judicial, ha dejado de serlo, siendo procedente e imperativo, por economía procesal, ponerle fin ahora al proceso mediante la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Se aparta la Corte del criterio expresado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal en el sentido de que es al juez de primera instancia a quien corresponde dictar la providencia que haga cesar la sanción impuesta por disponerlo así el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ello sería correcto si se estuviera en presencia de una sentencia ejecutoriada, mas no en situaciones como la presente en que el proceso se encuentra al conocimiento de la Corte en sede de casación. Es razón que amerita el criterio de la Corte el hecho de que el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 haya dispuesto que "la providencia que hace cesar o rebaja, con arreglo a una nueva ley, la penalidad de los que sufren la condena, será administrativa y no judicial". Lo cual hace presumir que quien ha de decidir la situación creada por la nueva ley debe estar necesariamente frente a un fallo que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

La Corte ha expresado en reciente fallo que "debe resolverse acerca de la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, y ha de hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio" (auto de 12 de mayo de 1981).

Así las cosas, se procederá a declarar que la conducta realizada por el procesado Luis Evelio Villada Quintero y por la cual fue condenado, ha dejado de ser punible conforme al nuevo Código Penal (Decreto 100 de 1980) y, en consecuencia, procede la cesación de todo procedimiento contra el reo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, DECLARA que los hechos investigados en este proceso no son constitutivos de delito y, en consecuencia, ORDENA cesar todo procedimiento seguido en contra de

Luis Evelio Villada Quintero en razón de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Cuando el punto se presta a diversas interpretaciones jurídicas, acoger posición distinta a la del superior jerárquico, no es comportamiento que implique de por sí actividad ilícita. Concurso entre falsedad en títulos valores y estafa

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 55.

Bogotá, D. E., junio 4 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

En virtud de apelación, corresponde a la Corte revisar el auto de 2 de febrero de 1981, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, se abstuvo de abrir sumario contra el doctor Julián Urbina Ospino, Juez Tercero Superior de Barranquilla, respecto de los hechos que le atribuye el denunciante doctor Roberto Chavarro Castro, como presunto autor de un delito de prevaricato.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que el auto inhibitorio recurrido en apelación debe confirmarse, por las razones que se transcribirán más adelante.

Para resolver, se considera:

1. Los hechos cuyo sumario avocó el Juez Tercero Superior de Barranquilla, los relata el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, así:

"Ante el Banco Ganadero, Oficina de Barranquilla, en donde el señor Lorenzo Mejía de Luque era titular de la Cuenta Corriente número 01-06951-7, junto con una hija suya, fue presentada el 20 de agosto una solicitud de chequera con autorización de ser entregada a Jorge Antonio Bravo Castelbondo, aparentemente suscrita por aquél. Expedido así el talonario, en los dos días subsiguientes fueron cobrados dos cheques por valor total de $ 1.625.000,00 girados a favor de Julio A. Cruz y José E. Camargo, sin que los titulares de la cuenta se enteraran, pues las firmas estampadas tanto en la solicitud de chequera como en los títulos-valores no correspondían al señor Mejía, quien sólo vino a percatarse de lo acaecido cuando pretendió retirar algún dinero y fue informado de la insuficiencia de fondos.

"La Policía Judicial adelantó las primeras diligencias y el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de la misma ciudad dictó auto cabeza de proceso el 11 de septiembre, en cumplimiento del cual oyó en indagatoria al Jefe de Cuentas Corrientes del citado Banco, Eduardo Espinosa Merlano, y le resolvió la situación jurídica dejándolo en libertad con presentaciones periódicas. De la misma manera oyó en declaración jurada a otros empleados de la entidad.

"El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Tercero Superior servido por el doctor Julián Urbina Ospino, quien aprehendió la investigación el 24 de octubre y dictó, para resolver peticiones del apoderado de la parte civil formuladas ante el instructor y ante el mismo Despacho, un auto el 27 de octubre en que se abstuvo de ordenar la detención de Eduardo Espinosa Merlano, así como la vinculación al proceso de varios empleados del Banco, algunos de los cuales ya habían sido oídos en declaraciones juramentadas. En esta misma providencia el funcionario hizo una calificación provisoria de los hechos en investigación, en estos términos:

"Quiere el Despacho manifestar que, la investigación es por un posible delito de falsedad en documento privado, falsedad que se hace consistir en la imitación de la firma de Lorenzo Mejía de Luque, en la orden y en los títulos valores,

que conforman los folios ... No está demás resaltar, que la falsedad en documento privado se completa cuando, bien sea el falsario ora una tercera persona, hace uso del documento falsificado, que es cuando la potencialidad del perjuicio, cobra o adquiere realidad, lo que es necesario en esta hipótesis del reato de falsedad. Por manera que en el caso en estudio, no se da la *estafa*.

"El anterior pronunciamiento al ser notificado al representante de la parte civil fue recurrido en apelación y dio lugar a que este profesional denunciara penalmente al juez por considerarlo incurso en el delito de prevaricato. Estimó el denunciante configurada la infracción porque sin ser la oportunidad procesal debida y careciendo de competencia para conocer de delitos contra el patrimonio económico, el Juez Tercero Superior hizo una precalificación sumarial y excluyó en forma contraria a la ley, el delito de estafa. Agregó que el funcionario ignoró que la investigación fue iniciada por los delitos de falsedad y estafa; que las pesquisas agotadas por la Policía Judicial se orientaron a establecer la comisión de estos dos delitos; que la demanda de parte civil fue concebida por los delitos de falsedad y estafa y en estos términos fue admitida, y, finalmente, que la apoderada del único sindicado dentro del proceso, señor Eduardo Espinosa Merlano, en sus escritos y alegaciones se venía refiriendo al delito contra la propiedad' ".

2. El Tribunal, para abstenerse de abrir investigación penal por tales hechos contra el Juez Tercero Superior de Barranquilla se fundamentó en las siguientes consideraciones:

a) Los hechos que motivaron el proceso corresponden específicamente a un presunto delito de "falsedad documental en cheque", de acuerdo con el artículo 233 del Código Penal de 1936;

b) De conformidad con los artículos 34 y 39 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado Tercero Superior tiene competencia para conocer del delito de falsedad en concurso con el de estafa;

c) La calificación que se dé en la denuncia y en el juzgado instructor no obliga al juez del conocimiento, quien legalmente es el que debe hacerlo, naturalmente sujeto a los recursos respectivos en caso de error;

d) No existe jurisprudencia unánime respecto del concurso entre falsedad de cheques y estafa, por lo cual el juez en uso de su soberanía consideró que no se configura, decisión que acertada o no debe respetarse, pudiendo las partes interponer los recursos que consideren pertinentes si no están conformes;

e) El prevaricato, previsto por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, requiere no sólo que la decisión del juez sea contraria a derecho, sino que sea notoriamente injusta para poder inferir el elemento específico "a sabiendas".

3. *Aunque la jurisprudencia nacional se ha inclinado por la tesis del concurso material entre falsedad en títulos-valores y estafa cuando el mismo falsario del documento lo usa fraudulentamente en la obtención de provecho económico (sentencias de 28 de noviembre de 1963*, Gaceta Judicial, *Tomos CIII-IV, página 413; 5 de octubre de 1965*, Gaceta Judicial, *Tomo CXIII-IV, página 340; 24 de noviembre de 1966*, Gaceta Judicial, *Tomo CXVIII bis, página 99), la cuestión ha sido objeto de polémicas y resulta por la doctrina unas veces en el sentido de aceptar el concurso, otras con la tesis del delito complejo y no pocas por la vía de la subsunción de la estafa en la falsedad documental.*

4. *Quiere esto significar que la razonada determinación que un juez tome para resolver caso concreto en cualquiera de los sentidos procedentemente indicados, no permite por sí misma, calificación de ilicitud penal aunque sea revocada por el superior con acogimiento de tesis diversa, porque refleja simplemente el criterio jurídico del juzgador expuesto conforme a su personal concepción del problema.*

5. En el presente caso, la cuestión es más simple si se considera que el pronunciamiento del señor Juez Tercero Superior de Barranquilla fue hecho en auto que resolvía negativamente petición de auto detentivo contra un sindicado y de vinculación de otros al proceso, es decir, en providencia de carácter provisional y en proceso apenas comenzado; de tal manera que su pronunciamiento en el sentido de que los hechos encuadran en la falsedad y no en la estafa, no puede ser tomado como definitivo.

6. Concluyese, pues, que el auto cuestionado no amerita calificación de ilegal (artículo 168, Código Penal de 1936) ni, menos aún, de "manifiestamente contrario a la ley" (artículo 149 del nuevo Código Penal) como para ubicarlo en el tipo penal de prevaricato, ni da lugar a imputación a cualquier otro título penalmente relevante. Bien hizo, entonces, el Tribunal al disponer auto inhibitorio, aunque no por razones de supuesta falta de "dolo específico", sino por atipicidad de la conducta.

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

Resuelve:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION. PROCEDENCIA POR EL FACTOR PUNITIVO

Sucesión de leyes en el tiempo. No pueden invocarse al mismo tiempo los dos estatutos sustanciales, para imponer la pena conforme a uno de ellos, y conceder el recurso de casación de acuerdo con la sanción establecida en el otro. La aplicación de la ley debe ser integral: no se pueden hacer combinaciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 53 de 2 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 4 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

La conducta del sentenciado José Joaquín Forero vino a estimarse como propia a un delito de "falsas imputaciones", que, por la fecha de su comisión, debía regularse por el artículo 188 del Código Penal de 1938, el cual disponía una pena privativa de la libertad de uno a cinco años de prisión.

Pero cuando se produjo el fallo de la segunda instancia, ya estaba en vigencia el nuevo Código Penal (Decreto 100 de 1980), el mismo que, para el mismo delito, señala una pena de seis meses a cuatro años prisión y multa de un mil a diez mil pesos. Esto hizo que el Tribunal, acogiendo el criterio constitucional y legal de favorabilidad, diera preferente aplicación a este último ordenamiento.

Por la misma razón, en auto de once de mayo del año en curso, resolvió conceder el recurso de casación interpuesto por el defensor.

El artículo 569 del Código de Procedimiento Penal señala la procedencia de esta extraordinaria impugnación "contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años". De esta disposición se deduce que las referencias del Tribunal, sobre el delito y el máximo de pena imponible, así sea en abstracto, son los aspectos que orientan la procedencia de este recurso, o su negativa.

En este caso, por obra del principio de favorabilidad, se atendió a lo dispuesto en el nuevo Código Penal. Esto quiere decir, entonces, que su pena debe correlacionarse con lo que al respecto y para la casación, preceptúa el Código de Procedimiento Penal. Pero no es posible combinar los dos estatutos sustanciales para decidir que una es la pena imponible, que no puede desbordar la pauta fijada en el Decreto extraordinario número 100 de 1980, y otra, que se excluyó en la segunda instancia y la Corte tiene que entender como absolutamente excluida, la del antiguo y derogado Código Penal para los fines del mencionado recurso. O lo uno o lo otro, pero no su combinación. El beneficio que concede el nuevo Código, en cuanto a sensible rebaja de pena, no puede adicionarse con el de la procedencia de la casación, invocándose simultáneamente el Código de 1936.

De prosperar la tesis combatida, que sobrepasa el límite propio del principio de favorabilidad, podría llegarse al evento de poderse interponer un recurso de casación contra sentencia de segunda instancia proferida por un juzgado de Circuito, por cambio de la competencia y disminución de pena determinados por una ley de reforma.

La Corte, en casos de homicidio culposo, ha dicho, aunque no reiterado la doctrina, que por haber elevado el nuevo Código Penal la sanción a cinco años, para esta clase de infracciones, de-

bo admitirse la casación en los procesos en que se interpuso. Ello para acatar la voluntad del legislador en este sentido. En el caso sub examine *bien puede afirmarse que el propósito legal, que debe atenderse igualmente, es el de excluir este recurso por la rebaja de pena dispuesta para el delito de "falsas imputaciones".*

En estas circunstancias, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria que impuso a José Joaquín Forero, por el delito de "falsas imputaciones", dos años de prisión.

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

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CULPABILIDAD

En el Código Penal de 1936, la culpabilidad se cimentaba en factores principalmente objetivos del comportamiento humano; en el Código Penal de 1980, vigente, se prohíbe expresamente toda forma de responsabilidad objetiva

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 055.

Bogotá, D. E., junio 4 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el señor Fiscal Cuarto, bien concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar la sentencia de 9 de diciembre del año pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Cúcuta absolvió al doctor Germán Jesús Parada Jaimes, ex Juez Promiscuo Municipal de Villa Caro, del cargo de ser autor del delito de detención arbitraria que le fue imputado en el auto de proceder.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal ha manifestado su conformidad en la providencia recurrida y solicitado a la Sala, en consecuencia, que le imparta su aprobación.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso fueron los siguientes, precisados por la Corte en el auto por medio del cual revocó el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal a favor del procesado y, en su lugar, le llamó a juicio por el delito de detención arbitraria:

"... 1. En las horas del mediodía del 17 de junio de 1978, el doctor Germán Jesús Parada Jaimes, en el carácter de Juez Promiscuo Municipal de Villa Caro y acompañado del Secretario de ese despacho, señor José María Ortiz, se acercó a la residencia de la familia Ordóñez Peñaranda en ese municipio con la finalidad de hacer saber a la señorita Aura Ordóñez Peñaranda que debía hacerse presente en las oficinas del juzgado para practicar una diligencia dentro del proceso adelantado contra un hermano de ésta de nombre Oscar ...".

"... 2. La presencia del juez disgustó en tal forma al señor Jairo Ordóñez Peñaranda, hermano de Aura, que ultrajo de palabras al funcionario, situación que dio lugar a que el juez ordenara la encarcelación inmediata de Ordóñez, pero advirtiéndole al señor Director de la Cárcel Municipal de Villa Caro que el encarcelado quedaba a órdenes del Alcalde Municipal, quien habría de dictar y hacer notificar la resolución impositiva de la sanción correspondiente ...".

"... 3. Por Acuerdo número 2 de 26 de enero de 1978 el Tribunal Superior de Cúcuta había elegido en interinidad al señor Germán de Jesús Parada Jaimes como Juez Promiscuo Municipal de Villa Caro, cargo del que había tomado posesión el 23 de febrero siguiente, lo que, junto con la generalidad de los documentos recogidos en relación con los hechos, demuestra que para la fecha de su comisión el señor Parada Jaimes se encontraba al frente de ese despacho ...".

(Folios 15 a 16).

II. Durante el término para alegar y para emitir concepto, el procesado presentó escrito solicitando la confirmación de la sentencia proferida a su favor, en tanto que el Ministerio Público se pronunció en idéntico sentido.

1. Sostuvo en su alegato el procesado:

"... Nuestro Código Penal lleva dentro de sí la filosofía de la escuela positiva, cuyo método

es la observancia de los hechos, contempla la realidad palpitante de la vida, su accionar investigativo en forma inductiva, teniendo por objeto el delincuente como persona, su sanción depende de la personalidad del infractor, de los motivos que lo han determinado y de la gravedad objetiva del delito, siendo así, se hace más que necesario entrar a probar la intención criminosa de cometer el ilícito, antes que llegar a presumirlo, lo cual sería atentatorio contra la libertad y el futuro del procesado ...".

"... Se podría asegurar que hubo dolo, si en mi actuación aparecieren actos jurisdiccionales, ya sea sancionando, capturando, o deteniendo, pero eso no existe en el expediente, a *contrario sensu*, hubo actos netamente policivos, que los llevó un agente del orden, pero los podía haber ejecutado cualesquier persona de acuerdo con el artículo 56 del Código Nacional de Policía. Con todo lo anterior dejo probado que no existió en mí, la más mínima intención de privar o entorpecer la libertad de locomoción de quien sí me atacó de palabra y de hecho ...".

"... Solicito, con la máxima reverencia al eminente Magistrado ponente, como a los demás ilustres Magistrados que la providencia absolutoria dictada por el honorable Tribunal de Cúcuta sea confirmada en todas sus partes por estar ajustada a la verdad y por no llenarse los requisitos de la norma procedimental penal —215—, la cual es exigente en todo su contenido, para haberse proferido contrariamente...".

(Folios 5 a 6).

2. El Ministerio Público, por su parte, fundamentó su solicitud en las siguientes consideraciones:

"... De acuerdo con la verdad que surge de los hechos, no es descartable pensar que Jairo Ordóñez, con su obstinado comportamiento grosero en contra de un servidor público, estaba realizando la conducta delictiva que describe el artículo 184 del Código Penal de 1936 y que reitera el artículo 164 de la nueva codificación. Vale decir, que a Ordóñez le era imputable un delito contra funcionario público, pues realizó actos violentos, en contra de un servidor público para obligarlo a omitir un acto propio de sus funciones ...".

"... Si lo anterior es exacto y a pesar de que el procesado no haya hecho referencia a este aspecto en ninguna de sus intervenciones dentro de la actuación procesal, o apenas lo haya hecho en forma tangencial, es obvio que la captura de Ordóñez se produjo en el momento en que cometía un delito, esto es, en estado de flagrancia ...".

"... Ahora bien, el numeral 9º del literal c) del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, faculta a los miembros de la Policía Judicial para que por iniciativa propia, procedan a capturar quienes sorprendan en flagrante delito. Mas aún, el artículo 24 de la Constitución Nacional autoriza a 'cualquier persona' para capturar a quien sorprenda en flagrante delito, disposición que repite el artículo 66 del Código Nacional de Policía, haciendo extensiva dicha facultad a los miembros de la Policía Nacional...".

"... La reflexión que debe hacerse en el presente caso es elemental. Si nuestra legislación faculta a los miembros de la policía judicial, a los miembros de la Policía Nacional y aún a los particulares para capturar a quien sea sorprendido en el momento en que delinque, no se encuentra razón alguna para negar esta facultad a funcionario judicial ...".

"... De manera que a juicio de esta Procuraduría Delegada, si bien es cierto que el comportamiento que se atribuye al ex juez procesado es típico, no es delictivo por ausencia de antijuridicidad, pues obró amparado por una disposición legal, más exactamente aquella que lo facultaba para ordenar la privación de la libertad de quien estaba cometiendo un atentado contra la administración pública. Es verdad que el juez y su defensor sólo trataron de justificar la conducta por este medio en la etapa de la causa, pues inicialmente el procesado se había limitado a decir que dispuso la captura para buscar que el irrespeto se sancionara disciplinariamente, por parte de la primera autoridad política del lugar; no obstante, aun cuando su explicación haya sido otra, la realidad es inmodificable, pues objetivamente se daban los presupuestos para proceder como lo hizo y es sabido que las causales de justificación operan en plano primordialmente objetivo ...".

(Folios 14 a 15).

Considerandos

Como para la época de la calificación del mérito del sumario lo sostuvo el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y fue criterio acogido por la Corte, las pruebas del proceso demostraban inequívocamente la arbitrariedad e ilegalidad de la orden de privar de su libertad al señor Jairo Augusto Ordóñez Peñaranda, esto es, sin el cumplimiento de los presupuestos que para hacerlo consagraba de modo expreso la ley,

arbitrariedad e ilegalidad que no podía entenderse desaparecida por el sólo hecho de que, con posterioridad, el irrespetuoso fuese puesto a disposición del Alcalde del lugar.

No adujo entonces el procesado, ni aparecía de otras diligencias procesales, que éste hubiese actuado en la consideración de que estaba frente a un caso de flagrancia en la comisión de un delito contra los funcionarios públicos, ni reconoció entonces que procedió equivocadamente al abstenerse de ejercer sus poderes disciplinarios para, a cambio, privar de su libertad a Ordóñez y una vez ejecutado este acto, ponerlo a disposición de otro funcionario.

En la etapa probatoria del juicio y en la audiencia, con apoyo en las pruebas practicadas con posterioridad al auto de proceder, el juez Parada Jaimes sostuvo, sin embargo, que al privar de su libertad al ciudadano que le irrespetaba pudo actuar errada o equivocadamente y no, desde luego, con el propósito de causarle un daño o perjuicio injustos, con abuso de sus funciones oficiales, explicando, a este respecto, que no sancionó directamente a Ordóñez Peñaranda, precisamente para que no pudiera tildarse de abusiva o de vengativa su actitud, de haber procedido de ese modo.

Los fundamentos del auto de proceder resultaron, en consecuencia, atacados en la etapa probatoria de la causa y en la audiencia pública, oportunidades durante las cuales, de una parte, se practicaron varias importantes diligencias a solicitud, debidamente fundamentada, del defensor del procesado y, de otra, se solicitó por éstos que se profiriera sentencia absolutoria, pruebas y argumentos a la luz de los cuales debe la Corte analizar ahora si se sigue dando en el proceso la prueba plena o completa de la infracción y si, además, se ha recogido la necesaria para declarar que el procesado es responsable de ella, como lo exige la ley para proferir sentencia condenatoria en materia criminal.

1. En la etapa de la causa, en efecto, se trajo al expediente certificación del Alcalde Municipal de Villa Caro, conforme a la cual contra el señor Jaime Ordóñez Peñaranda se inició por esa oficina, en junio 17 de 1978, esto es, el mismo día del irrespeto al juez, sumario por el delito contra los funcionarios, de que se hizo víctima al juez Parada Jaimes (folio 45); declaración del Secretario del juzgado, señor José María Ortiz, según la cual el juez dispuso la aprehensión de Ordóñez "mientras llegaba el señor Alcalde para formular la correspondiente denuncia" (folio 58); declaración de la señora Carmen Alicia Sánchez de Parada, de acuerdo con la cual el juez no aplicó las pertinentes medidas disciplinarias al irrespetuoso, "para que no lo tildaran de abuso de autoridad, o que él quería vengarse del sindicado por el irrespeto de que había sido víctima o tal vez porque interpretó la norma así" (folio 72) y, por último, ampliación de la indagatoria del procesado quien, en lo sustancial, sostuvo:

"... precisamente no lo sancioné para que no fuesen a decir que me empecinaba o que me apasionaba castigando a quien sí realmente infringió el Derecho porque si pruebo fehacientemente en autos que se me faltó al respeto y que se violaron todas las normas que para el caso protegen a los jueces de la República y fue por eso que mi conciencia en ningún momento me acusa de que existió la más mínima intención de perjudicar en la persona o en su patrimonio al señor Jairo Ordóñez y me di a la tarea simplemente de cumplir lo que no quiso cumplir ni el policía ni el Alcalde ...".

(Folios 69 a 70).

"... ... ...".

"... Yo confieso que cometí un error no sancionándolo, pero quise interpretar una norma que para los apanzados en la ciencia jurídica es fácil pero para mí era un neófito con ganas de aprender, un muchacho que se me presentaba por primera vez un caso de esos, y que sólo quise cumplir y quise siempre dejar en alto el Poder Judicial que en ese momento representaba, y que me equivoqué soy persona, falible y como tal, me equivocaré muchas veces más ...".

(Folios 70 a 71).

2. En la audiencia pública, de otra parte, el señor defensor del procesado sostuvo que el juez, al privar de su libertad a Ordóñez Peñaranda, lo hizo por encontrarse éste en flagrancia en la comisión de una infracción penal:

"... en mi concepto mi defendido doctor Parada Jaimes, no ha cometido delito alguno y debe ser absuelto ya que el artículo 56 del Código Nacional de Policía permite privar de la libertad, no solamente previo mandamiento escrito de autoridad competente, sino en el caso de flagrancia o cuasiflagrancia, de infracción penal o de policía. Y el artículo 66 de ese Código Nacional de Policía faculta capturar a la persona sorprendida en flagrancia delito o contravención y ordena que si quien realiza la captura no pertenece a la Policía, la fuerza pública, es de-

cir la Policía, le prestará apoyo para asegurar la aprehensión y conducirlo ante la autoridad respectiva. Y ese derecho honorables Magistrados concedido a toda persona no se le puede restringir al doctor Germán Parada Jaimes por el mero hecho de ser juez de la República. Y lo anterior encuentra su apoyo honorables Magistrados a folios 22 y 23 donde obra la copia de la resolución y la boleta de encarcelamiento que expidió el juez Parada Jaimes, donde se puede constatar que en la resolución dice en el punto 1º: '... el infractor queda a órdenes del Alcalde en la Cárcel Municipal'. Y que en la boleta también dice: '... este sujeto queda a órdenes del señor Alcalde Municipal'. Quiere decir lo anterior honorables Magistrados que mi defendido desde el primer momento solamente tuvo la intención de hacer aprehender a quien cometiera una infracción de policía y con fundamento en el Código Nacional de Policía con la colaboración obligatoria de un policía nacional lo puso a órdenes del Alcalde Municipal de Villa Caro, que era el funcionario administrativo competente para que le impusiera las correspondientes sanciones. Y ese obrar de Parada Jaimes, demuestra su buena fe, demuestra que procedió en forma mesurada, y no con odio como se quiere hacer aparecer, y que anteponiendo su condición de víctima de los ataques, de las ofensas y de la amenaza, interpretó de muy buena fe, que ese era el procedimiento adecuado a seguir ...''.

(Folios 79 a 80).

Y el propio procesado, en su escrito de conclusión dentro de la audiencia pública, reclamó la ausencia de culpabilidad en su conducta:

"... debemos darnos cuenta que nuestra Corte en sus jurisprudencias acoje para esta clase de dolo las teorías de la representación y de la voluntariedad, que estudiadas sería representar en la mente del actor el hecho que va a cometer y llevándolo a su consumación en forma voluntaria, *esa capacidad intrínseca no aparece en mi actuación* en ninguna forma, puesto que ni siquiera en la sonada resolución porque su parte resolutiva *no lleva sanción*, no existían antecedentes entre el quejoso y mi persona para decir que mi actuación iba embalsamada de pasión personal o interés particular, así que el proceso adolece de elementos externos y objetivos para acreditar la intención criminosa de atentar contra la libertad del señor que me insultó y, sería '*inaceptable* dice el ilustre tratadista Alfonso Reyes Echandía, en su obra La Culpabilidad', páginas 87 y 88 entrar a presumir el dolo, ya sea que se la entienda *iuris et de iure*, ora como simple *iuris tantum*; no hemos hallado argumento válido que permita deducir que para acreditarle a alguien responsabilidad penal a título de dolo es suficiente que haya realizado conducta típica y antijurídica, siendo la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (representada en este caso por el dolo) aspectos por demás necesarios para que pueda hablarse de delito y, por ende de responsabilidad, solamente puedan ser demostrados los dos primeros extremos y no el último ... el dolo o fenómeno de raíz sicológica, teniendo en cuenta su origen, siempre se exterioriza y manifiesta a través de actitudes sensorialmente perceptibles y, por lo mismo, susceptibles de demostración ...''.

"... Tan es así, que en ninguna parte de nuestra codificación se autoriza expresamente la presunción de dolo, razón más que suficiente para demostrar que no existió la más fugaz intención de detener a don Jairo Ordóñez Peñaranda y si cometí yerros en lo elaborado es y era propio de un juez principiante deseoso de sacar adelante el Poder Judicial que en esos momentos representaba y por un ser falible como lo somos todos nosotros los administradores de justicia, pero cobijado de esa buena fe y de ese amor por el sacerdocio de la justicia ...''.

(Folios 102 a 103).

La culpabilidad en el Código Penal de 1936 se apoyaba en factores principalmente objetivos del comportamiento humano, de modo que se consideraba que era penalmente responsable todo aquel que cometiera una infracción prevista en él, por el sólo hecho de cometerla, salvo los casos expresamente exceptuados en el mismo Código, en tanto que en las normas penales actualmente vigentes, —como lo reclama el procesado— se prohibe, de modo expreso, toda forma de responsabilidad objetiva (artículo 5º), exigiéndose, por el contrario, que para que "una conducta típica y antijurídica sea punible", debe realizarse "con culpabilidad".

La doctrina de la Corte que bajo la vigencia del artículo 11 del Código de 1936 reflejaba más claramente el principio de la presunción del dolo genérico en la comisión de toda infracción de la ley penal era la siguiente, contenida en auto de 19 de octubre de 1951, citada por Reyes Echandía (La Culpabilidad, Externado de Colombia, 1979, página 87).

"... En lo que respecta al aspecto subjetivo de los hechos que la ley penal consagra como susceptibles de sanción, la regla general que está implícita en las disposiciones del Código repre-

sivo, es la de que el dolo se presume en toda infracción de la ley penal, y a esta regla sólo escapan aquellas figuras de delito para las cuales esas mismas disposiciones ... exigen de modo expreso el dolo específico ...".

(Gaceta Judicial, Tomo LXX, números 2105 a 2106, página 622).

El mismo Reyes (obra citada), propugnaba la tesis, que el procesado invoca (folio 103), y que el Código Penal ha legalizado, conforme a la cual no puede haber responsabilidad penal sin culpabilidad, esto es, sin la prueba de la existencia de una "actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto al agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente" y, cuando lo hace dolosamente, sabiendo que con su comportamiento vulnera un derecho legítimamente protegido:

"... No basta que el sujeto activo tenga conocimiento de todas las características de su conducta en cuanto adecuable a un tipo penal determinado, sino que es necesario, además, para que de dolo pueda hablarse, que sea consciente de que con su comportamiento vulnera sin facultad legítima el interés jurídico penalmente tutelado, y por consiguiente, de que va a hacer algo indebido ...".

(Obra citada, página 63).

3. Ya se admita, en conclusión, que el juez procedió frente a un caso de flagrancia en la comisión de un delito contra él mismo, como funcionario público o, lo que también pudo ocurrir, que se abstuvo de ejercer los poderes disciplinarios de que disponía para sancionar al irrespetuoso ciudadano por temor a aparecer vengativo, lo procesalmente cierto, actualmente, es que no existe la prueba plena o completa de la culpabilidad del procesado.

Es de observar que el doctor Parada dio muestras de querer utilizar los poderes disciplinarios de ley; pero es cierto, como lo anota la Procuraduría Delegada, que tanto la Constitución Nacional, como el Código Nacional de Policía, facultan para aprehender a quien haya sido sorprendido en flagrante delito o contravención, lo cual: si bien se predica de cualquier persona, con mayor razón puede ser realizado por quien está investido de la autoridad de juez de la República.

Que Ordóñez Peñaranda realizaba comportamiento punible, resulta claro conforme al análisis que hace la Procuraduría Delegada y que la Corte comparte en su integridad.

Por otro aspecto resulta también claro que el juez Parada, aun cuando divagó sobre el procedimiento para el ejercicio de la vía de aplicación de los poderes disciplinarios, sustancialmente no estaba produciendo un acto abusivo de sus funciones, no obstante que no hubiera racionalizado el concepto de la aprehensión en flagrancia, lo cual sí alcanza a entreverse en el texto del oficio que remitió al Alcalde Municipal de Villa Caro.

Las manifestaciones defensivas en audiencia pública, tanto del procesado como de su defensor, muestran un concepto mejor elaborado a este respecto y resultan atendibles, no evidenciándose una clara infirmación en tal sentido.

Es de justicia comprender que dada la dinámica de los hechos, la forma como se produjo la agresión de que fue víctima el juez Parada, éste, perturbado por cuanto acontecía, no tuviera la suficiente serenidad de juicio para no errar el procedimiento, lo cual es aún más factible dada su corta experiencia judicial.

Las anteriores consideraciones inciden sobre la ausencia de los tres presupuestos esenciales del hecho punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En efecto, si la conducta realizada por el juez cae en la órbita de la aprehensión en flagrancia, no estaba abusando de sus funciones, ni estaba realizando acto contrario a derecho. Y si erró el procedimiento de buena fe, no resulta predicable su culpabilidad, por ausencia de dolo y falta de reprochabilidad, dado que fue su impulso restablecedor de la dignidad y el respeto que merecen los administradores de justicia lo que lo motivó a actuar de esa manera.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, CONFIRMA la sentencia apelada.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Finalidades de la nulidad. No debe decretarse cuando exista otra solución procesal para legalizar la actuación; solución que podría ser la de dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en el caso de que el agente hubiere sido llamado a juicio por dos ilícitos, uno de los cuales ya se encontraba prescrito en el momento de la calificación sumarial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 55 (4 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo B.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, contra el auto proferido por éste el 13 de enero de 1981, por medio del cual decretó la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de siete (7) de junio de mil novecientos setenta y siete (1977), inclusive, en el que llamó a responder en juicio al doctor Libardo Guerrero Muñoz, ex Juez Segundo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de esa ciudad, por el delito de *abuso de autoridad*, enjuiciamiento que luego fue adicionado con el de *prevaricato*, al ser confirmado por la Corte en virtud del recurso de alzada que contra él interpuso el defensor del procesado (folios 314 a 324 y 374 a 384 del cuaderno principal).

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la revocatoria del auto recurrido, pues considera inoportuna la decisión que en él se adoptó. Así concluye su concepto: "Estima esta Procuraduría Delegada que la declaración de nulidad del auto de 7 de junio de 1977 en cuanto se refiere al delito de abuso de autoridad es inoportuna y se debe revocar por la honorable Sala de Casación Penal para que al momento de dictar sentencia de primer grado la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Pasto, que conoce este asunto, se pronuncie en forma definitiva sobre los dos ilícitos atribuidos al ex Juez doctor Guerrero Muñoz y adopte las decisiones que estime legales, incluida la posible prescripción de uno de los delitos".

Planteamiento del Tribunal

Se basa en los siguientes supuestos:

1º El procesado está respondiendo por dos delitos que son el de *abuso de autoridad*, consistente en haber aconsejado, siendo Juez Segundo Civil Municipal de Pasto, a una persona con quien mantenía relación de negocios acerca de una actuación judicial que debía instaurar, y el de *prevaricato*, por haberse demorado alrededor de seis meses para declararse impedido, siendo ya Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto, en un proceso ejecutivo promovido contra la misma persona a quien asesoró y con quien negociaba.

2º Cuando son varios los delitos, la acción penal respecto de cada uno de ellos prescribe por separado; así lo sostuvieron la jurisprudencia y la doctrina bajo la vigencia del anterior Código Penal, y así lo establece en forma expresa el nuevo estatuto en su artículo 85.

3º Los actos constitutivos del delito de abuso de autoridad se iniciaron el 28 de abril de 1972 y pudieron haberse prolongado hasta el 7 de ma-

yo de 1978, de acuerdo con actuaciones cuya cronología reseña el Tribunal en su providencia (folios 229, 230 y 231 del cuaderno número 3). Como el auto de proceder quedó ejecutoriado con posterioridad al 17 de agosto de 1978, y el delito de abuso de autoridad prescribe en cinco años (artículos 179 y 105 del Código anterior, bajo cuya vigencia se cometió), la acción penal por este delito se encontraba extinguida cuando se le llamó a responder en juicio por él.

4º No puede dictarse sentencia en un juicio afectado de nulidad y una de las causales que generan este vicio es la incompetencia de jurisdicción y ella se presenta, entre otros casos, cuando la acción ya no existe, de donde se impone el saneamiento previo de la actuación mediante la declaratoria de nulidad a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive.

Sobre estos varios aspectos se pronuncia, así, el Tribunal:

"Cuando el auto de 7 de junio de 1977, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto —Sala de Decisión Penal—, llamando a responder en juicio criminal al doctor Libardo Guerrero Muñoz, por un delito de abuso de autoridad, se ejecutorió, por confirmatoria que le impartiera la honorable Corte Suprema de Justicia, el *17 de agosto de 1978*, la acción penal se encontraba ya prescrita, pues el resto se consumó entre abril y mayo de 1972, pero, si extremando las cosas, se considera que el sindicado realizó algunas actuaciones posteriores que colocaran el delito en el plan de continuado, la última de esas actividades jamás se realizó, conforme a lo que consta en el juicio ordinario tantas veces mencionado, con posterioridad a mayo de 1973, habiendo transcurrido entre esta fecha y la confirmatoria del auto de proceder un lapso superior a los cinco años que para prescribir requiere el delito de abuso de autoridad, conforme al precepto de los artículos 179 y 105 del Código Penal.

"Y si así se calificó el delito estando la acción penal prescrita, no queda más por decir que se incurrió en una nulidad legal, por incompetencia de jurisdicción, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sin olvidar que a pesar del concurso delictual, como lo viene aceptando la excelentísima Corte en un sinnúmero de veces, las infracciones penales prescriben *per se*, pues cada una conlleva su propio término de prescripción. Esta nulidad, de oficio debe decretarla la Sala, sin entrar en otras consideraciones, pues a pesar de los juiciosos planteamientos que se hicieron por las partes en la audiencia pública, por sustracción de materia no habría lugar a entrar en su consideración, puesto que cuando adviene una prescripción en un proceso penal, el juzgador debe entrar a decretarla, en virtud de que el Estado pierde competencia para seguir adelante la acción penal" (folios 234 y 235 del cuaderno número 3).

Consideraciones de la Corte

La nulidad, consecuencia del principio de legalidad del proceso, busca restablecer la intangibilidad de las formas propios de cada juicio, por ser éstas el marco dentro del cual puede ejercer el Estado su derecho de sancionar, y por cuanto constituyen la garantía de la persona respecto de la salvaguardo de su libertad y del aseguramiento de oportunidades y medios idóneos para su defensa.

Cuando estos objetivos no se conculcan, o el vicio alcanza apenas la categoría de irregularidad, o existe otro remedio procesal al cual se pueda acudir para dar piso legal a la actuación, debe prescindirse de decretar la nulidad.

Es lo que ocurre en el presente caso, pues si se acredita que uno de los delitos por los que fue llamado a responder el ex Juez Guerrero Muñoz estaba prescrito cuando se le enjuició, el Código de Procedimiento Penal ofrece, en su artículo 163, solución adecuada para esa situación mediante la cesación de procedimiento por no poderse proseguir respecto de él la correspondiente acción penal. Y dicha determinación puede adoptarse en cualquier estado del proceso en que aparezca debidamente comprobada la causal de cesación y puede y debe tomarla el juez que en ese momento tuviere a su conocimiento el asunto, por ser competente, así se trate del de segunda instancia.

Así lo ha venido reiterando recientemente la Corte. En una de sus últimas decisiones dijo al respecto:

"No resultando afectados los intereses del procesado y de las otras partes, ni tampoco los de la justicia, pues es garantía de acierto el que conozca el Superior así sea en forma directa, y atendidos los nobles fines que se pretenden con la institución del fenecimiento anticipado de la acción penal (artículo 163 del Código Procesal), ceden paso a la tesis que se propugna de su aplicación en cualquier estado del proceso por el funcionario competente que estuviere conociendo

del asunto, todas aquellas preocupaciones que podrían surgir cuando se trata de actuar en sede de casación, derivadas de la naturaleza excepcional de este recurso, sometido a una rigurosa técnica, regido por unas causales taxativas y librado al ámbito que le fija el propio recurrente al indicar los motivos de impugnación de la sentencia, de tal forma que la Corte no puede ocuparse de causales distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes (artículo 581 del Código de Procedimiento Penal), con la sola excepción que ha venido a establecerse, por vía jurisprudencial, de conocer oficiosamente de la nulidad cuando es ostensible y de carácter absoluto.

"Debe, por tanto, resolverse acerca de la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, y ha de hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio.

"Consecuente con las anteriores consideraciones, la Corte debe dar aplicación, en el caso que se analiza, al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pues existe aún proceso, ya que éste se proyecta sobre la etapa de la casación cuando la sentencia es impugnada por este medio extraordinario, y por cuanto se ha presentado un hecho, debidamente comprobado, de los que, al tenor de dicha norma, extinguen la acción penal, que es la muerte del procesado ..." (auto de 13 de mayo de 1981).

De tal manera que la solución adecuada y a la que debió haber recurrido el Tribunal era la de pronunciarse, previo concepto del Ministerio Público, acerca de la cesación de procedimiento por prescripción respecto del delito de abuso de autoridad, si es que estimaba que la acción estaba extinguida en relación con él, y luego o en la misma providencia fallar de fondo sobre el delito de prevaricato.

Para adoptar ambas determinaciones es competente el Tribunal y la sentencia que así se profiera referente al prevaricato no queda afectada por el vicio de nulidad en que temió incurrir aquél, pues la decisión sobre el uno no presupone necesariamente la del otro y la declaratoria de prescripción, dados su naturaleza y los efectos que produce, no implica pronunciamiento ni de absolución ni de condena, que son las determinaciones propias de la sentencia.

Esta solución no perjudica los derechos de la sociedad ni los del sindicado y consulta, además, razones de economía en la actuación respecto de un asunto que se ha visto sometido a las mayores incidencias procesales como puede establecerse con el más somero análisis del expediente.

Como en auto aparte y por haberlo estimado como una consecuencia del de nulidad, el Magistrado sustanciador dispuso que se cursaran comunicaciones a la Jefatura del DAS y al F-2 del Departamento de Policía de Nariño sobre cancelación de la orden de captura contra el doctor Libardo Guerrero Muñoz, dicha decisión queda consecuencialmente sin valor y el Tribunal adoptará las medidas pertinentes.

La Sala comparte la extrañeza manifestada por el Procurador en su vista fiscal en cuanto a la determinación de cancelar la orden de captura, pues como lo anota con acierto "esa orden no la impartió la Sala de Decisión en su auto de 13 de enero de 1981 y en segundo término porque subsiste el delito de prevaricato sancionado con pena de prisión tanto en el anterior estatuto —artículo 2º del Decreto 2525 de 1963— como en el vigente —artículo 150—".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, REVOCA el auto apelado con el fin de que el Tribunal proceda de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA. FALSAS IMPUTACIONES

El abuso de autoridad a que se refiere el artículo 153 del nuevo Código Penal, sólo se refiere a la omisión de denunciar los delitos. No es responsable quien denuncia un hecho como delito y se establece posteriormente que no existió tal hecho o que no constituía delito. Basta que la situación denunciada tenga la apariencia de hecho punible y razonablemente se crea en su existencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 57.

Bogotá, D. E., junio 9 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En escrito que lleva seis (6) de marzo de 1980, dirigido al Presidente de la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, Gerardo Humberto Arismendi Correa presenta denuncia, ratificada posteriormente, en diligencia especial, bajo juramento, contra el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, doctor Hernando Figueroa Becerra por los delitos de abuso de autoridad y encubrimiento, cometidos, dice el denunciante, en ejercicio del cargo mencionado y en un salvamento de voto que el funcionario denunciado hiciera a la providencia de Sala Penal, fechada a 27 de febrero del mismo año, por medio de la cual el Tribunal se abstuvo de dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, dentro del proceso seguido por falso testimonio contra Virginia Flórez de López.

Según aparece de la susodicha denuncia y de su ratificación, así como de las pruebas practicadas por disposición de esta Sala dentro de la investigación preliminar, contra Arismendi Correa se venía adelantando un proceso por el delito de falsedad documental en unas cuentas de cobro a favor de Virginia Flórez de López, la cual presentó ante el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Buga un memorial pidiéndole que velara por dicha investigación y que pidiera unos cheques que faltaban, escrito que llegó, al parecer, a conocimiento de Arismendi Correa, quien acusó a la signataria ante el Procurador Regional de ese Distrito dándose así origen a un proceso contra ella por el delito de falso testimonio y a una averiguación disciplinaria contra la señorita Clara Luz Zabala González de quien había afirmado la Flórez de López ser la persona que había mecanografiado el memorial primeramente citado, el cual esta última atribuyó posteriormente a Gloria Maldonado y cuya autoría asumió, por último, el doctor Ernesto Herrera ex Magistrado de ese mismo Tribunal.

En el curso del proceso por falso testimonio, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga profirió, el 17 de noviembre de 1979, un auto por medio del cual dio aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal ordenando la cesación de todo procedimiento contra la sindicada.

Dicha providencia fue apelada y el Tribunal, por la suya de 27 de febrero de 1980, la revocó ordenando que se continuara la investigación.

En esta determinación salvó voto el Magistrado doctor Hernando Figueroa Becerra por medio del escrito que se deja mencionado al comienzo de la presente y en el cual el denunciante, como se deja dicho, considera que se cometieron los delitos por los cuales lo acusa.

Dice, a este propósito, Arismendi Correa en su denuncia y en la posterior diligencia de ratificación bajo juramento, que el Magistrado Figueroa Becerra afirmó en dicho salvamento que

el doctor Omar García Díaz, Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Buga y ante el cual Virginia Flórez de López presentó el aludido memorial, incurrió en abuso de autoridad al exigirle a la memorialista expresara cuál era la procedencia de dicho escrito, y, al mismo tiempo aseveró el denunciado que el actual denunciante había cometido el de falsedad documental al afirmar, ante la Procuraduría Regional, que Virginia Flórez era una persona extraña a las dependencias del Ministerio Público, lo que es cierto ya que ella no figura en nómina.

En el hecho de no haber denunciado ante la autoridad estos dos delitos, o sea el abuso de autoridad que dice cometido por el Fiscal García Díaz y la falsedad o el falso testimonio que le atribuye al propio denunciante, hace consistir éste el abuso de autoridad o el encubrimiento que se acusa al Magistrado doctor Figueroa Becerra y por los cuales lo denuncia ante la Corte.

En las pruebas que la Sala Penal hizo traer al expediente, está en primer término, el salvamento de voto a que hace alusión el denunciante y en el que, como se deja atrás consignado, están las expresiones a que hace referencia.

Examinada dicha salvedad de voto, se encuentran los siguientes apartes que es conveniente transcribir para los fines de esta decisión:

"Es en ese momento (o sea, advierte la Sala Penal de la Corte, al presentar Virginia Flórez de López ante el Fiscal García Díaz el memorial tantas veces mencionado) cuando se produce el primer hecho en modo alguno justificable, pues el señor Fiscal García Díaz en lugar de limitarse como era su deber a identificar suficientemente a la persona que le presenta el memorial, se dedica a averiguarle sobre quién se lo había redactado o quién se lo había sugerido. ¿Con qué derecho, se pregunta el suscrito Magistrado, podía el señor Fiscal hacer esa clase de indagaciones respecto a un escrito absolutamente ajustado a la ley y que no tenía más objeto que el de prestar una colaboración en busca de una mejor aplicación de la justicia? ¿No era acaso tal actitud un clásico abuso de autoridad que normalmente no debe asumir un funcionario que tenga un elevado sentido de su sagrada misión?".

"Con mucha más razón si se observa que las irregulares indagaciones del Fiscal García tenían como única finalidad el comunicarlas de manera instantánea a Humberto Arismendi Correa, el individuo que aparecía sindicado en un negocio penal que se venía adelantando en el mismo juzgado en el cual debía actuar como Agente del Ministerio Público".

Y más adelante expresa: ¿Quién le contó a Arismendi Correa la presentación por parte de Virginia Flórez del memorial en cuestión a la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior? Difícil de absolver este interrogante y grave, pero muy grave el maridaje entre un Fiscal y un sindicado".

Luego en otro aparte refiriéndose esta vez al memorial presentado por el actual denunciante ante el Procurador Regional y que también se menciona atrás en la presente providencia, dice el salvamento: "Y volviendo al memorial presentado por Arismendi ante el Procurador Regional, es realmente curioso y extraordinario que en un proceso adelantado para investigar un presunto delito de falso testimonio contra una humilde mujer, sea precisamente la pieza desencadenante, la pieza clave de toda esta investigación la que contenga por lo menos dos falsedades hechas por el señor Arismendi bajo la gravedad del juramento, claras como la luz del día y que sin embargo no han merecido la menor observación por parte de los conspicuos y acuciosos funcionarios que han venido interviniendo en el proceso".

"En el memorial en cuestión, continúa diciendo el Magistrado, Arismendi asegura bajo la gravedad del juramento, ya que su escrito fue ratificado: 1º Que Virginia Flórez es persona totalmente ajena a las Fiscalías del Tribunal Superior cuando él mejor que nadie bien sabe que es ésta una afirmación mentirosa, puesto que le consta que tal señora venía prestando sus modestos y útiles servicios a tales oficinas como ascadora desde hacía varios años. 2º Que tal persona constantemente se está enterando de los negocios que allí cursan y de situaciones que allí se presentan como ocurrió concretamente con la investigación de carácter penal que contra él cursa en el Juzgado Segundo Superior. Esta información es también una falsedad ya que Virginia Flórez no podía tener acceso al Juzgado Segundo Superior, donde cursaba el negocio mucho menos al despacho de su correspondiente Fiscal, doctor Omar García Díaz. Estas falsedades no merecen la menor investigación".

Y concluye diciendo: "Y lo más grave de todo radica en que cuando por elemental impedimento de carácter moral y por elegancia igualmente elemental, el señor Fiscal Segundo de la Corporación ha debido declararse inhibido para conceptuar en este negocio, ya que tenía evidente

interés en este proceso, puesto que, así sea tangencialmente también aquí está en juego el buen nombre de su subalterno (se refiere, aclara esta Sala de la Corte, al denunciante quien es auxiliar en dicha Fiscalía), que él ha sostenido contra viento y marea a pesar de estar *sub judice*, no lo hace y pide todo el rigor de la ley para quien tuvo la avilantez de solicitar justicia".

"Lamento mucho señores Magistrados pero mi conciencia no me permite cohonestar tamaño proceder".

Consideraciones de la Corte

El Código anterior (1936) en el artículo 201, que estaba en el capítulo del encubrimiento decía que "el que teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diera cuenta a la autoridad, incurrirá en multa de cinco a quinientos pesos".

El nuevo Código Penal (1980) consideró esta conducta cuando quien la ejecuta es un empleado oficial, no como un encubrimiento sino como un abuso de autoridad y es así como en el artículo 153 bajo el epígrafe "abuso de autoridad por omisión de denuncia", estatuye que "el empleado oficial que teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en pérdida del empleo".

Por su parte el Código de Procedimiento Penal, todavía en vigencia (Decreto 409 de 1971), reglamenta en los artículos 12 y 13 la forma como se ejerce el deber de denuncia y quienes están exonerados de él.

El artículo 12 precitado se refiere en primer término al funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de un hecho que pueda constituir infracción penal y cuya investigación deba iniciarse de oficio.

Como se ve, en tanto que existe un deber genérico de denunciar todas las "infracciones penales" de que se tenga conocimiento, esto es, no sólo los delitos sino también las contravenciones, el abuso de autoridad a que se refiere el artículo 153 del Código Penal nuevo (y lo mismo ocurría con el anterior), sólo se refiere a la omisión de denunciar los delitos.

No es necesario, desde luego, que se demuestre finalmente la existencia de un delito, esto es, no es responsable quien denuncia un hecho como delito y se establece posteriormente que no existió tal hecho o que no constituía delito. Basta que el hecho tenga la apariencia de tal y razonablemente se crea en su existencia.

Salvo que lo haga en las condiciones descritas por las normas que reglamentan las falsas imputaciones ante las autoridades y que se hallaban contenidas en el Capítulo I del Título IV del Libro II del anterior Código Penal y en el Capítulo I del Título IV del nuevo ordenamiento de las penas.

Pero no puede decirse que exista la omisión de denuncia punible cuando una persona no denuncia un hecho que considera delito pero que no corresponde a ninguna descripción legal.

Por ejemplo, quien dentro de la vigencia del nuevo Código Penal considera delito el acceso carnal homosexual entre mayores que consienten y, sin embargo, se abstiene de denunciar un hecho de esta naturaleza ante las autoridades, siendo así que tal hecho dejó de considerarse delictuoso por el nuevo Código Penal.

En el caso de autos, el Magistrado doctor Hernando Figueroa Becerra consideró delictuosos los siguientes hechos:

a) Que el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Buga hubiera interrogado a Virginia Flórez sobre la persona que le había redactado el memorial referido, y

b) Que el actual denunciante hubiera dicho bajo juramento que la mencionada señora era persona extraña a las dependencias del Ministerio Público y que se enteraba de los negocios que allí cursaban.

En cuanto al hecho primeramente mencionado no puede considerarse como subsumible en una norma penal, ya que ninguna describe como conducta punible hacer preguntas sobre el autor verdadero de un escrito que aparece firmado con otro nombre.

Sobre todo cuando tal interrogatorio proviene de un funcionario público que, como el Fiscal, lleva la representación de la sociedad y está obligado a velar porque se castigue a los infractores de la ley penal (artículo 1010 del Código de Procedimiento Penal).

Y en cuanto al segundo, se sabe que ya sobre los cheques expedidos a favor de la señora Flórez de López y que según ésta decía en el memorial plurimencionado no habían sido llevados todos al proceso, así como sobre la calidad oficial o no de dicha persona, estaba en curso un proceso y no era, por lo tanto, necesaria nueva denuncia.

Pudiera pensarse que el doctor Figueroa Becerra cometió el delito de que se le acusa al abs-

tenerse de denunciar al Fiscal Segundo del Tribunal por no haberse declarado impedido en el proceso seguido contra su subalterno, pero no es posible decir *prima facie* que este hecho configure un delito, pues no puede aseverarse que aquél tuviera interés en dicho asunto ni que concurriera otra de las causales de impedimento.

Por su parte el Magistrado Figueroa Becerra no ha afirmado la existencia de un delito en este caso sino que califica el hecho como contrario a la moral y falto de elegancia. Así es que no estaba obligado a denunciarlo.

Tampoco pueden considerarse tales actos como constitutivos del delito de abuso de autoridad, pues no aparecen, a primera vista, como arbitrarios o injustos porque si bien al referirse a los hechos materia del proceso usó un tono vehemente que no es el que corresponde a quienes ejercen funciones públicas, menos si tienen la investidura de jueces, ya que éstos deben emplear un estilo mesurado, limitándose, como lo ordena el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, "al examen escueto de los hechos y a las conclusiones jurídicas que de ellos se derivaren", no se ve que el Magistrado acusado hubiera excedido los límites de sus funciones ni se hubiera valido de su cargo para satisfacer sentimientos personales.

En síntesis: no aparece que las conductas denunciadas se ajusten a ninguna descripción penal y por lo tanto la Corte debe proceder como lo dispone el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Abstenerse de iniciar sumario por no estar previstas como infracciones las conductas atribuidas por el denunciante al Magistrado del Tribunal Superior de Buga doctor Hernando Figueroa Becerra y a que se refiere la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DETENCION PREVENTIVA

Finalidades. Los términos para resolver situación jurídica son perentorios, so pena de incurrirse en detención arbitraria

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 57 de 9 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo B.*

Vistos

Han llegado estas diligencias a la Corte para resolver la apelación interpuesta contra el auto de 8 de agosto de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, se abstuvo de abrir investigación penal contra los doctores Guillermo Alvarez Machacón, Juez Tercero Penal del Circuito de Montería, e Ismael Valverde Ayazo, Juez Dieciséis de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial, por presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad por los que los denunciaron Alvaro José y Oscar Manuel Sánchez Chaiz.

Al descorrer el traslado respectivo, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto apelado "como quiera que de la prueba recaudada, suficiente para una determinación de fondo, no aparecen elementos de juicio indicativos de incorrección moral en los funcionarios inculpados". Por eso comparte la decisión del Tribunal, quien "abundando en razonamientos jurídicos, estimó que los cargos formulados a los funcionarios acusados no son constitutivos de infracción penal por cuanto el doctor Alvarez Machacón no profirió auto contrario a derecho ni cometió acto arbitrario e injusto contra una persona. Tampoco el doctor Valverde Ayazo, quien se limitó a cumplir la comisión impartida por aquél".

Hechos y actuación Procesal

El Tribunal de Montería los relata así:

"Registran los autos que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, desempeñado por el doctor Guillermo Alvarez Machacón, le correspondió por reparto el conocimiento del proceso que se adelanta contra Luis Mario Gutiérrez, Justo Pastor López y Omar Aldemar Escalante, sindicados por los delitos de estafa y giro de cheque sin provisión de fondos, lo que dio motivo para que se adelantaran directamente y por medio de comisionado, las diligencias tendientes a establecer procesalmente la verdad material e histórica de los hechos denunciados, razón por la cual se produjo la captura del sindicado Omar Escalante por el F-2 de la ciudad de Cartago y su inmediata conducción a esta ciudad, en donde fue puesto a disposición del referido juzgado a las once y media de la mañana del día 19 de diciembre de 1979, para efectos de indagatoria, faltando tan sólo cuatro (4) horas hábiles de despacho público para que se concluyeran las labores ordinarias correspondientes a ese año judicial y al consiguiente disfrute de vacaciones colectivas.

"Ocurre entonces que el señor Juez Tercero Penal del Circuito (folios 26 a 32 original), debió ese día en las horas hábiles a que se hace referencia, recibir declaración de inquirir en otro proceso al sindicado Joaquín Pablo Petro, para luego de concluida la diligencia definirle su situación jurídica dentro de esas angustiosas horas de la tarde de que disponía, teniendo además pendiente por definir la situación jurídica del

sindicado Oscar Felipe Pertuz Domínguez, quien ya había sido oído en indagatoria, por manera que no siendo dicho funcionario poseedor del don de la ubicuidad, mal podía ocuparse a un mismo tiempo de recepcionar la indagatoria al nuevo capturado Omar Escalante y tomar las otras decisiones, porque como salta a la vista era imposible que pudiera rendir más de lo que humana y racionalmente podía exigírsele al más diligente y versado de los funcionarios judiciales, cual era la de actuar simultáneamente en tres procesos diferentes.

"En vista de la imposibilidad física en que quedó colocado el funcionario del conocimiento, éste optó por comisionar al señor Juez Dieciséis de Instrucción Criminal doctor Ismael Valverde Ayazo, con la expresa finalidad que recibiera declaración de inquirir al capturado Omar Escalante y luego que concluyera esta diligencia, procediera a dejarlo en libertad disponiendo el cese de la captura respectiva que venía sufriendo, mediante el compromiso de su parte de hacer presentaciones periódicas cada veinte días en la ciudad de Cartago (Valle) ante el Juzgado Primero Penal Municipal de esa ciudad, quien debía informar al de esta ciudad sobre el particular, previa la firma de la diligencia de compromiso por ante el instructor (folios 33 a 36 original). Como consecuencia de lo ordenado en el referido auto de 19 de diciembre de 1979, el juez de instrucción comisionado recibió la indagatoria, terminada la cual extendió la diligencia respectiva de compromiso de presentación personal, ordenando a la Dirección de la Cárcel Nacional 'Las Mercedes' el cese de la captura de Escalante" (folios 60, 61 y 62 del cuaderno del Tribunal).

Por estos hechos les formularon los hermanos Sánchez Chaiz denuncia penal, por estimarlos constitutivos de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, en su grado de autoría para quien comisionó, y de cómplice para quien cumplió la comisión.

De otro lado, en la misma denuncia atribuyeron también al doctor Guillermo Alvarez Machacón, igualmente en su calidad de Juez Tercero Penal del Circuito de Montería, la comisión de esos mismos delitos, esta vez por no haber decidido oportunamente acerca de una demanda de constitución en parte civil intentada por el doctor Oscar Manuel Sánchez Chaiz a nombre de Isabel Ortiz de Macea y otros dentro del sumario que éstos iniciaron contra Jairo Salazar Jiménez y Felipe Oviedo por el delito de hurto de ganado mayor recaído en unos semovientes trabados inicialmente en un juicio de separación de bienes entre la denunciante y su esposo y luego en el de sucesión por fallecimiento de éste.

En razón de ambos grupos de hechos denunciados ordenó el Tribunal la práctica de diligencias preliminares y, una vez cumplidas en su integridad, profirió el auto inhibitorio del que se ocupa ahora la Sala por virtud de la apelación interpuesta de parte de los denunciantes.

Se considera

Entre las finalidades de la detención preventiva se encuentran la de asegurar la comparecencia del sindicado ante la justicia con el fin de que responda por los hechos que le son atribuidos y la de impedir que éste pueda, estando libre, destruir, deformar, ocultar o suponer elementos de juicio que puedan llegar a desviar los objetivos de la investigación.

A este derecho de la sociedad se contrapone el del capturado a ser oído prontamente en sus explicaciones o descargos y a que se le resuelva oportunamente su situación jurídica, dejándosele en libertad si no hay mérito para mantenerlo privado de ella o si la justicia no se encuentra en condiciones de hacerlo dentro de los precisos marcos temporales que la ley establece al respecto.

Por eso, una vez capturada una persona empieza a correr un término precario y perentorio para escucharla en indagatoria, que es de tres días contados a partir de aquel en que fue puesta a disposición del juez (artículo 434 del Código de Procedimiento Penal). Y a éste le sigue otro igualmente estricto y de obligatorio cumplimiento para resolverle su situación jurídica, que es de cinco días, vencido el anterior (artículo 437 ibídem). Transcurridos ellos sin que haya sido formalizada su detención debe el director del establecimiento carcelario donde se encontrare recluida ponerla en libertad bajo la responsabilidad del funcionario por cuya orden se encontraba allí, so pena de incurrir él en detención arbitraria (artículo 438 ibídem). La oportuna definición de la situación jurídica del capturado puede conducir también a la procedencia de la declaratoria del recurso de habeas corpus *con la consecuente liberación de éste y las responsabilidades para quien lo privó o mantuvo privado de la libertad indebidamente (artículos 417 a 424 ibídem).*

En el caso que se estudia, el Juez Tercero Penal del Circuito de Montería, doctor Guillermo Alvarez Machacón, quien conocía de un proceso por infracción al Decreto 1135 de 1970 y

estafa, adelantado contra Luis Mario Gutiérrez Gutiérrez, Justo Pastor López y Omar Aldemar Escalante, en el cual actuaban sus denunciantes de ahora el uno en calidad de ofendido y el otro de apoderado de la parte civil, libró el día 23 de noviembre de 1979 orden de captura contra los tres sindicados, habiendo sido aprehendido Omar Aldemar Escalante el día 16 de diciembre de ese año en la población de Cartago y puesto a disposición del juez, lo que materialmente ocurrió el día 19 de diciembre de ese año de 1979 a las once y cuarenta minutos de la mañana cuando fue conducido y entregado al juzgado (folios 18 y 19 del cuaderno del Tribunal). A eso de las dos y media de la tarde el secretario pasó al juez el expediente cuando éste se encontraba recibiendo indagatoria a Joaquín Pablo Petro Morales retenido por cuenta de otro proceso, estando pendiente también de resolverle situación jurídica a Oscar Pertuz Domínguez sindicado en proceso diferente y a quien ya se había escuchado en indagatoria y se encontraba igualmente retenido (folios 23 y 24 ibídem).

En esas circunstancias y ante la inminencia de la terminación del año judicial y el comienzo del período de las vacaciones colectivas, el juzgado optó, según lo explica en declaración jurada el secretario del mismo (folios 23 a 25 ibídem), por resolver la situación jurídica de los dos procesados que fueron capturados antes que Escalante y comisionar respecto de éste al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal Ambulante de Montería, despacho que había tenido a su cargo, por comisión, la instrucción de ese sumario.

A folios 26 y 27, 28 a 31 y 32 del cuaderno del Tribunal se encuentran, en fotocopias refrendadas con el sello y firma del secretario del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, la indagatoria recibida a Joaquín Pablo Petro y los autos por medio de los cuales se resolvió la situación jurídica de este y de Oscar Felipe Pertuz Domínguez, actuaciones producidas por ese juzgado el día diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979).

El auto de comisión en el negocio de Escalante es del siguiente tenor:

"Juzgado Tercero Penal del Circuito. Montería, diciembre diecinueve de mil novecientos setenta y nueve (1979). Visto el contenido de la nota secretarial que antecede de conformidad con lo dispuesto por el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, amplíase el término de instrucción en treinta días más y dentro de él practíquense las pruebas que dejaron de practicarse en el auto de octubre 5 del año en curso visible a folios 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 del cuaderno original. Igualmente líbrese boleta de retención contra el retenido Omar Aldemar Escalante, dirigida al señor Director de la Cárcel Nacional Las Mercedes de esta ciudad, y recepciones en declaración indagatoria. Para la práctica de las anteriores diligencias comisiónase directamente al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de esta ciudad según consta en oficio número 1448 visible a folio 44 de este proceso. Remítase a dicho funcionario el expediente en original y copia y los cuadernos de la parte civil. En vista de que el comisionado no puede resolver situación jurídica por razones de competencia delegada, una vez recepcione en declaración indagatoria al retenido Omar Aldemar Escalante, dispondrá dejarlo en libertad inmediata con presentaciones personales periódicas cada veinte días ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago, Valle, al cual se exhortará sobre el particular, debiendo informar sobre el cumplimiento de esta obligación. Levántese la correspondiente diligencia de compromiso y líbrese el exhorto del caso. Practíquense las pruebas que solicitaren las partes siempre y cuando sean procedentes a los fines de la investigación, y se ajusten a derecho. El retenido Omar Aldemar Escalante queda a disposición del comisionado a partir de la fecha, en la Cárcel Nacional Las Mercedes de esta ciudad. Líbrese el oficio correspondiente. Evacúense las citas que resulten. *Cúmplase*. El juez (Fdo.), *Guillermo Alvarez Machacón*. El Secretario (Fdo.), *Alberto Pérez Garzón*" (folios 19 y 20 del cuaderno del Tribunal).

De su contexto se desprende que el juzgado encontró incompleta aún la investigación; que hizo una especie de preanálisis de los elementos de juicio existentes y que, al parecer, advirtió *prima facie* que no había prueba para respaldar un auto de detención, que tomó las previsiones necesarias para asegurar la comparecencia de Escalante cuando volviere a precisársele, como aquellas de las presentaciones cada veinte días ante autoridad judicial a quien habría de exhortársele para que informara en caso de incumplimiento de la obligación y la diligencia de compromiso por parte del beneficiado. Finalmente se colige de ese auto que la comisión fue restringida, por tratarse de una competencia delegada, no primaria.

El Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal ambulante cumplió estrictamente la comisión

impartida. Fue así como ese mismo día 19 de diciembre de 1979 recibió la declaración indagatoria a Omar Aldemar Escalante y al siguiente día dispuso su libertad con presentaciones y ordenó librar despacho a este respecto al Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago (folios 20 y 21 ibídem).

Conviene anotar que, vencido el término de comisión, el expediente regresó al juzgado comitente el 21 de enero de 1980 y se encontraba, cuando se practicó la diligencia de inspección judicial ordenada como diligencia preliminar (26 de marzo de 1980) "adelantándose las pruebas tendientes al perfeccionamiento de la investigación" (folio 21 ibídem), esto es, que aún no se contaba, al parecer, con la prueba requerida para reiterar su captura o dictarle auto de detención preventiva, lo cual muestra que los elementos de juicio existentes al momento de la comisión inicial sólo permitían una decisión como la que allí se indicó al juez comisionado.

También se debe poner de presente que la restricción en los términos de la comisión obedece a la interpretación dada en ese Distrito Judicial a la reiterada doctrina de la Corte sobre el alcance y extensión de las comisiones. Así se desprende del propio texto del oficio: "en vista de que el comisionado no puede resolver situaciones jurídicas por razones de competencia delegada" (folio 19 ibídem), y de la manifestación al respecto del Secretario del juzgado comitente: "la tesis de que los comisionados no pueden resolver situaciones jurídicas ha sido implantada por la Corte Suprema de Justicia y se viene aplicando en este Distrito Judicial" (folio 24 ibídem), y de las apreciaciones en ese mismo sentido que hace el Tribunal en su proveído, con cita incluso y transcripción de lo pertinente de los pronunciamientos de la Corte (folios 67 y 68).

Los elementos de juicio obrantes hasta ahora en el expediente permiten deducir que el juez Alvarez Machacón se encontraba en imposibilidad física para cumplir, dentro del escaso margen de tiempo que restaba del período laborable de 1979, con las actuaciones, todas ellas de importancia, pendientes de ineludible cumplimiento en los tres procesos, a que se encontraban vinculadas personas capturadas, dos de ellas con anticipación a Escalante, una de ellas además ya indagatoriada y la otra en proceso de rendirla.

Podía comisionar a un juez de instrucción, por tratarse de la etapa sumarial y por irse a cumplir la comisión dentro del territorio de su propia jurisdicción (Ley 22 de 1977, artículo 9º), y podía comisionarlo inclusive con mayor amplitud, pues no se trataba de persona amparada por fuero en cuyo caso los actos que implican el ejercicio propio de la jurisdicción, entre los cuales está la definición de la situación jurídica, son indelegables.

Al disponer que el funcionario comisionado escuchara en indagatoria a Escalante y lo dejara luego en libertad con presentaciones cada veinte días ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago, bajo compromiso de cumplir con esta obligación y del juzgado de informar al respecto, llenó, de un lado, el cometido principal de la captura y respetó el derecho del sindicado a su libertad; y del otro lado, aseguró los derechos de la justicia y del ofendido, proveyendo a la futura comparecencia del beneficiado, en el evento de que llegara a requerirse.

Además, el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal establece ese mecanismo procesal para cuando no fuere del caso detener preventivamente a la persona, de donde se sigue que no fue ese un procedimiento caprichoso del funcionario. Podría decirse que tomó, por intermedio del comisionado esa decisión que podía él directamente adoptar.

Además, era una determinación que le permitía en un futuro reexaminar los elementos de juicio y disponer la detención si el nuevo estudio así lo imponía. Como dice el Procurador, al rechazar el cargo de prejuzgamiento que por esa actuación se le atribuye al juez Alvarez Machacón, "se olvida que la libertad con presentaciones periódicas no conlleva un pronunciamiento sobre los hechos investigados, sino que constituye una medida puramente provisional autorizada por la ley".

Aparte de lo anterior, como lo destaca también el Procurador cuando glosa la petición del apoderado de la parte civil al juez comisionado para que no cumpliera ese encargo, dicho profesional "en ninguna parte adujo fundamentos de hecho y de derecho tendientes a demostrar que contra el sindicado Escalante se daban los requisitos mínimos para detenerlo preventivamente", lo cual, continúa el Procurador, "hace suponer que la situación jurídica del capturado no podía resolverse en forma diferente a la dispuesta por el juez comitente Alvarez Machacón, quien según los términos del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal estaba autorizado para tomar tal decisión".

La decisión adoptada por el Juez Tercero del Circuito Penal de Montería no fue contraria a

la ley, ni fue arbitraria ni injusta, pues como se dejó dicho, consultó a la vez los derechos del capturado a quien no iba a ser posible resolverle por su juzgado la situación jurídica dentro de los términos legales, y los intereses de la sociedad y del ofendido al asegurar la futura comparecencia de aquél y dejar abierta la posibilidad de ordenar su detención si esto llegare a requerirse.

Era lo que podía y debía hacer en cumplimiento de su deber y en vista de las circunstancias de tiempo y de trabajo que se presentaron.

Por lo que respecta a la conducta atribuida al funcionario comisionado, doctor Ismael Valverde Ayazo, Juez Dieciséis de Instrucción Criminal ambulante de Montería, basta recordar, como lo hacen el Tribunal y el Procurador, que él se limitó a cumplir estrictamente la comisión en los términos en que le fue impartida.

Referente al otro cargo, formulado ese sí exclusivamente al Juez Tercero Penal del Circuito de Montería, doctor Guillermo Alvarez Machacón, consistente en no haber considerado una solicitud de constitución en parte civil en el negocio adelantado contra Jairo Salazar y otro por hurto de ganado mayor, se estableció, mediante diligencia de inspección judicial, lo siguiente: efectivamente dicha denuncia correspondió por reparto del día 22 de octubre de 1979 al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, siendo titular el doctor Guillermo Almarez Machacón, pero el día 7 de noviembre de ese año él solicitó al Director Seccional de Instrucción Criminal de esa ciudad la designación de un Juez de Instrucción Criminal ambulante para que se hiciera cargo de esa investigación. Fue comisionado al efecto el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal ambulante, el cual devolvió las diligencias al despacho del doctor Alvarez Machacón por considerar que no era competente; el 27 de noviembre de 1979 el Juez Tercero Penal del Circuito vuelve a solicitar la designación de otro Juez de Instrucción Criminal y es nombrado el Diecisiete, a cargo del doctor Antonio J. Ardila de León, quien ordenó el 14 de enero de 1980 la práctica de diligencias preliminares y una vez recepcionadas dictó el día 28 de enero de 1980 auto inhibitorio, por estimar que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, el cual fue notificado al Personero Municipal y por Estado a las partes (folios 51 a 53 vuelto del cuaderno del Tribunal). Una vez ejecutoriado, se dispuso el archivo de las diligencias (folios 44 a 46 ibídem). El funcionario que practicó la inspección judicial dejó dicho que el expediente constaba de tres cuadernos, así: uno original de setenta y cinco (75) folios, un duplicado de cuarenta y seis (46) y un cuaderno de parte civil con seis (6) folios entre originales y copias (folio 44) y la demanda de constitución consta precisamente de tres (3) hojas como puede deducirse de la copia que fue suministrada por el denunciante (folios 7 a 9 ibídem). De suerte que ella estuvo a consideración del juzgado instructor.

De esto se colige que el doctor Alvarez Machacón, en su calidad de Juez Tercero del Circuito Penal de Montería, fue ajeno al hecho de que no se hubiera aceptado dicha demanda de constitución de parte civil, pues las diligencias ni siquiera fueron regresadas a su Despacho, ya que al practicar la inspección fueron encontradas en el archivo correspondiente al Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal de Montería (folio 44 ibídem).

No configurando infracción penal los comportamientos atribuidos a los funcionarios denunciados, es procedente la confirmación del auto apelado, tal como lo solicita el representante del Ministerio Público.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia impugnada.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAUSALES DE RECUSACION

Su regulación es taxativa. No es dable aplicar las causales de unos Códigos a los otros, ni extender las establecidas en cada una de ellos por vía de analogía

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 058.

Bogotá, D. E., junio 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El doctor José Peña Peña, actuando como representante de la parte civil dentro del proceso adelantado contra Santiago Borda López, por el delito de estafa, ha recusado al Magistrado Pablo Barón Garavito, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, fundado en el hecho de haber formulado denuncia contra el Magistrado, ante la Sala Penal de la Corte, por el delito de prevaricato.

El señor Magistrado Barón Garavito, por su parte, rechazó la recusación propuesta afirmando que aparte de que el motivo invocado por el recusante no está establecido en el Código de Procedimiento Penal, la presentación de la denuncia en su contra, "no perturba (su) tranquilidad de conciencia ni (su) imparcialidad de juzgador".

Considerando

1. Como lo afirma el señor Magistrado Barón Garavito y ha sido doctrina inmodificada de la Corte, *las causales de recusación están taxativamente señaladas en cada uno de los Códigos de Procedimiento respecto de sus propios funcionarios, de modo que no es dable aplicar las causales de unos Códigos a los otros, ni extender las establecidas en cada uno de ellos, por vía de analogía, a eventos que no se encuentran expresamente señalados en la correspondiente disposición procesal.*

Así, en auto de 21 de agosto del año pasado dijo, en forma expresa, esta Sala de la Corte:

"*... aunque el artículo 142, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil, consagra como causal de recusación el 'existir denuncia penal contra el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, formulada por alguna de las partes, su representante o su apoderado', lo evidente es que dicha causal no fue consagrada en el Estatuto Procesal Penal y que el elenco de las que allí aparecen es taxativo y siéndolo, no puede acudirse a la vía de la aplicación exclusiva de normas del Código de Procedimiento Civil, permitida por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal en situaciones diferentes. De no aceptarse dicha taxatividad se correría el riesgo de extender peligrosamente por vía jurisprudencial las causales de impedimento o recusación a hechos o situaciones diversos de los precisamente consagrados en el Código, en detrimento de la presunción de rectitud que ha de amparar las determinaciones judiciales ...*".

2. De otra parte, si bien el hecho de denunciar a un juez o Magistrado puede originar una grave enemistad entre éste y su denunciante (causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal), no es ese, sin embargo, el caso en que se encuentra el Magistrado Barón Garavito, pues, como lo afirma éste, que es quien mejor conoce sus propios sentimientos, la presentación de la denuncia en su contra no ha perturbado su tranquilidad de conciencia ni ha afectado, tampoco, su imparcialidad como juez:

"... hay causal de recusación cuando existe enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el

juez o Magistrado. No me hallo comprendido dentro de esta norma. Pero ni siquiera me liga ninguna enemistad leve o amistad superficial con ninguna de las partes o sus representantes. La denuncia del doctor Peña no perturba mi tranquilidad de conciencia ni mi imparcialidad de juzgador ...".

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARE INFUNDADA la recusación propuesta contra el Magistrado Pablo Barón Garavito a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

Estoy de acuerdo con la resolución tomada en el auto que precede, ya que no hay constancia de que, con fundamento en la denuncia que se dice formuló el recusante al Magistrado Pablo Barón Garavito se haya abierto investigación penal o disciplinaria contra éste. Pues de haberse acreditado lo contrario, habría mantenido mi opinión, expresada en anterior oportunidad, en cuanto a que la denuncia subseguida de iniciación de investigación es causal de impedimento o recusación, puesto que, como lo anoté en aquella ocasión y sigo así estimándolo: "ese desinterés, garantía de imparcialidad, puede verse seriamente comprometido cuando el juez sabe que al que juzga es quien, a su vez, lo tiene denunciado a él".

En virtud de la facultad otorgada por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 8º, puede aplicarse en el campo penal esa causal de impedimento o recusación originaria del ámbito civil.

En estos términos dejo aclarado mi voto.

Darío Velásquez Gaviria, Magistrado.

Fecha ut supra.

Aclaración de voto

La adhesión a la parte resolutiva se funda en la información suministrada durante la discusión en la Sala, en el sentido de no existir, hasta el momento, iniciación de sumario. Como se ha puntualizado en disentimientos anteriores, que ahora se dan por reproducidos, la simple denuncia no genera situación alguna de impedimento o recusación. Pero cuando ésta da origen a un proceso penal o disciplinario, la circunstancia, en sí, es suficiente para separar al funcionario del conocimiento del correspondiente negocio. En este punto se continúa, por el suscrito, participando de la factibilidad de aplicar las normas del procedimiento civil, con la dilucidación jurisprudencial de entenderse la causal de recusación señalada por este estatuto, en cuanto a la denuncia, si ésta desemboca en la apertura de una averiguación penal o disciplinaria.

Gustavo Gómez Velásquez

Fecha ut supra.

RECURSO DE REVISION

La revisión no constituye nueva oportunidad para controvertir la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 60.

Bogotá, D. E., junio 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de revisión del proceso que culminó en sentencia condenatoria proferida contra José Argemiro Polanco por tentativa de homicidio, determinación tomada en primera instancia por el Juzgado Segundo Superior de Garzón y confirmada por el Tribunal Superior de Neiva, en sentencia del 29 de enero de 1977.

Hechos

En la madrugada del 24 de septiembre de 1967 ingerían licor varias personas en cantina de la población de Guadalupe, luego de un altercado del que resultó herido Arquímedes Polanco, hubo improperios de los primos hermanos de éste contra sus agresores y posteriormente disparos de revólver, uno de los cuales hirió a Jorge Salcedo Arredondo.

Actuación procesal

Iniciada la investigación, fueron privados de la libertad Arquímedes y Jacinto Polanco como presuntos autores de tentativa de homicidio en la persona de Jorge Salcedo. Posteriormente fue revocada tal determinación y llamado a juicio por el mismo delito el ciudadano Argemiro Polanco, quien hubo de ser declarado reo ausente. Sin que el procesado se hiciese presente en momento alguno de la actuación, ni hubiese podido ser aprehendido, la causa culminó con sentencia condenatoria. Tiempo después de su ejecutoria, Polanco fue capturado y descuenta pena en la Penitenciaría de Ibagué desde el 31 de octubre de 1979.

La demanda

Con fundamento en la causal quinta de revisión (artículo 584 del Código de Procedimiento Penal) pretende el recurrente demostrar que después de la sentencia condenatoria proferida contra Argemiro Polanco hay nuevas pruebas que establecen su inocencia.

Trátase de pruebas testimoniales que a su demanda acompañó como declaraciones extrajuicio y que en el período probatorio del recurso fueron ratificadas; son las de Jacinto Polanco, José Omar Sterling, Benjamín Salgado, José Cárdenas, Alcides Hincapié, José Arturo Castillo, Isaías Guzmán, Policarpo Mabecha, Eugenio Romero y Luis María Barragán. Recibiéronse, igualmente, las declaraciones de Luis Enrique Ospina, Pedro José Díaz, Rafael Varón y Esnoraldo Barragán. Mediante ellas pretende el demandante demostrar:

a) Que en la fecha de los acontecimientos que determinaron la sentencia condenatoria (24 de septiembre de 1967), Argemiro Polanco no se encontraba en la población de Guadalupe (Huila), escenario de los mismos, sino en la de Rovira (Tolima), a más de trescientos kilómetros de aquélla;

b) Que los declarantes en el proceso confundieron a su patrocinado Argemiro Polanco con su hermano Héctor, como que son muy parecidos, y

c) Que quien fue sindicado como autor del disparo a Jorge Salcedo fue un sujeto a quien siempre se distinguió como "Miro", denominación ésta que no necesariamente corresponde a la de Argemiro y que, por consiguiente, la justicia incurrió en lamentable confusión al condenar a su poderdante.

Los testimonios recepcionados durante el período probatorio de la presente actuación conforman dos grupos: el primero, integrado por Alcides Hincapié, Luis María Barragán, José Arturo Castillo, Esnoraldo Barragán, Luis Enrique Ospina, Rafael Varón, Eugenio Romero, Policarpo Mahecha, Pedro José Díaz e Isaías Guzmán, proviene del Municipio de Rovira, con declarantes que, en términos generales, indican que Argemiro Polanco vivió en ese municipio con anterioridad a 1967 dedicado a actividades agrícolas, comerciales y artesanales; particularmente tres de ellos —Isaías Guzmán (folio 58), Policarpo Mahecha (folio 56) y Eugenio Romero (folio 55)— aseveran que el 24 de septiembre de 1967 Argemiro Polanco estuvo con ellos en la cárcel del Municipio de Rovira visitando a un amigo que estaba detenido. El segundo grupo está formado por Jacinto Polanco, Jorge Omar Sterling, Benjamín Salgado y José Cárdenas residentes en la población de Guadalupe, ellos afirman que Argemiro Polanco no se encontraba allí en la fecha en que Jorge Salcedo fue herido y que esta persona era muy parecida a su hermano Héctor, con quien frecuentemente se le confundía.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita negar la revisión del proceso porque del análisis de las declaraciones recibidas "no resultan demostrados los hechos que se pretenden acreditar con las mismas", ya sea por su imprecisión, ora porque uno de ellos —el de Jacinto Polanco— proviene de un pariente del condenado, o porque de ellas no se desprende inequívocamente que Argemiro no estaba en el lugar de los hechos cuando ocurrieron, o porque resulta sospechoso que algunos recuerden exactamente lo que hicieron trece años antes.

Alegato de conclusión

El recurrente solicita disponer la revisión del proceso porque, a su juicio, la abundante prueba testimonial aportada demuestra plenamente que Argemiro Polanco no pudo estar en el lugar de los hechos, y que fue condenado con fundamento en prueba deficiente, sin diligencia de reconstrucción, ni de reconocimiento del procesado en rueda de personas y sin certeza en su identidad.

Considerandos

1. *Es el de revisión, el más exigente de todos los recursos en nuestro sistema procesal porque su aceptación destruye el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, sobre el cual se asienta la solidez del orden jurídico que emana de las sentencias judiciales. Por eso sus causales son taxativas y requieren demostración fehaciente e irrefutable de que se ha cometido grave injusticia. No es, pues, la revisión nueva oportunidad para controvertir la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia de condena, ni para atacar ésta por supuesta violación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.*

2. En el presente caso, pretende el recurrente con prueba testimonial recepcionada catorce años después del acontecimiento que culminó con el fallo condenatorio proferido contra Argemiro Polanco, demostrar una coartada o *alibi*, es decir, que su poderdante no se hallaba en el escenario de los hechos cuando ellos ocurrieron, sino en otro lugar muy distante de aquél. Pero resulta que los testimonios que tardíamente ahora se ofrecen con tal finalidad, riñen con los que rindieron personas que estuvieron en el lugar del crimen y emitieron sus versiones el mismo día en que ocurrieron o en los días subsiguientes. En efecto, mientras Isaías Guzmán, Policarpo Mahecha y Eugenio Romero recuerdan haber estado con Argemiro Polanco en la población de Rovira el 24 de septiembre de 1967 —y lo dicen en noviembre de 1980— Rosebel Marín García, propietario de la cantina donde los hechos sucedieron, asevera que vio en ella al condenado Argemiro Polanco cuando Jorge Salcedo resultó lesionado por disparo de arma de fuego (folio 2, cuaderno principal), Arquímedes Polanco, primo hermano de aquél y cuya lesión originó los disparos, admitió, poco después de los hechos, que estuvo ingiriendo licor con Argemiro (folio 18 vuelto, cuaderno principal). Pero hay testimonios mucho más precisos dentro del proceso; son los de Célico Antonio Salcedo (folio 5 vuelto, cuaderno principal), Lorenzo Núñez (folio 7, cuaderno principal) y José Ramírez Gutiérrez (folio 39 vuelto, cuaderno principal) que aseveran haber visto a Argemiro Polanco cuando disparaba y hería a Jorge Salcedo.

Referencia especial merece Jacinto Polanco porque en su testimonio dentro del proceso al relatar la forma como fue capturado dice que estaba con Argemiro, su hermano y que éste huyó al llegar la policía; allí mismo reconoce que en la noche del 24 de septiembre estuvo libando con él (folios 14 y 15, cuaderno principal), y luego, catorce años después, asevera que Argemiro no estaba en Guadalupe y que lo afirmado en su declaración procesal fue fruto de violencia policial (folio 68, cuaderno de la Corte), cuando su primer testimonio fue rendido ante el juez instructor y ni en esa ni en ninguna otra oportunidad procesal insinuó siquiera que la policía lo hubiese obligado a declarar en algún sentido.

3. Dice el recurrente que los declarantes dentro del proceso confundieron a Argemiro con su hermano Héctor, personas muy semejantes como se desprende de algunas de las declaraciones ahora traídas. Sin embargo, del examen de los testimonios de Rosebel Marín, Célico Antonio Saicedo, Lorenzo Núñez y José Ramírez Gutiérrez, no se desprende confusión alguna, pero ni siquiera mención de Héctor Polanco; y por la forma en que declaran se deduce que lo conocían muy bien. Tampoco podría afirmarse válidamente que igual confusión incurrió su propio hermano Jacinto.

4. Asevera también el demandante que la persona a quien imputaron el homicidio testado en Jorge Saicedo fue un tal "Miro", cuya correspondencia con Argemiro no se demostró. Para refutar tal aseveración basta examinar el proceso; allí se encontrará que con la expresión "Miro" las personas que la emplearon incluyendo al juez estaban inequívocamente refiriéndose a Argemiro. En efecto, Pacífico Saicedo responde afirmativamente a la pregunta de si conocía a "Miro" o "Argemiro Polanco" (folio 8); en el mismo sentido se pronuncian, desde luego, su hermano Jacinto (folio 14) y su primo hermano Arquímedes (folio 19); al dictar auto de detención, el Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe menciona a "Argemiro o Miro" como una misma persona (folio 20) y al proferir auto enjuiciatorio el Juez Segundo Superior de Garzón también asimila estos dos nombres a la misma persona (folios 72/8). No hubo, pues, el error de identidad que alega el recurrente.

5. Lo que, en esencia, pretende el actor es oponer a pruebas testimoniales oportuna y legalmente allegadas al proceso que demuestran la responsabilidad de Argemiro Polanco en el delito por el cual se le procesó y condenó, otras pruebas testimoniales recogidas catorce años después de las que se desprendería que aquella persona no estaba en el escenario de los acontecimientos cuando ellos ocurrieron; tal estrategia, sin embargo, no es propia del recurso de revisión, como ya se advirtió; ni lo es tampoco, la de aseverar que su patrocinado fue condenado sin existir prueba plena para ello, o confundido con otra persona, cuestiones éstas que han debido debatirse en el proceso o plantearse en sede de casación. Pero ya se ha visto que ni siquiera en el plano del recurso de revisión, ha logrado el demandante demostrar la causal invocada.

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

Resuelve:

NEGAR la revisión de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUTO INHIBITORIO. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

El auto inhibitorio procede por causales de inculpabilidad. No puede afirmarse que toda decisión revocada genera responsabilidad penal para quien la profirió

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 59 de 11 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Debe la Corte decidir si por causa del proferimiento de la Resolución número 06426 de 1º de octubre de 1976, el Contralor General de la República, doctor Aníbal Martínez Zuleta, incurrió en proceder susceptible de investigación penal.

Hechos

La señora Consuelo Araújo de Molina, al acusar al doctor Martínez Zuleta, alude a diversos hechos que esta Corporación, en parte, estimó no constitutivos de delito, mientras que con base en otros dispuso la apertura de investigación y la práctica de diligencias preliminares (octubre 23 de 1980), correspondiendo a esta última clase el que se relaciona con la siguiente afirmación de la denunciante:

"... El Consejo de Estado, al anular la Resolución número 06426 de 1º de octubre de 1976, proferida por el señor Contralor General de la República, expresó que la razón fundamental de su determinación radicada en la clara *violación de la ley* de parte del Contralor, por invadir la órbita de la administración activa".

Diligencias preliminares

Se acreditó la calidad de Contralor General de la República concurrente en el denunciado. Así mismo que éste dictó la Resolución 06426 de 1º de octubre de 1976, por la cual reglamenta el literal b) del artículo 7º del Decreto ley número 924 de 1976, en cuanto dispone que corresponde a la Oficina Jurídica de la Contraloría conceptuar sobre los problemas jurídicos relacionados con esta entidad. El Consejo de Estado, al absolver consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre si los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos estaban obligados a acatar lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de esa resolución, después de destacar la incorrecta utilización del verbo "reglamentar" en el título de éste por ser función exclusiva del Presidente de la República conforme al ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, o igualmente de la expresión "interpretación jurídica de los actos administrativos" que se lee en el artículo 1º por no ser esa atribución propia de la Contraloría, expresa que los artículos 1º y 2º de la Resolución número 06426 "no pueden ir más allá de lo dispuesto" en el literal b) del artículo 7º del Decreto 924 de 1976, por cuyo motivo deben interpretarse de acuerdo con él, "al cual se refieren y al que se supone deben y quieren desarrollar y poner en práctica". La referida resolución fue elaborada por el señor Carlos Isaac Pacheco, en su calidad de Jefe de la Oficina de Planeación y por el doctor Raúl Ospina Salazar, Asesor de la Contraloría, con base en las anteriores números 1539 de 1956, 14 de 1966 y 2139 de 1972 que venían consagrando el carácter obligatorio de los conceptos de la Oficina Jurídica para los funcionarios de la Contraloría General de la República. El propio Contralor, doctor Martínez Zuleta, mediante la Resolución número 7184 de 9

de octubre, fijó nuevamente los alcances del literal b) del artículo 7º del Decreto ley número 924 de 1976, con lo que fue derogada implícitamente la 6426.

Se considera

No se alcanza a advertir de qué manera el Contralor General de la República, doctor Martínez Zuleta, pudo haber infringido la ley penal al dictar la resolución a que se contrae la denuncia. Que el Consejo de Estado, al responder consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puntualice la impropia utilización de algunos vocablos en ella, que daban margen para suponerle mayor campo de aplicación, no significa la comisión de delito alguno, más cuando las diligencias preliminares indican que fue elaborada por funcionarios subalternos de la Contraloría, con base en resoluciones antecedentes de semejante contenido sustancial, para precisar las funciones de una dependencia —la oficina jurídica— y no con referencia a ninguna situación particular.

La conducta denunciada constituye, apenas, el ejercicio de lo que de buena fe se creyó facultad jurídica por ejercer, buscándose de modo general y con destino a la administración pública, acrecentar la órbita de intervención de un organismo tan calificado como la Oficina Jurídica de la Contraloría. No puede encontrarse en tal comportamiento, un propósito dañino de contrariar el derecho conocido, ni invadir conscientemente y con afán de perjuicio, otros ámbitos y potestades. No se vislumbra siquiera, un abuso de autoridad en la más benévola de sus especies. Que a la postre se niegue la existencia de la facultad o su alcance, no es cuestión que convierta en delictuoso el acto inicialmente cumplido dentro de otras líneas de proyección. De no, toda decisión revocada daría lugar a procesamientos criminales. Precisamente la existencia de los recursos explica la posibilidad del conflicto de competencias, de los yerros o desvíos simplemente administrativos, sin más connotaciones, en la aplicación de un poder. Para considerar el desacierto con otra significación, concretamente de carácter penal, es necesario que aparezcan otros ingredientes, ya insinuados, y que están ausentes de la actividad que se analiza.

De consiguiente, si en el caso que se examina el comportamiento del funcionario acusado no tiene implicaciones delictuosas, procede el auto inhibitorio en los términos del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, ABSTIÉNESE de iniciar sumario al doctor Aníbal Martínez Zuleta, en su condición de Contralor General de la República, por los hechos ameritados en las motivaciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, Antonio José Uribe Prada (Conjuez).

Alberto Mora Cupollos
Secretario.

Salvamento de voto

Disentimos de la providencia de mayoría en cuanto fundamenta la decisión inhibitoria en causal de inculpabilidad.

Para fundamentar nuestra posición recordamos la doctrina inmediatamente anterior de la Corte:

"Cuando por cualquier vía al funcionario de instrucción llega noticia de la probable comisión de un hecho susceptible de investigación penal y existe duda sobre la necesidad de iniciar o no el sumario respectivo, la ley (artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal) lo autoriza para disponer la práctica de las diligencias que considere necesarias con el fin de despejar aquella duda.

"2. Si como resultado de esa indagación preliminar, el funcionario encuentra que el hecho no ha existido o que la acción penal no puede iniciarse o que no está previsto legalmente como infracción, se abstendrá de abrir investigación en providencia motivada.

"3. Tres son, pues, los motivos que impone al instructor auto inhibitorio:

"a) Que el hecho denunciado o del cual ha tenido conocimiento por otros medios, no ocurrió en la realidad, como cuando se informa de un homicidio y aparece la persona supuestamente ultimada;

"b) Cuando no sea jurídicamente posible iniciar proceso, ya porque se trata de un delito que exige querella de parte y ésta no se ha pre-

sentado aún, o se formuló después del lapso legalmente previsto para ello (caducidad), ora porque la acción penal ha prescrito por vencimiento de los términos a que se refiere el artículo 105 del Código Penal;

"c) Que el hecho en cuestión o la conducta atribuida a alguien conocido o desconocido, no corresponda a la genérica descripción que de ella hace un tipo penal.

"4. Este último supuesto apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa; aquélla, cuando el hecho o conducta no está recogida en ningún tipo legal, como ocurriría en el caso del adulterio; ésta, cuando a pesar de existir uno o varios tipos que describen abstractamente tal comportamiento, el que concretamente se ha indagado no se adecua a ninguno de tales marcos típicos por falta de correspondencia con uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia creyendo que es ajena. Tal es el alcance de la expresión 'no está previsto en la ley como infracción' que utiliza el legislador en su artículo 320, materia de este comentario analítico.

"5. Como quiera que delito (o contravención) es la realización de conducta típica, antijurídica y culpable, el auto inhibitorio se impone solamente cuando de las diligencias preliminares practicadas se concluya que el hecho examinado no es típico. Las notas o caracteres de la antijuridicidad —con sus causales de justificación— y de la culpabilidad —con sus causales de inculpabilidad— han de ser necesariamente examinadas dentro del proceso, es decir, a partir del auto cabeza de proceso y hasta la sentencia, porque se trata de complejos problemas jurídicos que exigen comprobaciones fácticas y exhaustivos análisis y porque en la aportación de los hechos y en su examen han de intervenir las partes, interesadas en su reconocimiento o repudio.

"Pretender la solución del auto inhibitorio por razones de justificación o de inculpabilidad es no sólo desconocer el limitado alcance que precisa el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, sino decidir la ausencia de responsabilidad penal de alguien, sin que exista aún proceso y sin que, por lo mismo, las partes interesadas (Ministerio Público, sindicado, apoderado) hayan podido intervenir con la aportación de pruebas, en la controversia de las mismas y en su análisis.

"La facultad que Ministerio Público y denunciante o querellante tienen de recurrir del auto inhibitorio no subsana aquella irregularidad porque siendo, obviamente, posterior al pronunciamiento judicial, sólo conseguiría en caso de prosperar que se inicie tardíamente la investigación propiamente dicha, cuando tal vez diligencias urgentes que no se realizaron, resultarían ya impracticables o de dudosa utilidad.

"6. Que la expresión 'no está previsto legalmente como infracción', utilizada por el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, únicamente se refiere a la tipicidad de la conducta, lo demuestra el hecho de que ella se reitera en el artículo 491 de la misma codificación, como causal de sobreseimiento definitivo, causal que esta norma separa nítidamente de una segunda que consiste en la demostración de que 'el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal', y que no son otros, ciertamente, que los de inculpabilidad y justificación".

7. Cuando sostenemos que el auto inhibitorio solamente puede dictarse si de la indagación preliminar emerge la atipicidad de la conducta atribuida al denunciante, no estamos haciendo referencia a los llamados "factores de mera tipicidad objetiva", sino al concepto integral de tipo penal con sus necesarios elementos descriptivos y sus eventuales ingredientes normativos y subjetivos que no deben ser confundidos —estos últimos— con el fenómeno de la antijuridicidad ni con referencias a los momentos cognoscitivo y volitivo del dolo que algunas veces con impaciencia antitécnica el legislador incrusta en la figura legal pero que no pertenecen al tipo a menos que se acepte la concepción finalista de la culpabilidad.

8. Si el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, dijese que el juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho *no constituya infracción penal*, tal vez tendría razón la mayoría al afirmar que la palabra "infracción" allí empleada equivale a delito entendido como conducta típica, antijurídica y culpable; pero lo que en la norma aparece consignado es que el hecho *no está previsto en la ley como infracción*, es decir, que no está descrito legislativamente como tipo delictivo o contravencional, lo que es bien diverso; es el mismo alcance que el Código le da a esta expresión en su artículo 1º que consagra, sin duda alguna, el principio de tipicidad.

9. Tampoco nos parece correcta la identificación entre cuerpo del delito y tipicidad; la razón es bien simple: si aquel concepto sólo apunta

a los aspectos objetivos de tipo y éste suele contener, además, ingredientes normativos y subjetivos, síguese que no pueden equipararse uno y otro fenómenos.

10. La norma sobre auto inhibitorio y su complementaria de indagación preliminar se dictaron para evitar iniciación de sumario frente a cualquier denuncia por hecho supuestamente delictivo, pero no con el objeto de adelantar un "proceso" sin partes, ni de dictar "sentencia" absolutoria con preterminisión de las formas propias del juicio; grave y peligroso procedente es éste porque en acción secreta, en la que ni siquiera intervienen Ministerio Público, parte civil o denunciado, se declara la irresponsabilidad penal de alguien a quien se imputó la comisión de un hecho descrito en la ley como delito. Que tal determinación no haga tránsito a cosa juzgada no constituye argumento convincente, como ya se indicó, porque lo evidente es que se ha hecho pronunciamiento negativo de responsabilidad fundado en acervo probatorio que no pudo ser controvertido, al menos por el representante de la sociedad.

Tales son las razones que nos han impulsado a consagrar este disentimiento.

Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha ut supra.

NULIDAD

Definición y clasificación

HOMICIDIO AGRAVADO

Existe diferencia entre la muerte que se ocasiona a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, y la que se realiza abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido

ACUMULACION DE PROCESOS

Es jurídicamente posible decretar la acumulación de un proceso en el que se ha llamado a juicio a un sindicado, con otro en el que se ha tomado igual determinación respecto del mismo procesado por delito distinto, y en el que además se dispuso sobreseer temporalmente a otro sindicado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 60 de junio 12 de 1981.

Bogotá, D. E., junio 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Decidirá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de José Antonio Monsalve Daza a quien se condenó, junto con Rodolfo Antonio Vásquez por delitos de homicidio y robo a las penas de 15 y 21 años de presidio, respectivamente, determinación ésta tomada por el Tribunal Superior de Cúcuta.

Hechos

El 29 de enero de 1977 las autoridades de Tibú (Departamento del Santander del Norte) practicaron el levantamiento del cadáver de Nicacio Gómez Saavedra, fallecido por asfixia consecuencial a estrangulamiento. El 6 de febrero de 1978 fue hallado en la ciudad de Cúcuta el cuerpo sin vida de Tito Silva, con huellas de violencia que determinaron su muerte por lesiones y asfixia.

Actuación procesal

1. El homicidio de Gómez Saavedra fue investigado por el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal y correspondió al Juzgado Segundo Superior de Cúcuta, funcionario éste que llamó a juicio a Rodolfo Antonio Vásquez como autor de homicidio y robo agravado en la persona y bienes de Gómez Saavedra y sobreseyó temporalmente a José Antonio Monsalve, ambos vinculados a la investigación; el auto de proceder quedó ejecutoriado en el mes de junio de 1979.

2. El homicidio de Tito Silva Torres fue investigado por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal y correspondió al Juzgado Tercero Superior de Cúcuta, funcionario éste que llamó a juicio a Rodolfo Antonio Vásquez y a José An-

tonio Monsalve como coautores de homicidio agravado. Tal providencia, recurrida oportunamente, fue confirmada por el Tribunal, que precisó como causal de agravación la del número 6º del artículo 363 del Código Penal y no la 5ª mencionada en el auto recurrido.

3. Informado el Juzgado Tercero Superior del llamamiento a juicio proferido por el Segundo contra Rodolfo Antonio Vásquez, dispuso mediante providencia del 2 de julio de 1979 la acumulación de esta causa con la que él mismo adelantaba contra los procesados Vásquez y Monsalve.

4. Acumulados los juicios, en la audiencia pública se preguntó al jurado por la responsabilidad de Vásquez en el homicidio agravado de Tito Silva, en el agravado de Nicacio Gómez y en el robo de los bienes de éste, y por la responsabilidad de Monsalve en el homicidio agravado de Silva. Todos los cuestionarios fueron resueltos afirmativamente y con fundamento en ellos se profirió sentencia condenatoria a 21 años de presidio para Vásquez y a 15 para Monsalve, determinación ésta confirmada por el Tribunal.

Demanda

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en las causales cuarta y primera, aquélla con cinco cargos y ésta con dos, así:

Causal cuarta. Primer cargo. Se incurrió en nulidad constitucional con violación del artículo 26 de la Carta, del artículo 90, número 1 del Código de Procedimiento Penal y de los artículos 362 y 363, números 5º y 6º del Código Penal, aquéllos por falta de aplicación y éstos por aplicación indebida, porque hubo acumulación ilegal de los procesos en razón de que respecto de uno de ellos se había proferido sobreseimiento temporal, y esta determinación judicial no podía tomarse mientras el sobreseimiento temporal que favorecía a su patrocinado Monsalve no se hubiese transformado en auto de proceder.

Segundo cargo. Se incurrió en nulidad supralegal por violación inmediata de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 472, 477, 480 y 493 del Código de Procedimiento Penal y en violación mediata de los artículos 362 y 363, números 5º y 6º del Código Penal, porque se violaron las formas propias del juicio al no definirse previamente la situación jurídica de su patrocinado en cuanto al sobreseimiento temporal por el homicidio de Nicacio Gómez, en relación con el cual no se cerró de nuevo la investigación, no hubo concepto fiscal, ni tampoco segunda calificación.

Tercer cargo. Se incurrió en nulidad constitucional por falta de aplicación de los artículos 26 de la Carta y 537 del Código de Procedimiento Penal y por violación mediata de los artículos 362 y 363, números 5º y 6º del Código Penal, porque han debido hacerse tantos cuestionarios cuantos sindicados y casos hubiera en el proceso y a Monsalve solamente se le formuló un cuestionario por el homicidio de Tito Silva y nada se le preguntó al jurado sobre su responsabilidad en la muerte de Nicacio Gómez.

Cuarto cargo. Se incurrió en nulidad supralegal por violación inmediata de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 169 del Código de Procedimiento Penal y mediata de los artículos 362 y 363 números 5º y 6º del Código Penal porque la sentencia impugnada no resolvió la imputación hecha al procesado Monsalve por la muerte de Nicacio Gómez.

Quinto cargo. Se incurrió en nulidad constitucional por violación inmediata de los artículos 163 de la Carta y 171 número 5º, literal c) del Código de Procedimiento Penal y mediata de los artículos 362 y 363, números 5º y 6º del Código Penal, porque la sentencia no precisa "si a mi representado se le condenó como autor, coautor, cómplice necesario o cómplice no necesario, en la muerte de Tito Silva Torres".

Causal primera. Con fundamento en esta causal se formularon dos cargos, así:

Primer cargo. La sentencia incurrió en violación inmediata del artículo 385 del Código Penal por falta de aplicación y del artículo 363 por aplicación indebida, en razón de que la sentencia impugnada "omitió la escogencia entre coautoría y complicidad y no se aplicó la figura de la complicidad correlativa" y porque, además, "se aplicó el artículo 363 del Código Penal, el cual como tipo subordinado que es, no debe servir de base o fundamento para otro tipo subordinado como el artículo 385".

Segundo cargo. La sentencia incurrió en violación inmediata del artículo 363 número 5º del Código Penal por indebida aplicación puesto que, "integrada con la de primera instancia como consecuencia de la confirmación integral, aplicó a mi representado, de manera simultánea e indiscriminada, los ordinales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal, por la muerte de Tito Silva Torres". Pese a tal impugnación el recurrente reconoce que aun aceptándola, no habría lugar a casación "por no haber trascendido el error de

la parte motiva a la parte resolutiva de la sentencia"; aún así, sugiere pronunciamiento de la Corte "para efecto de la unificación jurisprudencial, finalidad primordial del instituto de la casación".

Finaliza el memorialista su extenso alegato con solicitud de libertad para su cliente "como quiera que mediante la aceptación de los cargos de la presente demanda y de la consiguiente casación de la sentencia impugnada, los juicios quedarán en etapa de sumario, sin auto de proceder y sin mérito para tal calificación en ninguno de los dos juicios".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal refuta los cargos presentados por el recurrente de la siguiente manera:

Primero. "Constituye imperdonable error de técnica de casación combinar disposiciones de naturaleza sustancial con normas de carácter procesal para concluir que se debe invalidar la causa, pero que se deben aplicar disposiciones sustantivas".

Segundo. "En la descripción del proceso se hizo notar que la acumulación se refirió única y exclusivamente a Rodolfo Antonio Vásquez contra quien se dictaron dos autos de proceder. A José Antonio Monsalve se le comprometió por homicidio agravado en Tito Silva, se le formuló cuestionario por este ilícito y se le condenó a 15 años de presidio, pena mínima prevista en el artículo 363 del Código Penal, vigente para la época en que dictaron los fallos de instancia. Se demuestra así que la acumulación del proceso no tuvo ninguna influencia en la responsabilidad penal y en la condena de Monsalve Daza".

Tercero. "No tiene respaldo jurídico alguno sostener que hubo nulidad del proceso por no haberse continuado el trámite por la muerte de Nicacio Gómez en cuanto se refería a José Antonio Monsalve, pues éste fue favorecido con un sobreseimiento temporal que quedó en firme por no haber sido impugnado (cargos 2º, 3º y 5º). Por lo demás, advierte el Ministerio Público que de prosperar estos motivos de acusación el abogado estaría pidiendo agravar la situación jurídica de su cliente, pues no otra cosa significa pretender que se hubiese llamado a juicio a Monsalve por homicidio en Nicacio Gómez y continuar el trámite procesal hasta dictar sentencia definitiva".

Cuarto. "La complicidad correlativa no era una transacción que pudiera adoptar el juzgado de instancia *motu proprio* al dictarse sentencia, pues tanto en las causas con o sin jurado de conciencia ella debía tener respaldo probatorio. Por lo demás, no es cierto que en los fallos no se haya determinado el título de participación de Monsalve en el homicidio agravado en la persona de Tito Silva. Ya se dejó aclarado que el Tribunal Superior de Cúcuta al confirmar el auto de proceder se refirió expresamente a este tema y a la circunstancia agravante que concurrió en este caso".

Quinto. "Finalmente, el mismo demandante en casación manifiesta que su séptimo cargo no puede prosperar porque el pretendido error en la parte motiva de la sentencia de segunda instancia no pasó a la parte resolutiva. En este comentario sí le asiste razón al actor". Con fundamento en estas observaciones críticas, el Ministerio Público solicita que se deseche el recurso de casación propuesto.

Considerandos

1. *La nulidad desde el punto de vista sustancial es la inidoneidad de un acto procesal para alcanzar su finalidad jurídica; ella se concreta en la declaración judicial de que el acto es inválido para producir los efectos que la respectiva norma le señala porque al realizarlo se obró de manera diversa a la debida, y de que por eso es necesario corregir la actuación viciada. La contradictoriedad entre lo debido y lo realizado suele darse en el plano de la normatividad legal; pero en veces trasciende esa esfera para asentarse en la propia Constitución; ello ocurre cuando el acto viñe con algún principio de validez reconocido en el Estatuto Jurídico Fundamental. Por eso se mencionan dos especies de nulidad, las de carácter legal y las de orden constitucional; aquéllas, expresamente consagradas en el Código de Procedimiento Penal y éstas enmarcadas en principios rectores de la Constitución.*

2. Con fundamento en la causal cuarta el recurrente ataca la sentencia por vicios de nulidad constitucional mediante cinco cargos, cuatro de los cuales tienen un mismo fundamento, el de que la acumulación procesal decretada por el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta fue ilegal porque en el proceso adelantado por el Juzgado Segundo de ese mismo Distrito por la muerte de Nicacio Gómez se dispuso sobreseer temporalmente a su cliente José Antonio Monsalve y sin que tal situación se hubiese resuelto definitiva-

mente, decretose la acumulación, y esta determinación no puede tomarse cuando uno de los procesos está aún en estado de sumario, sino cuando todos han entrado a la etapa de la causa.

3. *La acumulación se decreta respecto de procesos en que el auto de proceder se halle ejecutoriado, conforme lo autoriza el artículo 99 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, cuando al calificar el mérito de sumario en el que existen varios sindicados, se llama a juicio a uno de ellos y se sobresee temporalmente a los otros, en firme dicha providencia, la causa contra el llamado a juicio sigue adelante, lo mismo que en forma separada la reapertura de la investigación respecto de los temporalmente sobreseídos. Como quiera que la responsabilidad penal es de carácter individual e intransmisible, esta separación no afecta en absoluto las garantías procesales de los incriminados. Es, entonces, jurídicamente posible decretar la acumulación de un proceso en el que se ha llamado a juicio a un sindicado, con otro en el que se ha tomado igual determinación respecto del mismo procesado por delito distinto, y en el que, además, se dispuso sobreseer temporalmente a otro sindicado, pues que esta última determinación da lugar a reapertura de la investigación, es decir, retrotrae la actuación el estado de sumario respecto de dicho incriminado y, desde luego, no será materia de la acumulación decretada.*

4. En el presente caso fue eso lo ocurrido. Ejecutoriado el auto por medio del cual el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta llamó a juicio a Rodolfo Antonio Vásquez y sobreseyó temporalmente a José Antonio Monsalve y a otro por la muerte de Nicacio Gómez y ejecutoriado igualmente el auto de proceder dictado por el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta contra Vásquez y Monsalve por homicidio en la persona de Tito Silva, bien hizo este funcionario al disponer la acumulación del proceso que adelantaba con la causa seguida por el Juzgado Segundo Superior contra Vásquez por el homicidio perpetrado en Nicacio Gómez; no hubo, entonces, acumulación de causa con sumario, pues el que surgió del sobreseimiento temporal con que se favoreció a José Antonio Monsalve continuó en el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta. Y si esta acumulación fue correctamente decretada, más puede hablarse de nulidad constitucional por supuesta violación de las formas propias del juicio, porque ellas no se vulneraron. Queda así desvirtuado el primero de los cargos que por nulidad se le hacen a la sentencia del Tribunal de Cúcuta. Pero como los tres restantes, son derivación de aquél, puesto que mediante ellos se ataca la sentencia por no haberse ocupado de la situación jurídica de Monsalve respecto del homicidio de Nicacio Gómez por el cual fue sobreseído temporalmente, síguese que habrán de sufrir suerte igual como consecuencia de su accesoriedad.

5. El último cargo de nulidad radica en —que según el recurrente la sentencia no motiva la condenación proferida contra su patrocinado en la muerte de Tito Silva porque no indica si actuó a título de autor, coautor, cómplice necesario o cómplice no necesario—. La aseveración es infundada. El auto del Tribunal que confirmó el enjuiciamiento de los procesados dice respecto de Monsalve que su *autoría* y consiguiente responsabilidad en la muerte de Silva se encuentra suficientemente probada (folio 258, cuaderno 1); en el cuestionario que se le formuló al jurado pregúntase si Monsalve es o no responsable "de haber causado la muerte a Tito Silva"; la sentencia de primera instancia está edificada sobre la imputación a Monsalve y a Vásquez como autores del homicidio de Silva y a éste, además del homicidio de Gómez y de robo; y el fallo del Tribunal reconoce paladinamente tales autorías. No existe, desde luego, discrepancia sustancial alguna entre autoría y coautoría; aquélla se da cuando una sola persona realiza la conducta típica y ésta cuando el mismo hecho punible es ejecutado conjuntamente por varias personas en calidad de autores; la coautoría es, pues, una autoría parima; lo que la sentencia del Tribunal ha dicho es que Monsalve y Vásquez dieron muerte a Silva y, por lo tanto, fueron los autores de tal homicidio, y eso está consignado en una providencia debidamente motivada. No prospera, pues, este cargo.

Causal primera.

6. La primera tacha que con fundamento en la causal primera hace el recurrente a la sentencia es antitécnica, porque ya había sido formulada en el cargo precedente al amparo de una supuesta nulidad constitucional, aunque a ella se agregue ahora que la sentencia no reconoció complicidad correlativa. Si quedó precisado, al estudiar el cargo precedente, que la sentencia impugnada condenó a José Antonio Monsalve como coautor del homicidio en la persona de Tito Silva, no puede afirmarse que el Tribunal omitió señalar a qué título se le dedujo responsabilidad por aquel hecho.

Ahora bien, si lo que el memorialista pretende es reclamar para su patrocinado una complicidad correlativa y no coautoría en la muerte de Silva,

tendría que haberlo hecho por la vía de la violación indirecta de la ley por falta o errada apreciación de las pruebas como que esta figura suponía en el Código anterior imposibilidad procesal de comprobar autoría entre los copartícipes.

7. Aunque el propio recurrente reconoce que este cargo es inane porque no se reflejó en la parte resolutiva de la sentencia, conviene puntualizar que ni siquiera es predicable de la motiva. Lo que realmente ocurrió fue que al llamar a juicio a los procesados por la muerte de Silva el juzgado les dedujo como agravante la causal 5ª del artículo 363 del Código Penal; pero el Tribunal al revisar tal providencia corrigió el error y dijo expresamente que la causal de agravación imputable era la 6ª por abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima (folio 258, cuaderno 1); los cuestionarios fueron formulados con expresa referencia a esta última agravante (folios 367 y 368, cuaderno 1) y aunque en la parte motiva de la sentencia de primera instancia el juzgador menciona equivocadamente las causales 5ª y 6ª del artículo 363, en la resolutiva impuso a Munsalve la pena mínima prevista en aquella disposición - lo que no hubiera ocurrido de haber tomado en consideración ambas agravantes— pena mínima que el Tribunal confirmó en la sentencia impugnada.

Desde luego, que *no lo es lo mismo matar poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad (numeral 5º) que hacerlo con abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido (numeral 6º); en aquella hipótesis el agente despliega comportamiento insidioso, asechante, alevoso, utiliza el mecanismo artero y solapado del veneno o emplea cualquier otro artificio que coloque al sujeto pasivo en condiciones desventajosas para intentar con fortuna reacción tempestiva a la letal agresión; en esta, el actor no necesita utilizar ninguno de aquellos subterfugios para lograr su propósito homicida, porque el destinatario de la acción se encuentra ya en situación personal desventajosa —enfermo, dormido, minusválido, drogado— inferioridad ésta que aprovecha para consumar sin riesgo y con mayor seguridad el homicidio.*

Como en este caso, según ya se vio, no hubo en la sentencia confusión entre las dos agravantes ni deducción conjunta, sino referencia a la del numeral 6º del artículo 363 del Código Penal —pese a error intranscendente en la parte motiva de la sentencia de primer grado— resulta inválido el último cargo que por esta razón se le hace al fallo del Tribunal.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

La Corte tiene competencia para decidir en sede de casación solicitud de cesación de procedimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 60 de junio 12 de 1981.

Bogotá, D. E., junio 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Solicitan procesado y apoderado cesación de procedimiento respecto de cuatro de los seis juicios acumulados en este proceso.

Resultandos

1º Consideran que en relación con tales causas la acción penal no puede proseguir por atipicidad del hecho incriminado, ya que habiendo sido llamado a juicio y condenado el procesado por giro ilegal de cheques, el nuevo Código Penal suprimió la ilicitud de la emisión o transferencia de cheque post-fatado o dado en garantía, situaciones éstas que en su concepto se dan en cuatro de las seis causas que se le acumularon, así:

a) Causa 7704: se trata de un cheque dado en garantía y además sometido a plazo, como lo habría reconocido el denunciante señor Jairo Reyna Niño;

b) Causa 7771: se emitió cheque post-fechado para cancelar parcialmente compra de hierro a la ferretería "Jovra" como lo reconoce su empleado Alejandro de Jesús Duque;

c) Causa 7865: refiérese a cheque girado en garantía que requería, además, confirmación escrita para su pago, como se desprende de un comprobante contable que se adjuntó al proceso, y

d) Causa 8115: también versó sobre cheque post-datado, situación que habría aceptado el propio juzgado en el auto de proceder.

2º El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la Corte no es competente para decidir la cesación de procedimiento solicitada porque se trata de una cuestión regulada por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal en el sentido de entregar su solución al juez del conocimiento; pide, pues, que se envíe el proceso a tal funcionario y que, resuelta por él, la petición regrese a la Corte para que corra el último día hábil que resta del recurso de casación y entonces esta Corporación resuelva lo pertinente.

Considerandos

1º *El punto relacionado con la competencia de la Corte para decidir en sede de casación solicitud de cesación de procedimiento fue resuelta recientemente por esta Sala en sentido afirmativo, como se desprende de los siguientes apartes de la respectiva providencia; que reitera y amplía una anterior del 10 de noviembre de 1958:*

*"La amplitud de criterio que recoge la providencia transcrita, consulta los elevados fines que persigue este medio extraordinario de fenecimiento de la acción penal, que no son otros que los de no dilatar innecesariamente la decisión de una situación jurídica generada en una causa que no existió o dejó de tener vigencia. Poderosas razones de justicia y también de economía procesal prestan sólido respaldo a esta posición. Además, la objeción que podría resultar de la preterm*isión de la instancia, obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico de las decisiones del inferior en orden a enmendar posibles desa-

ciertos, quedan asegurados, hay que presumirlo, cuando es el máximo organismo judicial el que conoce".

2º El inciso 4º del artículo 357 del nuevo Código Penal dispone que "la emisión o transferencia de cheque post-datado o entregado en garantía no da lugar a acción penal"; por manera que si esta situación aparece plenamente demostrada en un proceso aún no culminado en sentencia condenatoria ejecutoriada, es procedente cesación de procedimiento porque la acción penal no podría continuar, y tal pronunciamiento es posible aún en sede de casación. Sobre tales supuestos habrá de examinarse la petición de los memorialistas respecto de cada una de las causas en las que sostienen haberse dado tal situación.

3º *Causa 7704:* El procesado giró en favor de Jairo Reyna Niño cheque número 045081 del Banco Nacional —sucursal 7 de agosto de Bogotá— con fecha noviembre 5 de 1975 por la cantidad de $ 291.944.00, para cancelar compra de acero; presentado al Banco girado, el cheque fue devuelto por fondos insuficientes (folio 103, cuaderno copias). Como lo indican juzgado y Tribunal al emitir sentencia condenatoria, no fue este cheque postdatado; su fecha corresponde a la de su emisión y se presentó al Banco para su pago cuando todavía estaba vigente la cuenta corriente a que pertenecía. La constancia que posteriormente se adjuntó al proceso en el sentido de que se había girado en forma postdatada para servir de garantía (folio 138) no parece corresponder a la realidad, dadas las fechas de la negociación y del cheque y la concreta aseveración del beneficiario de que fue girado para ser cobrado a su presentación. Lo que realmente se presentó como garantía del pago del cheque fue una carta de crédito que no pudo hacerse efectiva porque era intransferible; pero entonces no fue el cheque el que se emitió en garantía, sino la carta de crédito que con posterioridad a la emisión de aquél presentó el girador y que, como ya se indicó, no logró cumplir la finalidad para la cual se ofreció. Concluyese, pues, que el giro de este cheque realizado por el procesado continúa siendo comportamiento subsumible en el tipo de emisión ilegal de cheques descrito en el artículo 357 del nuevo Código Penal y que, por consiguiente, no es procedente la cesación de procedimiento solicitada.

4º *Causa 7771:* El procesado giró el cheque número C020095 contra el Banco de Occidente —Sucursal San Agustín de Bogotá—, con fecha 11 de febrero de 1976 por la cantidad de $ 24.000.00 para cubrir el saldo de una cuenta por $ 57.000.00 resultante de la compra de hierro en la ferretería "Jovra", pues pagó en efectivo la cantidad de $ 33.000.00; presentado para su cobro ese mismo día, fue devuelto por fondos insuficientes; tampoco fue pagado al ser presentado dos días después. Alégase que fue cheque postdatado. Esta cuestión también fue examinada por juzgado y Tribunal en sus sentencias condenatorias y resuelta negativamente. Sin embargo, parece evidente que la negociación se efectuó el 3 de febrero de 1976 (así se desprende de la fecha que consta en la respectiva factura), que el cheque tiene fecha del 11 de febrero y que el empleado que le vendió el hierro, Alejandro de Jesús Duque, admite que el total de la cuenta lo canceló Ospina Caitán, así: $ 33.000.00 en dinero efectivo y el resto con un cheque por $ 24.000.00 "para cubrir a unos días de la fecha en que retiró la mercancía" (folio 12), lo que permite concluir la existencia de postdata y, por ende, la procedencia de cesación de procedimiento en razón de esta causa.

5º *Causa 7865:* El procesado giró a la señora Leonor Pérez Hernández el cheque número 3645985 del Banco Popular de Bogotá con fecha 10 de noviembre de 1975 por la cantidad de $ 24.000.00 para cubrir arrendamiento de una bodega; el Banco girado no pagó el cheque por carencia absoluta de fondos pocos días antes de cancelar dicha cuenta. Aunque Ospina Gaitán asevera unas veces que el instrumento fue girado en garantía de servicios que pudiera quedar debiendo en el curso del contrato de arrendamiento y otras que lo dio de manera postfechada y para demostrar lo primero presenta comprobante de egresos con nota manuscrita en tal sentido en la que aparece la firma de la beneficiaria, ésta en diligencia de careo le sostiene que el cheque fue girado para pagar el arriendo del mes de noviembre; en cuanto a la nota en mención obsérvese —como ya lo hicieron los juzgadores de instancia—, que en ella se indica, escrito a máquina que el cheque se emitió para pagar el arrendamiento de la bodega el mes de noviembre y que el agregado de que constituía garantía por servicios y requería confirmación ulterior para su pago, no solamente resulta contradictorio con la primera parte sino que está hecho a mano, lo que permite fundadamente suponer que fue hecho en adición ulterior; por lo demás, el cheque no presenta en su respaldo leyenda alguna que modifique la orden incondicional de pago que contiene. De las consideraciones precedentes resulta que tanto frente al Código Penal anterior como al actual, es este comportamiento típico y

que, por consiguiente, no hay lugar a decretar cesación de procedimiento respecto de esta causa.

6º *Causa 8115:* El procesado giró a favor de "Ferretería La Castellana" el cheque número 006399 el día 4 de julio de 1975 para pagar saldo de $ 9.325.00 en razón de mercancía adquirida por mayor valor; presentado el documento al Banco girado -Santander, oficina del C.A.N.— fue devuelto por cuenta cancelada. Dice el memorialista que el cheque se emitió para ser pagado treinta días después como aparece en la factura de compra. Sin embargo, está plenamente demostrado que cuando el enjuiciado giró el cheque —4 de julio de 1975— su Cuenta Corriente ya había sido cancelada por el Banco girado, pues lo fue en efecto el 1º del mismo mes y año; de tal manera que al emitir ese título valor sobre cuenta cancelada consumó el hecho punible descrito en el artículo 1º del Decreto 1135 y reiterado en este aspecto por el artículo 357 del nuevo Código Penal. Aun aceptando, pues, que al girarlo hubiese logrado la aceptación del beneficiario para su cobro posterior, tal hecho no modifica su situación jurídica porque el fenómeno de la postdata no es predicable para efectos penales de cheque emitido sobre cuenta cancelada, dado que en tal caso el instrumento no puede ser hecho efectivo ni siquiera en el momento mismo de su emisión, pues que ha terminado unilateralmente el contrato de cuenta corriente del cual la chequera no es más que una secuencia. Tampoco es pertinente a este respecto la solicitud del procesado.

7º Como al recurrente le queda aún un día del término que corre para presentar demanda de casación, pues la petición de cesación de procedimiento presentada el último día de dicho término lo interrumpió, al quedar ejecutoriada esta providencia, regresará el expediente a la Secretaría para que permanezca a disposición del demandante durante un día hábil.

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

Resuelve:

1º Disponer la cesación de procedimiento contra el procesado Hugo Fernando Ospina Caitán, en relación con la causa número 7771 que, acumulada a otras, dio origen a este proceso.

2º Negar la cesación de procedimiento solicitada respecto de las causas números 7704, 7855 y 8115, acumuladas también en este proceso.

3º Ejecutoriada esta providencia, permanezca el proceso en Secretaría por un día hábil a disposición del recurrente para los efectos del recurso de casación inicialmente impetrado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ESTRUCTURA DEL DELITO

La concepción finalista de la acción no tiene cabida en nuestro ordenamiento penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 61.

Bogotá, D. E., junio 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha de resolver la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá, que sobreseyó definitivamente en favor del doctor Jorge Luis Quintero Milanés por los hechos punibles que se le imputan.

Hechos

En el trámite de una investigación penal adelantada por el doctor Jorge Luis Quintero Milanés como Juez Setenta y Uno de Instrucción Criminal de Bogotá, por supuesto delito de homicidio tentado, se le acusa de no haber interrogado personalmente a dos testigos (Armando Salgado y Esperanza Ortegón), de haber rechazado ilícitamente el reconocimiento de una parte civil y de haber proferido auto ilegal al negarse a detener preventivamente a un sindicado y disponer, en cambio, la vinculación al sumario del propio denunciante.

Resultandos

1. En el curso del proceso adelantado por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá para investigar estos hechos, se oyó en indagatoria al sindicado, se demostró que actuó como juez de la República, se recibieron las declaraciones del denunciante Armando Salgado y de Esperanza Ortegón y los testimonios de los empleados del Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal Zenaida Orjuela, Alvaro Rodríguez y Javier Giraldo, y se practicaron confrontaciones entre el sindicado y Armando Salgado y entre éste y el Secretario del Juzgado Alvaro Rodríguez.

2. Cerrada la investigación, el Tribunal dispuso sobreseimiento definitivo por todos los cargos formulados contra el juez Quintero Milanés, con fundamento en que no cometió delito de falsedad documental por falta de dolo, "porque al firmar las diligencias no incurrió en falta a la verdad", porque no se causó "daño efectivo o potencial para las partes o para la administración de justicia" y por ausencia de tipicidad; agrega el *a quo* que tampoco hubo delitos de prevaricato en razón de que las providencias cuestionadas —auto que negó la admisión de parte civil y auto en que se abstuvo de detener a un sindicado y ordenó indagar al denunciante— están razonados y aunque el primero fue revocado por el superior, no pueden ser tenidos como ilegales.

3. En el trámite de este recurso, el apelante pide que se revoque el auto del Tribunal, y en su lugar, se llame a juicio al procesado por haber incurrido en los delitos de falsedad documental al contrariar el expreso mandato del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal y de prevaricatos al dictar las providencias tildadas de ilegales; en subsidio reclama sobreseimiento temporal.

4. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que debe confirmarse la decisión del Tribunal, pues "en manera alguna el juez incriminado tuvo la conciencia de causar daño cuando faltó a la verdad, ni se causó perjuicio real a nadie y siendo ello así, esa mutación de la falsedad inocua (sic) no puede considerarse delito"; y en cuanto al prevaricato también opina que fue acertado el sobreseimiento defini-

tivo porque el sindicado al dictar aquellas providencias interpretó la ley honestamente y con los elementos probatorios que tenía a su alcance.

Considerandos

1. Del objetivo examen del sumario se desprenden los siguientes hechos procesales:

a) Que al culminar la segunda diligencia de ampliación de su denuncia, el abogado Armando Salgado Cuéllar dejó la siguiente constancia: "me retiro al firmar esta diligencia totalmente extrañado debido a la circunstancia de que tanto a mi testigo Esperanza Ortegón Pedraza como al suscrito a través de los extensos interrogatorios practicados durante siete y cinco y media horas aproximadamente y respectivamente, el señor juez titular de este despacho únicamente tomó el juramento de las diligencias pero no practicó tan siquiera una pregunta a ninguno de los dos" (folio 80, anexo 1);

b) Que allí mismo el juez sindicado dejó, a su vez, esta constancia: "en razón de que el proceso que actualmente se está ventilando, por el delito de tentativa de homicidio y dentro del cual se ha practicado la presente diligencia de denuncia no es el único proceso que el despacho está conociendo, es imposible que el señor juez interrogue en todas las diligencias, dado que es imposible por la necesidad de estar estudiando otros expedientes igualmente importantes, por tal razón se ha visto precisado a indicarle a los empleados las preguntas que deben hacer, estando sin embargo pendiente para aclarar cualquier dificultad que en el transcurso de la diligencia se presente" (folio 80, anexo 1);

c) Que tanto en su declaración como en diligencias de confrontación el abogado Salgado Cuéllar reafirma el contenido de su constancia y ratifica que el juez sindicado no lo interrogó al recibirle en dos sesiones la ampliación de su denuncia y que tampoco lo hizo cuando se consignó el testimonio de Esperanza Ortegón (folios 2, 51, 93 y 114, cuaderno principal);

d) Que Esperanza Ortegón declara enfáticamente no haber sido interrogada por el juez sindicado sino por el secretario y por otro empleado subalterno (folios 31 y 32 vuelto, cuaderno principal);

e) Que los empleados del juzgado Zenaida Orjuela, Alvaro Rodríguez y Javier Giraldo sostienen que el procesado interrogó a Salgado, por lo menos en la primera parte de su ampliación testimonial; que en la segunda le transmitió a Zenaida algunas preguntas, y que interrogó también a Esperanza Ortegón (folios 67, 73, 104, 105, cuaderno principal);

f) Que el sindicado, conforme lo indican sus empleados, afirma haber interrogado a la testigo Ortegón, haberlo hecho también a Salgado en la primera parte de la diligencia de ampliación y haberle indicado a su empleada Zenaida antes de la segunda parte de tal diligencia "que le formulara tales y cuales preguntas al precitado denunciante", aseveraciones éstas que ratifica en su confrontación con Salgado Cuéllar (folios 58, 60, 65, 85, 93, cuaderno principal);

g) Que tanto en las diligencias de ampliación de la denuncia rendidas por Salgado Cuéllar como en la de testimonio de Esperanza Ortegón, puede leerse esta frase final: "Se observó lo de ley" (folios 42, 69, 80, cuaderno principal);

h) Que la razón por la cual el procesado rechazó la demanda de constitución de parte civil presentada por el doctor Henry Sandoval Rodríguez en representación de Armando Salgado, fue la de que no estaba demostrado aún que el pretendiente hubiese sido la persona ofendida con la infracción (folio 110, cuaderno principal);

i) Que la providencia en virtud de la cual el sindicado se abstuvo de decretar la detención preventiva de Gustavo Contreras y ordenó vincular al proceso al señor Armando Salgado, está motivada con relativa extensión y en ella se expresan los argumentos que inclinaron al juez a tomar tal determinación (folios 91 a 106, cuaderno principal).

2. En relación con la imputación que se le hace al sindicado de haber incurrido en falsedad en el desarrollo de las diligencias testimoniales en que intervinieron Salgado Cuéllar y Esperanza Ortegón, considera la Sala que no es procedente decretar sobreseimiento definitivo porque no emerge del sumario plena demostración de ninguna de las causales que autorizan tal determinación (artículo 491 del Código de Procedimiento Penal). Necesario es aclarar aún, mediante diligencias de cargo, la ostensible contradicción que existe entre la aseveración de Esperanza Ortegón en el sentido de no haber sido interrogada por el juez acusado, y las afirmaciones opuestas del propio sindicado y de sus empleados. Requiérese igualmente, oír en ampliación de indagatoria al sindicado para que explique el real alcance y significado de la expresión "se observó lo de ley", con que culminaron las diligencias testimoniales de Esperanza Ortegón y Armando Salgado. Procede, igualmente, como

lo pide el recurrente, disponer la recepción del testimonio de Alberto Ovalle Pinzón, al parecer, empleado del Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal para que manifieste lo que le conste en relación con los hechos investigados. Finalmente, y porque el procesado sugiere exceso de trabajo en su oficina como razón para no haber atendido el reclamo legal de interrogar personalmente a los testigos, conviene comprobar con relativa precisión este punto. Se impone, pues, a este respecto sobreseimiento de carácter temporal.

3. *No sobra puntualizar que se equivocan Tribunal y Ministerio Público al señalar con lógica simultaneidad que el procesado no es responsable de falsedad documental por atipicidad de su conducta (no faltó a la verdad; no causó daño real ni potencial; incurrió en falsedad inocua) y, al propio tiempo, por ausencia de dolo (falta de intención de causar daño o de conciencia de ocasionarlo); y se equivocan, porque si se asevera que una conducta es atípica, sobra cualquier referencia a su culpabilidad, y si se afirma que no se concretó el dolo en sus aspectos cognoscitivo o volitivo, se está admitiendo que el comportamiento del cual se predica tal aseveración es típico y antijurídico, a menos que se acepte la concepción finalista de la acción que no tiene cabida, ciertamente, en nuestro ordenamiento penal.*

4. En relación con los cargos de prevaricato, ha de concluirse con el Tribunal que el procesado no delinquió porque los autos en que negó personería a quien pretendía ser reconocido como parte civil y en que se abstuvo de ordenar detención preventiva para un sindicado y dispuso vincular al sumario al denunciante, están formalmente motivados, contienen argumentos jurídicos atendibles y reflejan el criterio del juez respecto de hechos procesales; que el primero de ellos hubiese sido revocado por el Superior en providencia que no lo tilda de ilegal (folios 174/7, anexo 1), y que el segundo fuese criticado por la parte afectada, no constituyen argumentos válidos para concluir que son contrarios a la ley. No sobra, por lo demás, puntualizar que cuando el proceso llegó al juzgado del conocimiento —Juez Treinta Superior—, dicho funcionario resolvió que no se daba tentativa de homicidio en el caso investigado sino, tal vez, lesiones personales con incapacidad inferior a quince días y, por eso, envió la actuación a las autoridades de policía; y que repartida al Inspector Catorce "B" Penal Distrital de Bogotá, dictose allí auto de cesación de procedimiento para ambos sindicados (folios 287 a 288, anexo 1).

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

Resuelve:

1. Revocas el auto apelado en cuanto dispuso sobreseimiento definitivo en favor del procesado por el delito de falsedad documental y, en su lugar, sobreseerlo temporalmente; en la nueva etapa sumarial se practicarán las diligencias señaladas en la parte motiva de esta providencia y cualquiera otra que se considere necesaria para el pleno esclarecimiento de los hechos.

2. Confirman la providencia en sus demás determinaciones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Roberto Vélez Paternina.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO. RESPUESTAS DEL JURADO

Cuando el veredicto es mayoritario, dos de los jurados deben emitir una sola respuesta. Sin embargo, la multiplicidad de respuestas individuales no engendra nulidad, cuando ellas pueden ser apreciadas por el juez para deducir mayoría

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 61 de 16 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

En contra de la sentencia de 24 de julio de 1980, originaria del Tribunal Superior de Ibagué, interpuso recurso extraordinario de casación el condenado por homicidio Severiano Gaitán Rivera y lo sustentó mediante apoderado especial. Se procede a desatar el punto que la impugnación plantea.

Los hechos

El domingo 11 de diciembre de 1977 y en el perímetro urbano de Rioblanco, en el Tolima, Severiano Gaitán Rivera mediante la utilización de un arma de fuego dio muerte al ciudadano llamado Abersio Tapiero Vargas.

El proceso

El Juzgado Promiscuo Municipal de Rioblanco inició la investigación el mismo día de los hechos y en esa misma fecha se practicó la diligencia de levantamiento del cadáver. Capturado Gaitán Rivera el 12 siguiente, fue indagado el 13 y detenido el 14. Reconoció ser el autor del hecho averiguado. El proceso quedó radicado en el Juzgado Superior de Chaparral en donde se llamó a responder en juicio al procesado por un delito de homicidio sin atenuantes ni agravantes.

Al final de la audiencia pública, dos (2) de los miembros del jurado negaron la responsabilidad y uno (1) contestó que sí era responsable "pero en estado de ira y por intenso dolor, causado por grave e injusta provocación". Este veredicto, absolutorio por mayoría, fue declarado contrario a la evidencia de los hechos en providencia que confirmó el Tribunal.

En la segunda audiencia los jurados contestaron por separado, así:

"1º 'Sí es culpable pero con justa causa de la ira o del dolor'.

"2º 'Es culpable pero hay que tenerle en cuenta el estado que le daba la ira, el dolor y el miedo, como justa causa para actuar', y

"3º 'Sí es responsable teniendo en cuenta el estado psíquico de la persona con justa causa' ".

Con base en el anterior veredicto el juzgador de primera instancia consideró que el jurado había aceptado la circunstancia de atenuación del artículo 28 del Código Penal de 1936 y condenó al procesado a la pena principal de tres (3) años y ocho (8) meses de presidio en sentencia de 31 de mayo de 1980. En la segunda instancia el Tribunal dijo que no se daba en el caso de autos la circunstancia prevista en el artículo 28 del Código Penal de 1936 y acorde con el concepto fiscal reformó la providencia por considerar que se trataba de un homicidio sin atenuantes ni agravantes para imponer la pena de ocho (8) años de presidio en la sentencia que ahora es objeto de la impugnación.

La demanda

El censor aduce como única causal la del numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en su parte final.

Afirma en consecuencia que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado porque éste debe interpretarse como lo hizo el juzgador de primera instancia cuando encontró en él un reconocimiento de que el procesado obró de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 del Código Penal de 1936, vigente para la época de sucesión de los hechos.

Recuerda que durante la audiencia sólo se enfrentaron dos tesis: la del Fiscal que solicitó veredicto de responsabilidad acorde con los cargos del enjuiciamiento y la del defensor que planteó como principal una contestación, según la cual el procesado había obrado en "legítima defensa subjetiva", y una subsidiaria en el sentido de que se declarara que actuó en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Solicita al final que se case la sentencia recurrida y se dicte el fallo que deba reemplazarla.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal manifiesta que coadyuva la demanda y que, en su concepto, la sentencia debe casarse porque en la interpretación del veredicto, no obstante las varias respuestas que lo integran, se ve la reunión de todos los elementos necesarios para la aplicación del artículo 28 del Código Penal de 1936.

Afirma que las tres respuestas obtenidas reconocen expresamente que el procesado obró "con justa causa" y que, en consecuencia, hay referencia expresa a "la injusticia de la provocación". Por otra parte, si esa provocación consistió en el hecho de que Abersio Tapiero dio muerte al hermano del hoy procesado tres (3) años atrás, hay que aceptar que tal provocación fue grave.

Las consideraciones de la Sala

La declaración del jurado que como conclusión de la deliberación conjunta debe producir, veredicto como la denomina la terminología forense, puede ser adoptada por unanimidad cuando hay coincidencia de criterios en las tres personas que tal organismo constituyen; o por mayoría de votos, caso en el cual uno puede disentir de la decisión de sus dos colegas. Así se desprende, con claridad, del artículo 536 del ordenamiento procesal aún en vigencia.

Se deduce de allí que cuando el veredicto es mayoritario dos de los jurados deben emitir una sola respuesta. La del tercero ya no cuenta, pues apenas concreta una disidencia irrelevante. No resulta entonces estrictamente técnico el que cada uno de los miembros del jurado diga su propia respuesta para la pregunta que concreta el cuestionario.

Con esa manera de proceder se corre gran riesgo, pues cuando son inconciliables las tres respuestas deriva inexistente la veredicción. Por esa la jurisprudencia preconiza como sana práctica la del juez que instruye al jurado cuando termina el debate y antes de la deliberación sobre los mecanismos, puramente procedimentales, para la obtención de una solución exenta de contradicciones y adecuada a la evidencia de los hechos que recogió el proceso.

No quiere decir lo anteriormente comentado que la multiplicidad de respuestas individuales engendre nulidad legal o constitucional. Una vieja jurisprudencia que se adapta perfectamente al actual sistema, enseña que cuando las respuestas individuales pueden ser apreciadas por el juez para deducir una mayoría, el principio o mandato legal no se quebranta "pues, lo contrario, equivaldría a sacrificar el espíritu y contenido de la ley a la forma o letra de la misma" (sentencia de 7 de abril de 1954, LXXVII, 464).

En el caso presente cada jurado escribió su propia respuesta según se reproduce aquí; el 1º, dijo: "Sí es culpable pero con justa causa de la ira o del dolor", el 2º expresó: "Es culpable pero hay que tenerle en cuenta el estado que le daba la ira, el dolor y el miedo, como justa causa para actuar", y el 3º manifestó: "Sí es responsable teniendo en cuenta el estado psíquico de la persona con justa causa".

Dentro de una correcta interpretación del veredicto debe aceptarse que se reconoció para el procesado la circunstancia del artículo 28 del Código Penal de 1936, vigente para la época del enjuiciamiento y sentencia, que permite disminuir la sanción. Así lo comprendieron el juez de la primera instancia, el demandante y el Procurador que ahora conceptúa. No lo creyó así el Tribunal y su sentencia debe caer para dar paso a otra que consulte mejor la realidad que surge de un segundo y definitivo veredicto (artículo 565, inciso 3º del Código de Procedimiento Penal).

Las tres respuestas coinciden en afirmar la responsabilidad del procesado al deducirle culpabilidad. Las tres hablan de justa causa en el obrar violento y, en consecuencia, llevan implícito el reconocimiento de que hubo por parte de la víctima una provocación injusta. La primera se refiere a ira y dolor, la segunda también y agrega el miedo, y la tercera en forma por demás amplia se refiere al estado psíquico del procesado en el cual caben perfectamente la ira, el dolor y el miedo. El hecho de que se califique de justa la causa de la conducta del procesado permite concluir que la provocación a más de injusta fue grave para los jurados.

Surge también del proceso que la petición del Fiscal sobre condenación acorde con el pliego de cargos y la principal del defensor sobre legítima defensa subjetiva fueron rechazadas para acoger la subsidiaria que este último planteó.

La causal de casación aducida prospera porque según el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal: "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" y, según queda demostrado la que aquí se dictó está en desacuerdo con dicho veredicto (numeral 2º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). La Sala dictará el fallo que debe reemplazar la sentencia que se casa (numeral 2º, artículo 583 del Código de Procedimiento Penal).

El procesado responsable de un delito de homicidio cometido en estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación (artículo 28 del Código Penal de 1936), será condenado a la pena de tres (3) años y ocho (8) meses de prisión, siguiendo el mismo criterio que para dosificar la sanción tuvo el juzgador de primera instancia y con aplicación del Código Penal de 1980 que prescribió, artículo 41, la pena de presidio.

De las sanciones accesorias impuestas debe ser eliminada la de "publicación especial de la sentencia", conservada la de "interdicción de derechos y funciones públicas" y trocada la de "pérdida de la patria potestad" por "suspensión" de la misma, para adecuarlas al nuevo régimen previsto en el artículo 41 del Código Penal de 1980. La interdicción de derechos y la suspensión de la patria potestad tendrán una duración igual a la de pena principal.

Se condenará al procesado, en forma genérica, al pago de los perjuicios civiles causados con la infracción.

El procesado viene prisionero desde el 12 de diciembre de 1977 y para el 12 de junio del año en curso lleva tres (3) años, seis (6) meses, y cuatro (4) días más para la fecha de esta providencia. Por trabajo ha descontado cuatro (4) meses y un (1) día. Sumados los dos factores se obtiene un resultado que excede la cantidad de pena que como principal aquí se le impone. En consecuencia, se decretará su libertad provisional por pena cumplida, según dispone el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 y se le fijará la caución correspondiente.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia impugnada y, en su lugar:

1º CONDENAR al procesado Severiano Gaitán Rivera, de condiciones civiles conocidas, a la pena principal de tres (3) años y ocho (8) meses de prisión, como autor responsable (artículo 215 del Código de Procedimiento Penal) del delito de homicidio cometido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación en Abersio Tapiero Vargas.

2º CONDENAR al mismo procesado, en forma genérica, al pago de los perjuicios civiles ocasionados con dicha infracción.

3º Como sanciones accesorias se imponen al sentenciado las siguientes: a) interdicción de derechos y funciones públicas, y b) suspensión de la patria potestad, ambas por un período igual al de la pena principal.

4º SE DECRETA la libertad provisional del procesado Severiaro Gaitán Rivera, por pena cumplida, mediante caución de quinientos pesos ($ 500.00) y la suscripción de diligencia de buena conducta y presentaciones periódicas cada treinta (30) días. Para el cumplimiento de este numeral y la expedición de la boleta de libertad se comisiona al Juez Superior de Chaparral.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Roberto Vélez Paternina.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONDUCTA ANTIJURIDICA

No basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma. Es necesario establecer la lesión o el peligro potencial injustificado del bien jurídico tutelado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 61.

Bogotá, D. E., junio 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Por haber sido recurrido en apelación, corresponde a la Corte revisar el auto de 4 de febrero de 1981, mediante el cual el Tribunal Superior de Quibdó sobreseyó temporalmente en favor del doctor Tito Díaz Algarín, procesado por supuesto delito de prevaricato cometido en ejercicio del cargo de Juez Primero Superior de ese Distrito.

Hechos

El doctor Tito Díaz Algarín, en su condición de Juez Primero Superior de Quibdó, al conocer del proceso por homicidio seguido a Ezequiel Hinestroza Rentería, omitió señalar fecha para celebrar la audiencia pública, no obstante haberlo solicitado el abogado defensor Neftalí Mosquera Mosquera verbalmente y por escritos de 3 de agosto y 10 de septiembre de 1979. Así mismo, en la tramitación de los procesos contra Ana Isabel Rentería García y otros por falsedad y estafa y contra Medardo Lloreda Rentería por peculado y falsedad, abstúvose de imprimirles celeridad adecuada.

El denunciante, doctor Mosquera Mosquera, estima que tal conducta irregular del juez es consecuencia de haber logrado él que el Tribunal Superior le revocara la determinación que había tomado en el proceso contra la señora Rentería García después de cerrar la investigación, pues incurrió en "el adefesio procedimental de pronunciar auto de cesación de procedimiento en defecto de un vocatorio a juicio", momento desde el cual le "ha venido haciendo la peligrosa guerrilla de la emboscada procesal, por la única falta de apelar de su despropósito jurídico".

Resultandos

1. La investigación fue iniciada por el Tribunal el 5 de noviembre de 1979 y cerrada en igual día del mes de noviembre de 1980; quedó en ella establecida la calidad de juez en el acusado para la época de los hechos; que en tal carácter conoció de los procesos contra Ana Isabel Rentería, Ezequiel Hinestroza y Medardo Lloreda; que en el primero de tales negocios, en efecto, el Tribunal, por providencia de 24 de marzo de 1979, invalidó la dictada por el juez el 29 de noviembre de 1978 después de cerrar la investigación, al estimarla violatoria del debido proceso y dispuso su anulación a partir del auto de clausura de la investigación; y que en el negocio contra Ezequiel Hinestroza no sólo no se incorporaron los memoriales petitorios de fecha para la realización de la audiencia pública, sino que tampoco el juez Díaz Algarín aparece disponiendo nada al respecto.

2. El Tribunal señala en su providencia que es verdad que el juez no señaló fecha en el proceso contra Hinestroza para celebrar la audiencia pública y que el Secretario del juzgado, señor Lubín Torres Perea, confirma el aserto del denunciante sobre la presentación de los dos memoriales en que solicita fecha para ello, pero que la ausencia de comprobación sobre que esos documentos realmente hubiesen sido llevados al conocimiento del titular del despacho y, en caso afirmativo, la fecha de su ocurrencia, "hace necesario que obren, en este proceso, fotocopias de-

bidamente autenticadas de los memoriales que según lo dicho en la injurada del doctor Tito Díaz Algarín, se encuentran a folios 15 y 19 del cuaderno original del proceso". Agrega el *a quo* que en el expediente tampoco figura diligencia comprobatoria del orden de audiencias que, según lo afirmado por el funcionario acusado en su indagatoria, impedía señalar la correspondiente al proceso contra Hinestroza, a pesar de que esa prueba es necesaria en punto a establecer el turno a que fue sometida la petición del doctor Neftalí Mosquera o la razón de "por qué no fue atendida". Concluye el Tribunal con la indicación de que tales pruebas "deben obrar en el proceso con el fin de que no exista la menor duda del comportamiento imparcial del Juez Primero Superior de Quibdó", por cuyo motivo "lo conducente es sobreseer temporalmente para que reabierta la investigación se haga claridad sobre los puntos antes glosados".

3. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal encuentra acertada la decisión recurrida, porque si bien las prolijas inspecciones judiciales realizadas por el instructor en los procesos pertinentes "permiten que en el momento oportuno se detecten objetivamente las anomalías que acusa su tramitación, si ellas existieren de manera positiva", "como quiera que en el caso de autos básicamente se trata de establecer si los retardos que se predican del Juez Primero Superior de Quibdó con relación al cumplimiento de actos propios de sus funciones tiene alguna justificación y esta circunstancia depende en gran proporción de lo que enseñen las estadísticas de labores desarrolladas por aquél cuando lo regentó el sindicado, se ve de manifiesto la ausencia de dicha prueba y la procedencia del sobreseimiento temporal proferido a favor del doctor Tito Díaz Algarín con el fin de abrir el camino para que sean traídas al proceso, juntamente con las demás que puntualiza la providencia objeto del recurso", también hace énfasis "sobre la trascendencia de que se aduzca una relación de la totalidad de las audiencias públicas celebradas por el acusado con anotación de las fechas respectivas".

Considerandos

A los hechos que se imputan al procesado cabe aplicar la normatividad penal que dejó de regir el 29 de enero del año en curso, a no ser que la vigente resulte favorable.

En todo caso, que las pruebas allegadas demuestren que el juez acusado omitió el cumplimiento de un acto propio de sus funciones como era señalar fecha para la audiencia pública en el juicio seguido a Ezequiel Hinestroza por homicidio, no comporta necesariamente la comisión de un delito contra la administración pública, porque no basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, sino que es necesario establecer la lesión o el peligro potencial injustificado del interés jurídico que tutela la ley; y, precisamente, en el asunto sub judice la investigación no hizo aporte de elementos de juicio que puedan servir de soporte a decisión sobre antijuridicidad, ni menos al proceso valorativo de la culpabilidad. De ahí que esta corporación estime acertados los argumentos del Procurador Delegado en procura de la confirmación del sobreseimiento temporal dictado por el Tribunal, pues la ausencia de los requisitos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para enjuiciar y así mismo la de uno cualquiera de los eventos que en los precisos términos del artículo 491 ibídem autorizan el sobreseimiento definitivo, hace necesaria la solución del sobreseimiento temporal.

En consecuencia, la investigación debe ser reabierta por el término a que alude el artículo 493 del estatuto citado, para que reciban cabal cumplimiento las diligencias echadas de menos en la providencia recurrida y las complementarias que puntualiza el concepto de la Procuraduría Delegada; así mismo, debe procurarse, en lo posible, establecer el paradero de los originales de los dos memoriales petitorios de fecha para el debate público e igualmente la incorporación del original de la agenda supuestamente llevada por el acusado para controlar las fechas en que debían realizarse las diversas audiencias públicas.

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

Resuelve:

CONFIRMAR el auto apelado, para que en la reapertura de la investigación, sean practicadas las diligencias que se indicaron en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Roberto Vélez Paternina.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

El nuevo tipo penal que describe esta figura delictiva, no contiene ningún elemento subjetivo

Para que se estructure el ilícito, es necesario que exista ostensible contradicción entre la resolución o dictamen y las normas de derecho aplicables en cada caso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 61.

Bogotá, D. E., junio 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En escrito de fecha cinco (5) de mayo de 1980, dirigido al Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Alfonso López Carrascal, presentó denuncia contra el doctor César Pompeyo Rodríguez Rangel, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta por hechos ocurridos en el desempeño de su cargo y que tuvieron lugar en el proceso seguido contra Osvaldo Lara Perdomo, del cual es o era apoderado el denunciante.

Dice éste, en síntesis, que el proceso en mención fue en consulta al Tribunal citado y que "mediante reparto irregular" le correspondió al doctor Rodríguez Rangel, quien "en una providencia que destila malquerencia, desechó las pruebas principales del proceso como era la grafológica para sobreseer a dos de los directores del Banco Ganadero, entidad demandante, pero con esa misma prueba y dentro de una incongruencia total llamó a juicio a mi cliente y a dos personas más".

Agrega que el funcionario acusado se quedó con el expediente continuando con actos de instrucción como el de emplazar a los enjuiciados nombrándoles defensores de oficio a su "gusto y predilección", entre ellos al doctor Samuel Jiménez Nieto, a quien designó para apoderar a Lara Perdomo, prescindiendo del denunciante.

Termina diciendo que "hay protuberantes antecedentes de malquerencia contra el suscrito" y cita entre ellos las manifestaciones que, dice, hizo el funcionario acusado contra el denunciante al burlarse de él afirmando que no era conocido, que sus demandas de casación se las hacían en Bogotá, que era un hombre sin carácter y que esas denuncias eran porque lo mandaban los Pinedos.

Cita como testigos de algunas de esas expresiones a los doctores Manuel Noguera Aarón y Ricardo Villa Saledo.

Al ratificarse bajo juramento en su denuncia, el doctor López Carrascal agregó que en el proceso mencionado y sin auto previo dispuso el acusado la captura de tres trabajadores, así como también el emplazamiento previo de los reos ausentes sin que tal cosa hubiera sido ordenada por la Sala y que al tomar el nombre de ésta en el edicto correspondiente, faltó a la verdad en la narración de los hechos cometiendo delito de falsedad documental, fuera de que dicho auto debió ser dictado por toda la Sala y no sólo por el Magistrado acusado.

Agrega que éste retuvo dicho proceso desde el 25 de enero hasta el 10 de junio de 1980, lo que constituye abuso de autoridad.

Por orden de esta Sala de la Corte se trajeron a los autos, en copia auténtica, algunas piezas del proceso seguido contra Osvaldo Lara Perdomo por los delitos de falsedad y peculado, entre ellos el auto de 27 de agosto de 1979 proferido por el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta por medio del cual se sobresee definitivamente en

favor de Osvaldo Lara Perdomo y otros por los ilícitos en mención y que se decían cometidos en perjuicio del Banco Ganadero de Santa María en el cual laboraba, específicamente en la Sección de Ahorros, y mediante la sustracción de dos libretas correspondientes a otras tantas cuentas, se apoderaron, por medio de falsas anotaciones en las mismas, de $ 180.000.00 en una de ellas y de $ 200.000.00 en otra.

También aparece en las diligencias preliminares pedidas igualmente por esta Sala, copias del auto de 25 de enero de 1980, por el que se revocó el que se acaba de mencionar y se llamó a juicio a Osvaldo Lara Perdomo y a otros por los ilícitos mencionados (falsedad y peculado) y de la sentencia de 20 de enero de 1981 en que se confirmó la proferida el 12 de septiembre de 1980 por el juzgado que se mencionó que absolvía al dicho Lara Perdomo y a los demás de los cargos formulados en el auto de proceder.

De igual manera se aportó en copia el edicto emplazatorio a que hace referencia el denunciante (folio 98) y que aparece firmado por el funcionario acusado, César Pompeyo Rodríguez Rangel, quien también firma el auto por el cual se declara reos ausentes a Lara Perdomo y los demás enjuiciados (folio 99).

Se llamó a declarar, durante las mismas diligencias preliminares, a los doctores Blas Almanza y Ricardo Villa Saboedo citados por el denunciante como testigos de las expresiones que en su contra hubiera hecho el doctor Rodríguez Rangel.

El último manifestó no recordar tal cosa y se remitió a lo dicho sobre el particular en declaración ante la Procuraduría. Y el primero negó rotundamente haber escuchado manifestaciones como las que menciona el denunciante (folios 77 y 109).

Esto, por su parte, presentó en copias simples gran cantidad de documentos, particularmente memoriales suscritos por él en uno de los cuales (folio 7) dirigido al doctor Vespasiano Correa Conde, también Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta, recusa al doctor Rodríguez Rangel en un sumario contra Gabriel Castro por el delito de homicidio.

En otros (folios 10, 11 y 20) acusa al mismo Magistrado que se menciona en último término ante el Procurador Regional de Santa Marta por faltas disciplinarias.

Así mismo aparece recusando al Magistrado Rodríguez Rangel en los procesos seguidos contra Gilberto Gómez Zapata por abuso de confianza (folio 28) y contra Alis Carrillo Orozco (folio 32) en averiguación.

En otro memorial (folio 40) solicita reposición del auto por medio del cual el Magistrado acusado no se declara impedido para intervenir en el proceso contra Gómez Zapata y en el cual le pide se declare impedido en todos los negocios en que interviene el actual denunciante.

En varios de esos memoriales éste hace mención de expresiones despectivas y hasta injuriosas que dice proferidas por el Magistrado acusado en su contra y en alguno cita (folio 29) como testigo de ellas al abogado Blas Almanza.

Consideraciones de la Corte

El delito de prevaricato de acuerdo con el nuevo Código Penal (artículo 149) consiste, en su forma activa, en el hecho de que un "empleado oficial profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley".

Es de la esencia de tal dicho, en consecuencia, la disparidad o contradicción manifiestas entre la resolución o dictamen y las normas de derecho aplicable en cada caso.

No requiere, como sucedía en el anterior Código Penal, un especial ingrediente subjetivo consistente en la simpatía o animadversión hacia una de las partes.

Ni siquiera se exige el elemento "a sabiendas", de tan variada interpretación.

Pero sí es fundamental que las resoluciones y dictámenes sean injustos en el sentido de que se aparten ostensiblemente del derecho, sin que importen los motivos que el empleado judicial tenga para ello.

De donde puede deducirse que si las resoluciones o dictámenes se ajustan al derecho o, siendo por este aspecto erróneos su disparidad con las normas jurídicas que se debieron aplicar, no es tal que pueda calificarse de manifiesta, el delito en cuestión no existe, no importa cuáles sean los sentimientos del empleado oficial respecto a las personas que intervinieron en el proceso.

Cabe, en consecuencia, examinar, en primer término, si la resolución o dictamen proferidos en los casos en que al empleado oficial se acusa de este delito, se apartan en forma ostensible del derecho sin que sea necesario analizar los sentimientos que impulsaron a aquél a proferirlos.

En el caso de autos ese examen se reduce al auto de 25 de enero de 1980 y la sentencia de 20 de enero de 1981 proferidos en el proceso

contra Osvaldo Lara Perdomo por los delitos ya mencionados.

En la primera de esas providencias, como ya se dijo, se revocó el sobreseimiento definitivo proferido en favor de los sindicados y se llamó a juicio a tres de ellos sobreseyéndose temporalmente en favor de otros dos.

Cabe observar que el auto del juzgado se basó fundamentalmente en la circunstancia de que los ilícitos no estaban plenamente comprobados (folio 69) pese a lo cual el juez afirmó "la ninguna responsabilidad penal de los empleados del Banco Ganadero que rindieron indagatoria por razón de los hechos investigados".

El Tribunal, en cambio, consideró que había indicios graves contra las personas encargadas de la sección de ahorros, del pagador de ventanilla que violó todas las medidas de seguridad "y contra Osvaldo Ignacio Lara Perdomo, quien se la pasaba metido en la sección de ahorro elaborando cuentas de ahorro nuevas cuando eso no era función de él".

Y luego añade: "Es lamentable que un juzgado Superior sobresea definitivamente a unos sindicados, a quienes les estaba encomendado (sic) una labor comercial y entre ellos mismos se pierdan trescientos ochenta mil pesos y se les absuelva dizque porque no tienen nada que ver con la pérdida del dinero. El dinero se extravió entre ellos mismos y ellos fueron los únicos responsables, ya que eran las personas encargadas de administrar los bienes ajenos o de la sociedad con quien trabajaban. Si se hubieran cumplido los requisitos mínimos de seguridad, el dinero no se hubiera extraviado. En conclusión el dinero lo sustrajeron por medios artificiosos con la complicidad de los mismos empleados del Banco y la justicia los premia porque no les pasó nada, pero sí se perdió la plata".

Las expresiones que se dejan transcritas constituyen virtualmente el núcleo de la decisión comentada y en ellas no se advierte nada manifiestamente contrario a las normas que regulan el llamamiento a juicio, ya que éstas permiten fundarlo sobre indicios graves, siempre que esté, por otra parte, comprobado, como lo estaba en el caso de autos, el cuerpo del delito.

Y por lo que hace a la sentencia citada que, por ser posterior a la denuncia no fue mencionada por el denunciante, es menester examinarla porque no sólo arroja luz sobre los hechos sino que, tratándose de delitos investigables de oficio, resulta imprescindible tener en cuenta todas las providencias proferidas por el denunciado, se tiene que en ella se absuelve a los procesados basándose, en lo que respecta al peculado, en que no se trata de empleados oficiales y por lo tanto no podían cometer ese delito.

No contiene esa providencia examen detallado del cargo de falsedad en documentos, limitándose a decir que debe desecharse.

Pero a renglón seguido hace la siguiente afirmación el Tribunal que bien puede considerarse como fundamento para lo que se acaba de mencionar habida cuenta que no existe delito culposo de falsedad.

"La conducta de los sindicados se debió, pues, dice, a la imprudencia, a la negligencia, al incumplimiento de los reglamentos internos de la entidad, tampoco enmarca en el artículo 240 del Código Penal Colombiano, en su modalidad de continuado (artículo 32 ibídem) (folio 107)".

Y termina la sentencia expresando que no se encuentran en los autos los requisitos que la ley exige para condenar, ya que esto no puede hacerse sino en caso de que exista certeza "de que el llamado a juicio ha cometido el reato del cual se le sindica mediante el pliego de cargos".

De donde concluye confirmando la de primera instancia por medio de la cual el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta había absuelto, con fecha 12 de septiembre de 1980 a los procesados.

Tampoco aparece de la providencia en comento que el Tribunal se hubiera apartado en forma manifiesta de la ley para proferir una decisión injusta, pues bien podía, pese al llamamiento a juicio, llegar a la conclusión de que era menester absolver a los procesados y en este caso lo hizo así con fundamentos atendibles.

Y como del examen del acervo probatorio traído a la investigación preliminar no aparece que se hubiera cometido tampoco ningún otro delito, debe procederse conforme lo estatuye el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de iniciar sumario contra el doctor César Pompeyo Rodríguez Rangel por los hechos denunciados por no estar previstos como infracciones penales.

Cópiese, notifíquese y archívense las diligencias.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Roberto Vélez Paternina, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VERIFICACION DE CITAS DEL INDAGADO

Artículo 392 del Código de Procedimiento Penal

El incumplimiento de este deber procesal, puede generar nulidad por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta

---

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Es necesario demostrar que a consecuencia de error de derecho o de hecho que aparezca manifiesto en los autos, sufrió quebranto la ley penal sustancial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 61.

Proceso número 26291.

Bogotá, D. E., junio 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación propuesto por el procesado Ciro Alberto Muñoz Mora y su defensor, contra la sentencia de 8 de mayo de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al decidir recurso de apelación formulado contra la proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a aquél, junto con José Alberto Camargo Vargas, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, más accesorias de rigor, como coautores responsables de un delito de robo.

El recurso se admitió por auto de 17 de julio de 1980 y, en su oportunidad, fue presentada la correspondiente demanda de casación, la que se declaró ajustada a los requerimientos de ley.

Hechos y actuación procesal

En relación con los primeros consigna el Tribunal que "el nueve de enero de mil novecientos setenta y nueve, de la finca de propiedad de Gonzalo de Jesús Ramírez, ubicada en la vereda de 'Pasquilla' del Municipio de Usme, fueron robadas dos vacas habiéndose destruido las cercas de alambre del potrero en donde se encontraban, semovientes que fueron recuperados al día siguiente cuando José Alberto Camargo y Ciro Alberto Muñoz Mora pretendían venderlos".

La investigación la inició el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Bosa el 16 de enero de 1979, con fundamento en informe de la sub-Estación de la Policía Nacional en Chipaque y denuncia del señor Gonzalo de Jesús Ramírez. Terminada la instrucción, el proceso fue radicado en el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá, que después de cerrar la investigación, calificó el sumario el 2 de junio del mismo año, llamando a juicio a José Alberto Camargo Vargas y Ciro Alberto Muñoz Mora por el delito de robo contemplado en el Título XVI, Capítulo II, del Libro II del Código Penal entonces vigente. Apelada tal determinación, el Tribunal la confirmó íntegramente por la suya de 22 de octubre de 1979. Y cumplidos los trámites del juicio, el 23 de febrero de 1980 fue proferida la sentencia condenatoria de primera instancia que, al ser revisada en apelación por el Tribunal, la confirmó con la que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Después del resumen de los hechos, la acusación al fallo del Tribunal la propone el actor invocando las causales de casación cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo se plantean sendos cargos que la Corte estudiará en el mismo orden de presentación por exigirlo así la metodología propia del recurso extraordinario.

Causal cuarta. Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Cargo único. "Nulidad deducida del orden constitucional, por violación del derecho de defensa del procesado, inscrito en el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no investigarse las circunstancias exculpativas que el sindicado introdujo en su indagatoria, ni verificarse las citas que en la misma diligencia hiciera el reo, con grave quebranto de las normas que la ley procedimental penal instituyó para garantizar el derecho de defensa del inculpado".

En demostración la demanda alega que los preceptos de los artículos 335 y 392 del Código de Procedimiento Penal fueron violados en la tramitación del proceso, puesto que ni en la instrucción ni en el juicio "se evacuaron las citas hechas por Ciro Alberto Muñoz Mora en su diligencia de indagatoria, en donde señaló que a Luis Humberto Ramírez, a Miguel Ramírez, a Humberto Ramírez y a Manuel Muñoz les constaba que él había obtenido la suma de dieciocho mil pesos como producto de la explotación de papa sembrada al partir en la finca de Tomás Delgado, y que con ese dinero, más la suma de mil pesos obtenida por concepto de jornales, había adquirido de Julián Bolaños los semovientes que a la postre resultaron robados" y, sin embargo, "en la sentencia materia del recurso se aduce en contra del procesado, como elemento de juicio ... el hecho de no haber demostrado la preexistencia del dinero con el cual el procesado afirma haber adquirido los semovientes, ni tampoco haber demostrado la existencia real de Julián Bolaños, como si ello no fuera obligación del juzgador". Así, dice el actor, como consecuencia del incumplimiento de normas procesales, fue conculcado el derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional, en la medida en que de haber sido ellas cumplidas "la sentencia nunca habría podido ser condenatoria, ya que en tal eventualidad los falladores de instancia debían haber pronunciado un fallo absolutorio al tenor de lo preceptuado en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal al existir una duda razonable sobre la responsabilidad del reo, duda que habrá de absolverse en favor del procesado". Por ello la sentencia debe casarse, por ser nulo el proceso "a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive".

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal encuentra infundada la censura en precedencia, porque no es rigurosamente cierto que el instructor no hubiese efectuado diligencias tendientes a establecer la verdad de las circunstancias exculpantes alegadas por el incriminado Muñoz Mora al ser indagatoriado, pues las constancias procesales permiten advertir que con relación al supuesto señor Bolaños a quien aquél señala como vendedor de los semovientes "hizo lo que estaba a su alcance como era ordenar la captura al F-2, aunque resultara a la postre materialmente irrealizable", amén de que "también a petición del doctor Marco A. Carvajalino" dispuso "oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que suministrara información sobre la posible existencia de algún documento de identidad perteneciente a Jairo Bolaños, no obstante que este nombre no coincide con el mencionado por el sindicado (folios 128, 129, 131 a 133)" y, más aún, acerca del origen del dinero en efectivo con el que Muñoz Mora aseguró haber cubierto el valor de las reses, "de ser veraz la versión, no sólo sería de pensar que por ser los testigos hermanos del condenado hubieran concurrido presurosos a declarar voluntariamente, sino que por solicitud del propio doctor Carvajalino fueron convocados con carácter urgente para que lo hicieran en la audiencia pública con resultados negativos".

La Delegada hace notar, así mismo, que en el trámite de las instancias la defensa no tuvo mayor interés en solicitar pruebas que vinieran a acreditar la verdad de las disculpas del procesado y sólo precipitadamente, antes del debate público y para su verificación en éste, fue cuando vino a reclamar la asunción de los elementos de juicio que ahora echa de menos, actitud esa que, no obstante, demuestra que el derecho de defensa no fue desconocido, puesto que ni se obstaculizó su ejercicio ni el procesado estuvo desprovisto de asistencia técnica, además de "que fue de tal manera inverosímil y extravagante la versión del incriminado sobre las condiciones témporo-espaciales de la compra y entrega de los semovientes por parte de Bolaños, que por sí misma relevaba a los instructores del negocio de distraer sus escasas disponibilidades de tiempo en la práctica de utópicas averiguaciones, menos

para vincular al proceso personas que, de antemano, según lo enseña la experiencia judicial, se sabe sólo existen en la imaginación de los sindicados".

Causal primera. Cargo único. "Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta, producto de una errónea apreciación del haz probatorio, a la cual llegó por evidente error de derecho en la estimación de la pretendida confesión realizada por José Alberto Camargo Vargas, siendo la violación media el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal y la final de los artículos 215, 216 y 217 del mismo estatuto y el artículo 11 del Código Penal".

En sustento el libelo aduce que el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal fija los requisitos mínimos que debe reunir la confesión para ser tenida como medio de prueba, caso en el cual sólo tiene valor contra quien confiesa, por lo que si en el desarrollo de la misma "se hacen cargos contra terceras personas, respecto de ellas no opera la presunción de veracidad que abstractamente ampara la confesión, ni se tendrá este género probatorio, sino que se estará ante una declaración testimonial, y por ello el inciso 2 del artículo 385 del Código de Procedimiento Penal ordena que en tal caso se interrogue bajo juramento al indagado, sobre los puntos de su declaración contra otro". Sin embargo, con desconocimiento de esos preceptos el Tribunal relacionó como prueba de cargo contra Ciro Alberto Muñoz Mora la supuesta confesión del también procesado José Alberto Camargo Vargas "sin que en dicha pieza procesal se evidencie que se hubiera interrogado, al pretendido confesante, bajo la gravedad del juramento, en relación con los cargos que hiciera a Ciro Alberto Muñoz Mora" y aun sin analizar "la aludida confesión frente a las otras pruebas obrantes en el informativo", lo que le impidió tener en cuenta "la retractación del pretendido confesante José Alberto Camargo Vargas, visible a folios 52 y siguientes del cuaderno principal del expediente", "las explicaciones que en la diligencia de careo hiciera el citado procesado" y "el hecho de que éste se abstuvo de ratificarse bajo juramento de los cargos que inicialmente formulara en contra de Ciro Alberto Muñoz Mora, lo que sucedió en la misma diligencia de confrontación entre los sindicados". Incurrió entonces el Tribunal en error de derecho evidente por quebranto de la preceptiva procesal sobre apreciación de la prueba, con "capital incidencia en el fallo condenatorio", "ya que de no haberse incurrido en el aludido vicio, el honorable Tribunal, necesariamente tendría que haber reconocido que en el proceso no obra la plena prueba de la responsabilidad de Ciro Alberto Muñoz Mora en la ilicitud materia del juicio, y con aplicación del principio universal del derecho de *in dubio pro reo*, vertido en nuestra legislación en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, acorde con lo preceptuado en el artículo 215 ibídem, la sentencia habría sido absolutoria".

El Procurador Delegado, después de reconocer que, evidentemente, el procesado Camargo Vargas en su indagatoria no fue juramentado respecto de los cargos hechos a Muñoz Mora, consigna que la irregularidad quedó superada posteriormente bajo juramento sobre las inculpaciones dirigidas al segundo. Señala igualmente ser contraria a la verdad la afirmación de que los jueces de instancia no examinaron la confesión de Camargo Vargas frente a las otras pruebas recogidas, porque "esto fue precisamente lo que hicieron los juzgadores". Pero "para desestimar el cargo es suficiente anotar que se capta notoria falta a las exigencias técnicas del recurso en la redacción de la demanda, ya que no indica la norma sustancial que se considera violada. El recurrente se limita a citar como tal los artículos 215, 216 y 217, que son normas reguladoras de pruebas a través de las cuales, precisamente, se llega a quebrantar la ley sustancial que no se menciona. Quedando el cargo incompleto, no existe base firme para un pronunciamiento de fondo ...".

Consideraciones de la Corte

I. *Causal cuarta. Cargo único. Es cierto que en opinión de esta Corporación el precepto del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, está relacionado con el derecho de defensa, por cuanto las citas que el procesado hace en su indagatoria deben ser verificadas si apuntan a hechos fundamentales como los que tienen que ver con la imputación, la culpabilidad, circunstancias modificadoras de la infracción u otros motivos esenciales para sus intereses, so pena de que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca, en determinados casos, a la anulación del proceso, sobre la base del artículo 26 de la Constitución Nacional.*

No es esa, sin embargo, la situación en el evento *sub judice*, como con acierto lo relieva el concepto de la Procuraduría Delegada. Es verdad que el procesado Muñoz Mora en su indagatoria aludió a circunstancias exculpantes, pero que el instructor no hubiese dispuesto su corroboración

inmediata, no comporta necesariamente lesión del derecho de defensa, puesto que nada impedía al apoderado judicial solicitar la verificación de cualquiera de los instantes probatorios del proceso, tanto que el defensor, en el trámite de la causa, pidió y obtuvo que se decretaran las pruebas que estimó conducentes a acreditar la veracidad de las disculpas de Muñoz Mora y si la comparecencia de las personas que debían dar fe de ellas no pudo ser lograda en esa oportunidad, nada permite advertir que los resultados hubieran sido distintos de haberse producido igual ordenación en el sumario.

Habiendo pues, solicitado el defensor, en la prosecución del juicio, las pruebas que estimó favorables a su patrocinado, la imposibilidad de su práctica en manera alguna compromete el derecho de defensa, más cuando en la audiencia pública intervino para cuestionar las que sí le fueron y que sirven de soporte a la condenación.

De manera que es inadmisible la nulidad supralegal invocada por el recurrente.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

11. *Causal primera. Cargo único. La técnica de casación exige, cuando la censura es hecha en la esfera del cuerpo de la causal primera, que el actor precise las normas de procedimiento reguladoras de los medios de prueba supuestamente infringidos por el sentenciador; que exprese el concepto de la violación, y que demuestre que, a consecuencia de error de derecho o de hecho que aparezca manifiesto en los autos, sufrió quebranto la ley penal sustancial.*

En este caso la demanda endereza la impugnación con referencia a supuesto error de derecho cometido por el juzgador al extralimitar el valor de la confesión del procesado Camargo Vargas y para demostrarlo alude a los artículos 264, 335, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, sin precisar la norma penal sustancial que resultara infringida indirectamente, ni menos dar a conocer el concepto de la violación. Olvidó el demandante que cuando se alega tal clase de error, no basta acreditar la equivocada apreciación de la prueba, bien porque se le reconozca un valor probatorio que la ley procesal no le asigna, ora porque se le desconozca el que aquélla realmente le otorga, sino que es menester, además, demostrar que por razón de ese yerro fue violada la ley sustancial. Trátase de una concatenación lógica a la que el demandante debe ceñirse con todo rigor.

En la enunciación del cargo, es verdad, se menciona el artículo 11 del estatuto penal que entonces regía como norma sustancial infringida, pero el contexto de los argumentos llamados a demostrarlo nada dicen al respecto. Es decir, la censura contiene, como con razón lo puntualiza el Agente del Ministerio Público, una proposición jurídica incompleta, y en tal caso, no le corresponde a la Corte suplir las deficiencias del libelo, para concluir lo que éste dejó en el vacío.

De consiguiente, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de origen y fecha indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Roberto Vélez Paternina, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Copollos
Secretario.

LA ENEMISTAD GRAVE COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Artículo 78, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal. En repetidas oportunidades la Corte ha aceptado que el impedimento es procedente, cuando es el mismo funcionario quien manifiesta experimentar tal perturbación de ánimo en contra de una de las partes intervinientes en el proceso, que le impide obrar con la serenidad e imparcialidad que requiere el juzgador

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 61 de 16 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte acerca del impedimento manifestado por el doctor Luis Helí Rubio Sandoval, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, para conocer del proceso que se adelanta contra el doctor Juan Ayala Rodríguez, ex Juez Diecisiete de Instrucción Criminal de esa ciudad. Estima el Magistrado que se encuentra inhibido para actuar en este caso, por existir entre él y el sindicado "un grado de hostilidad que califico de enemistad grave" (ordinal 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal).

Funda su petición en las siguientes razones:

"En la indagatoria el sindicado se expresó en términos insolentes y atrevidos y luego, insinuó que la apertura del proceso se debía a la amistad acentuada, supuestamente, con el abogado denunciante, afirmación maliciosa y temeraria que hiere la dignidad, la probidad y la honradez del Magistrado. En segundo término, el sindicado Ayala Rodríguez me ha denunciado penal y disciplinariamente ante la honorable Corte y el Consejo Superior de la Judicatura, porque tal vez cree ver menguada su posibilidad de defensa, o porque soy deshonesto. De tal manera que he tenido múltiples noticias, por cuanto el sindicado lo ha pregonado públicamente, pero yo me fundamento en el testimonio del honorable Magistrado, doctor Rafael Angarita Zerpa, Presidente del Tribunal, a quien, hoy, en su Despacho le manifestó, que en verdad me había denunciado. Además, el Juez Civil del Circuito, doctor Juan José García Rivera, también me relató que era cierta la denuncia.

"Los anteriores hechos del sindicado ponen en duda mi honestidad, mi imparcialidad y además me perturban como factores de hostilidad y enemistad grave, en forma tal que es necesario desde el punto de vista ético y jurídico separarme de todo conocimiento del proceso" (folio 260 del cuaderno original).

En providencia de 12 de mayo de 1981, los restantes Magistrados de la Sala de Decisión Penal no aceptaron sus planteamientos y ordenaron el envío de las diligencias a la Corte para que se decida el incidente de conformidad con el inciso 3º del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal. Hizo entonces el Tribunal las siguientes precisiones:

"Estima la Sala Dual, que los anteriores hechos no conllevan a aceptar como causal válida el hecho previsto en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal" ... "Las manifestaciones desobligantes hechas contra el doctor Rubio Sandoval por el sindicado en su indagatoria y la manifestación pública de que lo ha denunciado, escrito que no aparece en los autos, en nada afecta al nombrado funcionario, pues su honor, su integridad moral y su rectitud en el ejercicio del cargo deben sobreponerse a estos supuestos agravios. Lo contrario llevaría

fácilmente a los interesados en un proceso a separar al funcionario, empleando la diatriba injuriosa o el insulto soez ... Se está ante motivos de delicadeza personal alegados por el honorable Magistrado Rubio Sandoval, que no pueden considerarse como causales de impedimento de un Juez o Magistrado" (folios 262 a 264 ibídem).

Las expresiones del sindicado, doctor Ayala Rodríguez, respecto del Magistrado Rubio Sandoval, son del siguiente tenor, las que éste vino a conocer una vez cerrada la investigación (folio 259), al hacer el estudio del proceso en orden a su calificación:

"Estoy completamente extrañado de que se me haya llamado a rendir indagatoria después de cinco meses aproximadamente, cuando el Magistrado que conoció de esta denuncia si existió delito, por qué no abrió la investigación en ese momento y dejó pasar cinco meses para decidir si abre auto cabeza de proceso o no. Esto indica que dicho Magistrado estuvo dudando por espacio de cinco meses y por el azar decidió abrir investigación penal en mi contra ... Me pregunto y le pregunto al señor Magistrado por qué sólo después de cinco meses decide abrir una investigación penal en mi contra, si vio el delito en ese entonces cuando yo era juez por qué no abrió la investigación inmediatamente sino que dejó pasar el tiempo y como es amigo de Mario Jácome y de Pepe García, y esta investigación conviene a sus intereses personales, decidió abrirla ya cuando era demasiado tarde ..." (folios 204 y 208 del cuaderno original).

Con posterioridad al pronunciamiento de la Sala Dual, el Magistrado impedido, en memorial dirigido a la Corte, insiste en que se le separe del conocimiento del asunto por estimar que el comportamiento del exjuez a quien le corresponde juzgar ha generado en él un estado anímico adverso a la ecuanimidad e imparcialidad que deben presidir toda decisión judicial. Al final de su escrito expresa:

"Fallar un negocio bajo los estigmas, bajo los determinantes, bajo las perturbaciones que debatan en el juez conflictos imposibles de resolver, es someterlo a una tortura moral, a un martirio sicológico y mental que solamente puede ser redimido separándolo del conocimiento del proceso.

"Es por esto que insisto con vehemencia, con decisión, se me separe del negocio, ya que al volver a mis manos el proceso sería una braza incandescente que quemaría mi conciencia, sumergiéndola en el caos para poder resolver en definitiva" (folios 265 y 266 del cuaderno original).

— *Consideraciones de la Corte*

Ha sido criterio constante de la Corte el de que, para que se pueda reconocer el impedimento o aceptar la recusación, con fundamento en el concepto de enemistad grave *a que se refiere el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, deben obrar en el proceso elementos de valoración objetiva suficientes para afirmar su existencia, por ser indicativos de un mutuo y recíproco sentimiento de aversión, de ostensible repudio entre el juzgador y una cualquiera de las partes que intervienen en la relación jurídico-procesal que se decide.*

Ha admitido, sin embargo, la Sala, en reiteradas oportunidades, como excepción al criterio de reciprocidad en la enemistad, para efectos del impedimento o la recusación, el hecho de que sea el propio funcionario quien la declare o acepte respecto de una de las partes intervinientes en el proceso, pues reconoce por dicho modo que carece, respecto de ese caso, de la serenidad e imparcialidad que requiere el juzgador, y sitúa a la parte afectada en posición de dudar razonablemente acerca de la tutela de sus derechos y de la observancia de los elevados principios que deben regir toda actuación procesal.

En el asunto que se estudia, aunque el sindicado en la diligencia de indagatoria no exteriorizó en forma directa enemistad hacia el Magistrado ponente, es lo cierto que los términos en que se expresó respecto de él, produjeron en éste un estado de ánimo y de perturbación de su serenidad y ponderación que lo llevaron a emplear, al calificar el proceder del exjuez, expresiones como las de "repudio" y "desprecio" hacia él, lo que permite afirmar que la decisión que llegue el Magistrado a adoptar irá a estar en entredicho por ese estado de animadversión reconocido.

Comparte la Sala las apreciaciones del Tribunal en cuanto a que las expresiones del exjuez Ayala Rodríguez, ni la denuncia contra el Magistrado si es que la formuló, constituían razones suficientes para desencadenar en éste tan alto grado de perturbación anímica y de desafecto hacia aquél. Reconoce igualmente que suele ser socorrido recurso pretender separar a los funcionarios del conocimiento de los asuntos a su cargo denigrando de ellos, y admite que esas manifestaciones de insolencia encuentran otros correctivos en la ley.

No obstante, cuando el efecto es el contrario, esto es, el de afectar al destinatario de las expresiones indebidas en forma tal que éste, con franqueza encomiable pero preocupante, advierte que no está en condiciones de fallar el asunto con serenidad, ecuanimidad, e independencia de sentimientos adversos, lo aconsejable es separarlo del conocimiento por conveniencia de la justicia, de los intereses de la parte que motivó el incidente y también de la tranquilidad de conciencia del propio funcionario. No se olvide que éste no se conformó, como pudo haberlo hecho, con la decisión de sus compañeros de Sala que lo mantenía al frente del proceso, sino que insistió con vehemencia ante la Corte para que se le liberara de lo que denominó "tortura moral" y "martirio psicológico y mental".

Para situaciones como éstas había dicho ya esta Sala:

"La enemistad grave es susceptible de prueba y, aunque de ordinario, es un sentimiento mutuo, lo importante para separar del conocimiento de un negocio es que el funcionario la experimente, por ser quien va a dictar las providencias resolutivas del asunto sometido a su decisión. Si éste, recusado, manifiesta experimentar enemistad de ese carácter, la prueba aparece de manera muy definida, porque el mejor juez de sus propios estados afectivos es el que los experimenta" (auto de 10 de agosto de 1948, LXIV, 544).

Se dará, pues, aplicación a la causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento no en la denuncia que, al parecer, le formuló el exjuez al Magistrado, pues ni siquiera hay constancia de que se hubiere presentado, ni menos que hubiese originado una investigación, máxime que, ni en ese caso, ha aceptado la Sala, con decisión mayoritaria, que constituya causal de impedimento o recusación. Se procede con apoyo en las expresiones del exjuez consignadas en la indagatoria, las cuales generaron en el Magistrado el estado de perturbación anímica que se dejó analizado.

Aunque la causal de impedimento habla de enemistad entre el Juez o Magistrado y alguna de las partes o de sus representantes, y aquí se trata de un procesado anímicamente enfrentado a su juez, no existe óbice para aceptar su procedencia, pues lo que se busca es asegurar esa independencia e imparcialidad de criterio del juzgador respecto de los sujetos de la relación jurídico-procesal trabada o por trabarse, y el principal de ellos, si es dado hacer clasificaciones, es precisamente el sindicado, protagonista y razón de ser del proceso. Tan cierto es ésto que la Sala ha aceptado impedimentos en la etapa de las diligencias preliminares, cuando no se puede aún hablar de partes propiamente dichas.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA FUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Luis Helí Rubio Sandoval, Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta y, por lo mismo, lo declara separado del conocimiento del asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante Luis Fiorillo Porras, Roberto Vélez Paternina, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION

Procedencia por el factor punitivo. Tránsito de legislación. No es posible invocar la aplicación de la ley vigente para efectos de la imposición de la pena, y la ley derogada para establecer la procedencia del recurso extraordinario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 62 de 24 de junio de 1981.

Proceso número 26955.

Bogotá, D. E., junio 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El defensor del procesado José Joaquín Forero, solicita la reposición del auto de cuatro de junio presente, para que, contrariamente a lo en él dispuesto, sea decretada la admisión del recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a aquél a la pena principal de dos años de prisión y multa de cinco mil pesos como autor responsable de un delito de "falsas imputaciones".

El recurrente estima que "es un hecho indubitable que la conducta atribuida al señor José Joaquín Forero tuvo ocurrencia bajo el imperio del Código Penal que derogó el Decreto 100 de 1980" y que "es igualmente cierto que el Tribunal Superior de Bogotá dio aplicación en el acto de condenar a las prescripciones del Código Penal vigente, por haberlas considerado favorables". En su opinión, si bien ambos estatutos "contemplan penas diferentes, permiten graduar la sanción entre el mínimo y el máximo de rigor contemplado en ellas", sin que en ningún caso, de haberse aplicado el Código Penal derogado y no el vigente, la pena "habría superado los dos años", "por donde se ve que sólo en teoría puede hablarse, en este caso, de aplicación del principio de favorabilidad". Agrega que el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 reserva al interesado la facultad de hacer selección de la norma que estime más favorable frente al fenómeno jurídico del tránsito de legislación, pero que el Tribunal, con menoscabo del derecho de defensa, "en forma arbitraria, sin consultársele, escogió por él", privando de esa manera "al procesado de la posibilidad de esgrimir el recurso extraordinario de casación viable al tenor del artículo 188 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos presuntamente delictivos que se reprochan al señor José Joaquín Forero".

Se considera

La sentencia del Tribunal, con aplicación del imperativo principio de favorabilidad que norma el artículo 6º del Código Penal vigente, refirió al artículo 167 ibidem los hechos que el procesado cometió cuando regía el Estatuto Penal de 1936.

Tratase de una situación procesal irreversible a la que necesariamente debe quedar supeditada la estimativa de procedibilidad del recurso de casación, puesto que, como es obvio, no es lógico aplicar la legislación penal vigente en procura de que en ningún caso la punibilidad desborde al máximo de la sanción prevista en ella para el delito de "falsas imputaciones" y, así mismo, apuntar a la derogada en busca de la admisibilidad del recurso.

Que el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal limite el recurso de casación a "las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad, cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años", significa, ni más ni menos,

que el legislador tuvo por mira reservarlo para aquellos procesos por infracciones que a causa de su gravedad sean merecedoras de esa pena.

Pues bien: el artículo 188 del Código Penal de 1936 establecía sanción privativa de la libertad para el delito de "falsas imputaciones" compatible con la concesión del recurso de casación. Pero que el artículo 167 del nuevo estatuto la hubiese reducido, debe entenderse, como reconsideración del legislador respecto de la supuesta gravedad de esa delincuencia. De forma que si a la luz del artículo 569 del rito procesal ya no es posible en su caso la casación, mal podría aplicarse en busca de tal efecto, la legislación derogada, cuando los hechos, con invocación del principio de favorabilidad, fueron adecuados a la nueva legislación.

Cabe repetir entonces lo consignado en la decisión recurrida: "El beneficio que concede el nuevo Código, en cuanto a sensible rebaja de pena, no puede adicionarse con el de la procedencia de la casación, invocándose simultáneamente el Código de 1936".

Además, no es enteramente exacto que no se haya invocado el ordenamiento penal vigente en en beneficio de los intereses del reo, puesto que en memorial dirigido al Tribunal con antelación al fallo de segunda instancia, la defensa demandó su aplicación así fuera para que, en caso de confirmarse la condenación hecha por el juzgado, fuese otorgado el subrogado de ejecución condicional de la sentencia.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, no casará el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Roberto Vélez Paternina.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL

Las copias de las comunicaciones u oficios que libran los jueces a otros funcionarios o a particulares, son verdaderos documentos públicos, y por ende quien las toma para impedir su uso adecuado y oportuno, comete delito de falsedad documental por ocultación, punible tanto bajo el anterior Código Penal, como en el vigente (artículo 223)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 62.

Proceso número 26767.

Bogotá, D. E., junio 24 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por auto de 3 de febrero de 1981, sobreseyó temporalmente, por segunda vez, en favor de Alfredo Muncker Caraballo, sindicado como autor de un delito de falsedad, y consulta tal decisión con la Corte.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, conceptúa que tal providencia debe revocarse, y en su lugar favorecer al doctor Alfredo Muncker Caraballo, ex Juez Penal Municipal de Leticia (Amazonas), con un sobreseimiento definitivo, de no hallarse aplicación a las previsiones del segundo aparte del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, sobre cesación del procedimiento.

Resultandos y considerandos

1. Los hechos que dieron origen a este sumario los relata el señor Procurador en la siguiente forma:

"El doctor Alfredo Muncker Caraballo, once días después de haber entregado a su sucesor el Juzgado Penal Municipal de Leticia, del que fue titular desde el 16 de septiembre de 1974 hasta el 2 de marzo de 1975, denunció penalmente al Secretario Enrique Mariño Córdoba, por el delito de falsedad, consistente en la expedición de algunos oficios en diferentes procesos con la antefirma del titular del juzgado y una media firma puesta por él. Adjuntó a su denuncia copias al carbón de los oficios —siete en total— en los cuales ocurrieron los hechos denunciados.

"Y resultó que a su turno estas copias que adjuntó el doctor Muncker Caraballo a su denuncia las obtuvo, siendo aún titular del juzgado, del folder contentivo de las copias de los oficios enviados a otras oficinas, irregularidad ésta que observada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia, que conoció del proceso contra el ex Secretario Enrique Mariño Córdoba, originó la compulsación de copias de lo pertinente con destino al Tribunal Superior de Bogotá para que se investigara un posible delito de falsedad en documentos públicos, sustracción cometida por el juez Muncker".

2. En las inspecciones judiciales, 6 en total, se estableció que las copias a papel carbón que agregó el doctor Alfredo Muncker a su denuncia, las obtuvo del archivo del juzgado, a su cargo.

Las copias en cuestión correspondían a los oficios número 003 de 18 de septiembre de 1974, emitido en un sumario por lesiones personales y por medio del cual se solicita, del Médico Jefe del Servicio de Salud del Amazonas, el reconocimiento de Buenaventura Mendoza; el número 34 de 8 de octubre del mismo año, expedido en un proceso por delito contra la propiedad; el número 35 de 10 del mismo mes y año, en uno por homicidio; el número 36 de la misma fecha en uno por abuso de confianza; el número 38 de 11 de octubre del mismo año, en uno por aborto y el número 063 de 29 de octubre del año en mención en un proceso por el delito de lesiones personales.

El Procurador Segundo Delegado Penal al conceptuar en el presente grado de jurisdicción solicita que se revoque el sobreseimiento temporal y, en su lugar, se sobresea definitivamente en favor del sindicado.

Estima el colaborador fiscal que "la conducta investigada no es constitutiva de delito y por lo mismo es procedente relevar de responsabilidad al doctor Alfredo Muncker Caraballo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 491, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, revocando en consecuencia la providencia consultada mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo sobreseyó temporalmente".

También sugiere el Procurador dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 22 de 1980, aunque considera preferible hacer lo primeramente indicado, esto es, sustituir el sobreseimiento temporal por uno de carácter definitivo por considerar esta solución más favorable al sindicado.

Consideraciones de la Corte

Dos aspectos reclaman primordialmente la atención de la Sala en el asunto sometido a su consideración no sólo por haber sido planteados ya en el proceso, como efectivamente lo fueron por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior, sino porque estima que son claves para resolver sobre el fondo del mismo.

Ellos son, en primer término, si constituyen verdaderos documentos los escritos tomados por el juez acusado doctor Muncker Caraballo y, en segundo lugar, si al hacerlo estaba infringiendo agravio a la fe pública y a los demás derechos jurídicamente protegidos a través de las normas que rigen la falsedad documental.

De acuerdo con lo que aparece en el proceso, los oficios en cuestión no estaban firmados por el juez sino por su secretario, quien precisamente fue denunciado por haber hecho tal cosa, pues el doctor Muncker lo acusó de haberlo sustituido indebidamente en tal labor.

Empero, el secretario acusado de ello, Enrique Mariño Córdoba, sostiene, a su turno, que lo hizo en ausencia del titular del juzgado, no con el nombre de éste sino con el suyo propio y por agilizar el trámite de los respectivos procesos.

Sobre el particular no se adelantó en este proceso ninguna averiguación tendiente a establecer si, en verdad, Mariño Córdoba firmó con su propio nombre o con el del juez y si, en el primer caso, estaba autorizado para ello.

No se trajo, tampoco, copia o informe sobre la forma como se decidió el que se iniciara contra la persona que se acaba de mencionar, acusada, como se deja dicho, por el actual sindicado, de suplantarlo.

Se ignora, en consecuencia, si tales documentos habían sido o no falsificados y, por lo tanto, si lo que tomó el juez Muncker Caraballo fueron escritos falsificados o auténticos.

Por consiguiente, también se ignora lo relativo al segundo punto planteado, a saber, el posible daño a la fe pública.

En efecto, en el caso de tratarse de documentos auténticos, no puede calificarse de inocua la falsedad consistente en tomar esas copias para llevarlas a otra parte.

Las comunicaciones que expiden los jueces, bien sean dirigidas a otros funcionarios o a particulares, son parte de su función. A ellas se refieren, en tal sentido, algunas disposiciones legales como el artículo 111 del Código de Procedimiento Civil.

Es obvio que sirven para llevar al conocimiento de esas personas actos propios de la función jurisdiccional y están destinadas a producir determinados efectos en derecho, así sea sólo noticiarlas de algo de interés para la mencionada función.

Para que sirva de prueba sobre el texto o contenido de la comunicación debe dejarse en el juzgado copia de ella.

Se trata, en consecuencia, de verdaderos documentos públicos ya que tienen el mismo texto que el original enviado al destinatario y, además, deben estar firmados por el funcionario que las envía.

Además su función probatoria tienen que desempeñarla en el mismo juzgado donde queda la copia y de allí por que no deba ser retirada de allí así sea para llevarla a otra dependencia oficial, a menos que para ello se observen los procedimientos que la ley señala en cada caso.

Vale decir que no puede tomarse esos documentos sin el lleno de éstas y que quien lo hace está cometiendo una ocultación en el sentido jurídico del término que consiste en quitarlo del lugar en que deben estar, poniéndolos fuera del alcance de quien puede y debe usarlos en el momento pertinente dificultando o haciendo imposible, por este medio, que cumplan la función probatoria a que están destinados o para lo que son aptos.

Y no desaparece esta situación por el hecho de que sean llevados a otra oficina pública y entregados a otra autoridad oficial ya que esto no impide que se pierda la disponibilidad inmediata por parte del funcionario que puede legalmente usarlos cuando las circunstancias así lo requieran.

De no ser esto así, le bastaría a un funcionario, que quisiera impedir el uso adecuado y oportuno de un documento, enviarlo a otro lugar lejano y callar sobre dicho envío para escapar a toda responsabilidad penal, lo que no puede aceptarse.

En el caso de autos los documentos cuyas copias auténticas debían permanecer en el Juzgado Penal Municipal de Leticia fueron incorporadas a un expediente que se radicó en la capital de la República, sustrayéndolos así a su legítimo tenedor que es, sin duda, el titular de aquel juzgado por lo cual en principio, se puede decir que se cometió un delito de falsedad documental por ocultación de documentos, punible tanto bajo el anterior Código Penal (numeral 9º del artículo 231) como en el nuevo (artículo 223).

La investigación, empero, está incompleta, pues faltan las pruebas que el Tribunal echa de menos y, además, las que se dejan atrás señaladas en esta providencia, a saber copias de los autos por los cuales se haya resuelto la situación jurídica de Mariño Córdoba y pericias grafológicas sobre los documentos tomados por el actual sindicado para acompañarlas a su denuncia contra aquél.

Eso mismo impide que se sobresea definitivamente en su favor, a más de que, como queda atrás dicho, no se está frente a un caso de atipicidad del hecho investigado.

Y en cuanto a la aplicación de la Ley 22 de 1980, tampoco es ello posible, pues si bien han transcurrido más de dos años desde que fue indagado el doctor Muncker Caraballo y no se ha dictado en su contra auto de detención, no puede afirmarse, sin más, que no haya base para hacerlo aunque tal cosa no sería procedente en razón del momento procesal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 494 del Código de Procedimiento Penal.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que lo más adecuado, en este momento del proceso, es un sobreseimiento de carácter temporal y como eso es lo que ha hecho el *a quo*, significa que debe confirmarse su determinación.

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

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Roberto Vélez Paternina.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

El doctor Alfredo Muncker Caraballo concurrió al Juzgado Penal Municipal de Leticia el día 13 de marzo de 1975 con el objeto de formular denuncia criminal contra su Secretario, señor Enrique Mariño Córdoba, a causa de haber descubierto que éste le había suplantado como juez y fingido su firma en varios documentos (folio 2), exhibiendo como prueba de la materialidad de las infracciones penales cometidas por su empleado los varios documentos falsificados por éste (folio 2), que entregó, en efecto, al juez investigador (folio 3), y en relación con los cuales el Secretario acusado admitió haber suplantado a su superior (folio 5) y reconocido igualmente que la firma puesta en ellos era de su puño y letra y la misma que utilizaba en sus actos públicos y privados (folio 8).

Por haber procedido en esta forma el denunciante doctor Muncker Caraballo resultó procesado y se le mantiene aún, seis (6) años después, atado a esta investigación criminal.

Debo manifestar, muy respetuosamente, mi absoluta inconformidad con la decisión que le sobresee temporalmente por segunda vez, pues, a mi juicio, jamás ha existido delictuosidad alguna en el comportamiento del juez, por ausencia total de tipicidad y, aún de admitirse ésta objetivamente, porque ninguna prueba del proceso permite afirmar que pretendió ocultar los documentos que, además, habían sido probadamente falsificados por su Secretario.

Sobre el delito de falsedad impropia a que se refiere el ordinal 9º del artículo 231 del Código Penal anterior ha dicho la Corte que no puede darse sino cuando se ejecuta con el propósito de esconder el documento:

"... La supresión de un documento consiste en la variación, cambio o mudanza de su contenido intelectual, para que no pueda cumplir su destinación probatoria, o no permita establecer la relación jurídica que lo originó. *El ocultamiento consiste en extraerlo, temporalmente, del ámbito de disponibilidad de aquel que tiene derecho a poseerlo o utilizarlo.* El primero de los efectos se logra actuando sobre los grafismos del documento con el fin de hacerlos desaparecer; por ejemplo, mediante tachaduras, borrones, lavados, etc. El segundo, *escondiéndolo, tapándolo con alguna sustancia, o reteniéndolo cuando se tiene la obligación de entregarlo, restituirlo, exhibirlo, presentarlo*, etc. ..." (subrayas, fuera del texto).

(Casación, 4 de octubre de 1978).

"... ... ...".

"... El Código Penal considera como falsedad el hecho de suprimir, destruir u ocultar documentos públicos o privados (artículos 231, 233 y 240), porque esas maniobras van en contra de la función probatoria de tales documentos y afectan la verdad y la fe públicas. Según Carrara, el fin del delito es una ofensa a la verdad, pero que se debe decir que hay falsedad por sustracción, 'porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de *suprimir* el documento. Este criterio, deducido totalmente del fin del agente, es lo que determina la noción de falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir'...".

(Autos, 24 de mayo de 1948, LXIV, 219; 28 de abril de 1949, LXV, 789).

"... ... ...".

"... no puede hablarse con propiedad de ocultación del documento (sic), no hubo ni intención ni propósito respecto de los funcionarios acusados para que directa o indirectamente se cumpliera el fenómeno de la ocultación ...".

(Sentencia, 12 de enero de 1955, *Gaceta Judicial*, Tomo LXXIX, 568).

"... ... ...".

"... En lo que dice concretamente a la falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de un escrito, de que pueden responder los funcionarios o los particulares, deben tenerse en cuenta los mismos elementos objetivos y subjetivos de la acción, es decir, *que el documento (oficial o privado) se haya querido eliminar o esconder con el fin de que se borre la relación jurídica que en él consta, o que se haga oscura, o que se pretenda diferir su cumplimiento ...*" (subrayas fuera del texto).

(Sentencia, 8 de junio de 1972, CXLII, 356).

Antonio Vicente Arenas, por su parte, afirma que no puede existir falsedad en copias si el original de éstas no ha sido, a su turno, destruido, o suprimido u ocultado:

"... 'Ocultar', no es solamente esconder el documento, sino negarse a presentarlo cuando ello es legalmente obligatorio, o no exhibirlo cuando se necesite ...".

"... Es falsedad material que se consuma al destruir, suprimir u ocultar maliciosamente el documento, con lo cual propiamente no se altera la verdad sino que se oculta en perjuicio de otro ...".

"... La razón de ser de la incriminación radica en que se suprime un medio de prueba que tenía carácter documental. No interesa, que la obligación pueda demostrarse por otros medios. *Pero si lo que se ha suprimido es la copia de un instrumento público que puede reemplazarse con otra, tomada del original, no puede hablarse de falsedad en documentos porque la prueba escrita no ha sido realmente suprimida.* Si el original había desaparecido por cualquier causa y se destruye la copia expedida en forma fehaciente, sí se configura la falsedad por supresión ..." (subrayas fuera del texto).

(Comentarios al Código Penal Colombiano, Tomo I, página 372).

Comparto, en consecuencia, las siguientes, a mi juicio indiscutibles razones, reiteradamente expuestas por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Bogotá, para considerar que el doctor Muncker Caraballo ha debido ser definitivamente sobreseído:

"... Es (la investigada) una de las falsedades llamadas impropias, pues no hay allí una inmutación de la verdad como tal, sino la supresión de un medio documental que puede servir de prueba en el orden jurídico. La conducta del agente debe ser la de *destruir* el documento: que consistirá en la desaparición o modificación de la materia misma en la cual se plasma el tenor escrito de manera que no pueda servir a su fin propio. En el caso presente, es obvio que no se ha destruido el documento, sino que se ha llevado a un proceso penal contra el secretario del juzgado (folios 193 a 199); o la de *ocultar* el documento, caso que tampoco se da, pues en vez de ello se le ha llevado a una actuación pública,

de orden público, como es la de la investigación contra el secretario, sin ánimo de sustraerlo de la esfera propia en que debe permanecer el documento, que corresponde a la administración de justicia, antes bien nos parece perentorio que para tal investigación tenga que aportarse la prueba del hecho punible que estará en los respectivos oficios como materialidad de la ilicitud; o *suprimir* los documentos, lo que tampoco se da, pues tal comportamiento requiere o consiste en tomarlos con el ánimo malicioso de privar a quien tiene derecho a ellos de su tenencia, y aquí ha habido un desplazamiento del medio documental que parece imperioso en virtud de la investigación penal contra el secretario que reclama, por razones de orden público, que se pongan en manos del juez penal que investiga las irregularidades secretariales. Por ello no hay ni destrucción (están en el proceso contra Mariño), ni ocultamiento (la investigación penal los tiene) ni supresión, pues además de aparecer allí, están al servicio del proceso penal como medios de prueba, lo que nos parece imperativo en tales casos ...".

"... Pero además podemos agregar esto: el que los retiró era el funcionario investido de jurisdicción para dar piso a una acción de naturaleza eminentemente pública como era la penal. Ello hace que si los hubiera sacado, tal vez aún de los sumarios, estaría cumpliendo su deber y por lo mismo no contrariando al derecho. Y además, si ello hubiere sido así, la falsedad (dando por sentado que la hubiera) sería irrelevante, pues se trata de simples misivas en orden a la comunicación del juez, que en modo alguno deben aparecer *stricto sensu* en el proceso, y que sustraídas no alteran la esencia misma de la marcha procedimental. No tendría la potencialidad de ofender el bien jurídico de la fe pública la sustracción de documentos dichos, con lo que sería una supresión irrelevante. Pero finalmente, parece que no se sustrajo los oficios del expediente, sino que tomó las copias del archivo para formular denuncia penal, lo que dará mayor peso a la tesis de que no existe el delito de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documentos de los expedientes que cursaban en el Juzgado Municipal de Leticia ...".

"... En resumen, creemos:

"a) No se da la adecuación típica, pues no se realizó conducta de supresión, destrucción u ocultamiento de documentos;

"b) Si existiera la conducta típica, no sería antijurídica, pues el juez estaba obligado a denunciar los ilícitos que observó en su Despacho y a suministrar los medios de prueba necesarios para descubrirlos. Ello le obligaba a aportar las copias en que se cometieron las irregularidades dichas;

"c) Si además se recuerda que no es necesario que los oficios figuren en el sumario, lo que hará inane la falsedad, y que se tomaron de los archivos por quien era el titular de la oficina para la finalidad dicha, se llegará a la conclusión sólida de la inexistencia del delito de falsedad. No hay pues adecuación a la figura legal del artículo 231, numeral 9º del Código Penal, y antes bien el juez cumplió con un deber al llevar las copias de los oficios a la denuncia penal contra su secretario ...".

(Folios 206 a 208).

Con base en tales consideraciones, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

10 de julio de 1981.

VEREDICTOS

El juez goza de razonable amplitud para analizar e interpretar las respuestas del jurado

---

FORMULACION DE CUESTIONARIOS

No hay lugar a nulidad de la actuación, si en los cuestionarios se hacen, a veces para mayor precisión y claridad, alusiones incidentales a asuntos jurídicos que han sido suficientemente explicados en el auto de proceder y que no dan campo a interpretaciones equívocas, ni estorban la defensa, ni constriñen la voluntad de los jurados, ni dificultan la respuesta que éstos tengan a bien expresar

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 62 de 24 de junio de 1981.

Bogotá, D. E., junio 25 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Los procesados Heliodoro y José Lupercio Díaz Bello, así como el defensor del primero, interpusieron recurso de casación contra la sentencia de 7 de diciembre de 1979, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la proferida por el Juzgado Once Superior del mismo Distrito, de fecha nueve de junio de ese año, en la que fueron condenados de la siguiente forma: Heliodoro Díaz Bello a la pena principal de doce (12) años de presidio, como autor responsable de los delitos de homicidio consumado en la persona de José Javier Cangrejo y homicidio frustrado en Eudoro Castiblanco Salas; y a José Lupercio Díaz Bello a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio frustrado en la persona de Eudoro Castiblanco Salas. También fue condenado en la misma sentencia Armando Díaz Bello, a las penas principales de doce (12) meses de prisión y multa de doscientos pesos en favor del Tesoro Nacional, como autor responsable del delito de lesiones personales de que fue víctima Pedro Carrillo Ramírez.

El recurso se admitió por auto de 15 de abril de 1980 y la demanda presentada a nombre de Heliodoro Díaz Bello fue declarada ajustada a las prescripciones formales que requiere la ley. En cuanto a José Lupercio Díaz Bello, se declaró desierto el recurso, por no haber presentado la correspondiente demanda (folios 2, 51 y 54 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El juzgado del conocimiento y el Procurador Tercero Delegado en lo Penal coinciden en presentar los primeros, así:

"El veintisiete (27) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las horas de la tarde se encontraban varios sujetos ingiriendo licor en la tienda del señor Aquilino Vanegas Barbosa, situada en la vereda Mocuelo, jurisdicción del Municipio de Bosa de este Distrito Judicial y por motivos triviales se suscitó un altercado entre José Lupercio Díaz Bello, Eudoro Castiblanco Salas y Humberto Beltrán (alias El Maestro) y en desarrollo del mismo resultaron con lesiones leves los dos primeros citados.

"Al día siguiente, o sea el veintiocho (28) de abril del mismo año, como a eso de las siete y

treinta de la noche, cuando se encontraba el señor Eudoro Castiblanco Salas en compañía de un grupo de amigos en una tienda del barrio Tunjuelito, carrera 16B con calle 55 Sur, llegó el sujeto José Lupercio Díaz Bello, junto con sus hermanos José Ignacio, Heliodoro y Armando Díaz Bello, y 'El Maestro' Humberto Beltrán y sin motivos aparentes, arremetieron contra Castiblanco Salas y sus compañeros utilizando cuchillos e instrumentos contundentes, con tan fatal desenlace que resultaron lesionados Eudoro Castiblanco Salas, Pedro Eulogio Carrillo Ramírez y José Javier Cangrejo Castiblanco, quien murió posteriormente a consecuencia de las heridas sufridas".

Cerrada la investigación, fueron llamados a responder en juicio los hermanos José Lupercio, Heliodoro y Armando Díaz Bello, los dos primeros "como presuntos coautores del delito de homicidio consumado en la persona de José Javier Cangrejo y frustrado respecto del señor Eudoro Castiblanco Salas" y el último "como presunto autor del delito de lesiones personales de que fue objeto Pedro Carrillo". En la misma providencia se sobreseyó temporalmente en favor de José Ignacio Díaz Bello y Humberto Beltrán (alias El Maestro) en razón de esos mismos hechos, y en favor de José Lupercio y Heliodoro Díaz Bello respecto del delito contra la propiedad de que fueron sindicados y que hace aparecer el denunciante como cometido en desarrollo de los mismos acontecimientos.

En el período probatorio de la causa fueron recibidos los testimonios de María Elvia Caballero de Bojacá y Eugenio Santos Milque, en virtud de petición formulada por el defensor de José Lupercio Díaz Bello.

La audiencia se llevó a cabo a partir del día 20 de abril de 1977, y en ella fueron sometidos a consideración del jurado los siguientes cuestionarios, que fueron respondidos en la forma que se inserta al final de cada uno de ellos:

Primero. "El acusado, José Lupercio Díaz Bello, ¿es responsable, *sí* o *no*, de haber causado la muerte a José Javier Cangrejo, en coautoría y con intención de matar, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, en la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "No es responsable".

Segundo: "El acusado, José Lupercio Díaz Bello, ¿es responsable, *sí* o *no*, de haber causado lesiones personales a Eudoro Castiblanco Salas, con intención de matar y en coautoría, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, en la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "Sí es responsable".

Tercero: "El acusado, Heliodoro Díaz Bello, ¿es responsable, *sí* o *no*, de haber causado la muerte a José Javier Cangrejo, en coautoría y con intención de matar, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, en la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "Sí es responsable pero actuando en defensa de su hermano".

Cuarto: "El acusado, Heliodoro Díaz Bello, ¿es responsable, *sí* o *no*, de haber causado lesiones personales a Eudoro Castiblanco Salas, en coautoría y con intención de matar, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo); según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, en la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "Sí es responsable pero sin intención de matar".

Quinto: "El acusado, Armando Díaz Bello, ¿es responsable, *sí* o *no*, de haber causado lesiones personales a Pedro Carrillo Ramírez, con intención de herir, mediante el empleo de arma corto-punzante, según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, en la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "Sí es responsable" (folios 454 a 458 del cuaderno principal).

Por auto de veintiocho de abril de 1977 el juzgado declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto emitido por el jurado de conciencia respecto de Heliodoro Díaz Bello (cuestionarios números 3 y 4) y dispuso la convocatoria de un nuevo jurado para que se pronunciara en definitiva sobre la responsabilidad de dicho

procesado, a la vez que suspendió la actuación en lo atinente a los otros enjuiciados hasta tanto el proceso se hallare en igualdad de condiciones respecto de todos (folios 460 a 468 del cuaderno principal).

Esta decisión fue apelada, y el Tribunal Superior, mediante providencia de 3 de noviembre de 1977 (folios 506 a 513) la modificó parcialmente para declarar contradictorio y, por lo mismo inexistente, el veredicto emitido por el jurado respecto de Heliodoro Díaz Bello en lo relacionado con el homicidio cometido en persona de José Javier Cangrejo (cuestionario número 3) consecuencialmente dispuso que se convocara nuevo jurado para que se pronunciara "por primera vez" respecto de esta materia. En todo lo demás confirmó el auto recurrido.

De acuerdo con la decisión del Tribunal, se efectuó la nueva audiencia pública contra Heliodoro Díaz Bello, y en ella se formularon los siguientes cuestionarios, que fueron contestados en la forma que se incluye al final de los mismos.

Primero: "El acusado, Heliodoro Díaz Bello, ¿es responsable, *sí o no*, de haber causado la muerte a José Javier Cangrejo, en coautoría y con intención de matar, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, de la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "Sí es responsable, por mayoría".

Segundo: "El acusado, Heliodoro Díaz Bello, ¿es responsable, *sí o no*, de haber causado lesiones personales a Eudoro Castiblanco Salas, en coautoría y con intención de matar, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), según hechos ocurridos el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), en las primeras horas de la noche, en el barrio Tunjuelito de esta ciudad, de la comprensión de este Distrito Judicial?".

Respuesta: "Sí es responsable, por unanimidad" (folios 652 y 653).

Con fundamento en estas veredicciones y en las que fueron estimadas válidas de la primera audiencia, profirió el juzgado la sentencia condenatoria a la que se hizo ya alusión (folios 654 a 670 del cuaderno principal).

Demanda

Impugna la sentencia con fundamento en las causales cuarta, tercera y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales formula los siguientes cargos: tres con apoyo en la causal cuarta y uno con base en cada una de las otras causales.

Causal cuarta. Cargo primero. Nulidad de carácter constitucional "por haberse violado las formas propias del juicio, al invadir arbitrariamente el juzgador de derecho el campo que la ley reserva al jurado de conciencia".

Lo hace consistir en que el Tribunal Superior, al revisar por vía de apelación el auto mediante el cual el juzgado declaró la contraevidencia de los veredictos proferidos respecto de Heliodoro Díaz Bello, en lugar de confirmarlo, si es que así lo estimaba pertinente, facultad que sí le reconoce, lo revocó para declarar contradictorios dichos veredictos y por lo mismo inexistentes.

Al proceder así el Tribunal invadió una órbita privativa del jurado de conciencia que "es autónomo en la apreciación de la prueba" y conculcó una de las supremas garantías constitucionales, como es la observancia de la plenitud de las formas del juicio.

A estos respectos afirma:

En la providencia por vía de apelación, la providencia por medio de la cual el juzgador de primera instancia declaró la contraevidencia del veredicto, el honorable Tribunal invadió el campo reservado por la ley al juzgador de hecho y entró, so pretexto de una contradicción presunta, en los términos de una de las respuestas dadas por el Tribunal Popular, a inquirir sobre el veredicto, no para interpretar una expresión ambigua o un concepto oscuro, sino para anular injustificadamente la absolución clara y evidente que se encontraba materializada en dicha respuesta, entonces sí produjo un grave quebrantamiento de las formalidades propias del juicio, violando una de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 26 de la Carta Fundamental".

La argumentación del impugnante se refiere a la respuesta "sí es responsable pero en defensa de su hermano", con lo cual respondió el jurado al cuestionario formulado al respecto de Heliodoro Díaz Bello en relación con la muerte de José Javier Cangrejo, veredicción que el juzgado estimó contraevidente y el Tribunal declaró inexistente por considerar contradictorios sus términos.

Censura al Tribunal al haber dividido arbitrariamente con el signo ortográfico de la "coma" (,) en dos proposiciones lo que era una e inseparable, con lo cual varió su primitivo significado para luego enfrentarlas entre sí, destruyendo "su correspondencia lógica y la unidad del texto original".

Para el recurrente, la respuesta del jurado constituye una sola proposición, de donde resulta imposible establecer, por sustracción de materia, irreconciliabilidad entre sus términos.

Por tanto, la veredicción era absolutoria "porque sin tecnicismos de orden jurídico equivale a aceptar el hecho material unido a una justificación del mismo, vale decir, a pronunciarse afirmativamente sobre la materialidad de la infracción, declarando que el proceder del reo estuvo ajustado a derecho".

Como conclusión de esta censura solicita la invalidación de la sentencia en lo referente al procesado Heliodoro Díaz Bello y la declaración de nulidad de lo actuado a partir de la providencia en que el Tribunal declaró inexistente dicha veredicción.

Cargo segundo. Nulidad de índole constitucional por haber sido mal elaborados los cuestionarios sometidos a consideración del jurado, ya que, de un lado, no se preguntó sobre cuestiones de hecho evidenciadas en el proceso y que constituyen "circunstancias modificadoras de la conducta típica", como la riña imprevista y la complicidad correlativa; y, de otro lado, se incluyeron en ellos "denominaciones jurídicas que restringieron el derecho de defensa y llevaron a error a los jueces de hecho" como los de "coautoría", y "haber causado lesiones personales", en lugar de las que debieron haber sido empleadas, como "haber intervenido", "haber tomado parte", "haber causado heridas".

En esta forma se violan garantías amparadas constitucionalmente como la "legalidad del delito" y el debido proceso, con obvia incidencia en el derecho de defensa.

De paso objeta el que se hubiera considerado a los hermanos José Lupercio y Heliodoro Díaz Bello como coautores de la muerte de José Javier Cangrejo, siendo que éste recibió una sola herida o lesión.

Son aspectos fundamentales de su argumentación los siguientes:

"Los coautores consuman el delito con hechos materiales de igual eficacia, precisamente singularizados; en la complicidad correlativa hay cooperación real en los actos de ejecución, pero la prueba recogida no permite individualizar al autor material del delito, respecto del cual se sabe que se halla entre los copartícipes, pero se ignora cuál de ellos sea, y en el caso concreto, es obvio, tal como quedó demostrado, que la última figura es la que se da, y no la primera, y por ello ha debido interrogarse a los juzgadores de conciencia sobre los elementos integrantes de la misma".

"Del testimonio rendido por María Elvia Caballero, en la etapa del juicio, aparecen los elementos constitutivos de la figura que ha sido denominada como 'riña imprevista', circunstancia modificadora de la conducta, dentro del marco de la denominación genérica de la infracción por la cual se residenció en juicio a Heliodoro Díaz Bello. Siendo una prueba practicada dentro del término probatorio de la causa correspondía directamente al jurado apreciar la circunstancia modificadora de la conducta delictiva que tal declaración contiene, y por ello los elementos constitutivos de la aludida modificante debían necesariamente incluirse en la pregunta hecha al Tribunal Popular sobre la responsabilidad de los acusados".

"El empleo de los términos jurídicos antes mencionados contraría el mandato legal que dispone la omisión de tal terminología en los cuestionarios que se someten a la consideración del *juri*, lo cual se explica por el hecho de que el jurado no está integrado, de ordinario, por personas versadas en las ciencias jurídicas, de los cuales se reclama un fallo en conciencia, producto de su honrada e íntima convicción, y no una respuesta técnicamente elaborada sobre unos puntos derecho".

Como corolario de este cargo solicita la invalidación de la sentencia y la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir de la formulación de los cuestionarios propuestos a consideración del jurado en la primera audiencia.

Cargo tercero. Nulidad de orden legal, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, numeral 5º).

Para fundamentarlo recuerda que el auto de proceder "no es una providencia de libre redacción", sino que está sometida a requerimientos de forma y fondo que establece el Código de Procedimiento Penal en su artículo 483, entre las cuales está la de determinar el delito por

su denominación genérica, siendo prohibido el precisar su especie.

Por cuanto en el auto de enjuiciamiento se llamó a responder a Heliodoro Díaz Bello como coautor del delito de homicidio *consumado* en José Javier Cangrejo, y del delito de homicidio *frustrado* en Eudoro Castiblanco Salas, concluye que se incurrió en errada denominación jurídica de la infracción, pues se la llamó "por su especie y no por su género", puesto que el *nomen juris* que el Código le da es simplemente el de "homicidio".

Agrega que, de esa forma, restringió el derecho de defensa, pues el procesado quedó de antemano "limitado y circunscrito a tal denominación específica".

Pide, en consecuencia la invalidación de la sentencia respecto del procesado Heliodoro Díaz Bello y la declaración de la nulidad a partir del auto de llamamiento a juicio, inclusive.

Causal tercera. Cargo único. Haber sido dictada la sentencia sobre un veredicto claramente contradictorio.

Lo hace consistir en que habiendo sido llamados a responder tanto José Lupercio como su hermano Heliodoro Díaz Bello en calidad de *coautores* del homicidio cometido en José Javier Cangrejo, el jurado hubiera negado la responsabilidad de José Lupercio y en cambio la afirmara respecto de Heliodoro.

Para el impugnante ese veredicto es evidentemente contradictorio "porque en él se aceptan situaciones de responsabilidad que se excluyen entre sí, se afirma y se niega simultáneamente una misma cosa, siendo imposible desentrañar su verdadero sentido" ... "o sea que, según el veredicto, el hecho que en este caso es uno solo, la muerte de José Javier Cangrejo, en cuya realización, según la prueba recogida en el plenario, y lo que se tuvo por probado en el auto de proceder, intervinieron ambos procesados, es para el uno delito y para el otro un proceder conforme a derecho".

Apoya sus argumentaciones en pronunciamientos de la Corte del año de 1947, y termina solicitando que se declarara contradictorio el veredicto sobre el cual se dictó la sentencia y se disponga la convocatoria de un nuevo jurado "para que en audiencia pública y por primera vez se pronuncie sobre la responsabilidad de Heliodoro Díaz Bello en la muerte de José Javier Cangrejo Castiblanco".

Causal primera. Cargo único. Ser violatoria la sentencia en forma directa de la ley sustancial "por infracción directa del artículo 16 del Código Penal, a lo cual se llegó por la aplicación indebida que se hizo del artículo 17 del mismo ordenamiento jurídico".

Recuerda que el correspondiente cuestionario se redactó sobre la base de la pregunta al jurado acerca de si Heliodoro Díaz Bello era o no responsable "de haber causado lesiones personales a Eudoro Castiblanco Salas, en coautoría y con intención de matar mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo)". La respuesta del jurado fue: "Sí es responsable".

Anota el recurrente que "ni del cuestionario, ni de su respuesta, se puede inducir ningún elemento que permita diferenciar el grado de perfección del reato: está claro que se preguntó sobre la responsabilidad del procesado en un homicidio imperfecto, ello por haber incluido la expresión "con intención de matar", pero nada se dijo sobre los elementos que permiten diferenciar la modalidad de imperfección que trae el artículo 16 del Código de Penas, de la que trae el artículo 17 ibídem, pues nótese muy bien que empleada por el juzgador de derecho la expresión "lesiones personales" no se indicó la categoría de tales lesiones, si eran graves, leves o menores; tampoco se indicó si tales lesiones habían sido producidas en partes vitales del cuerpo del ofendido, o por el contrario si se encontraban situadas en zonas secundarias; el hecho de que el arma utilizada por el agente sea idónea para el fin propuesto, no permite hacer diferenciación alguna entre la tentativa y la frustración".

Por cuanto en la sentencia se condenó a su defendido por homicidio frustrado en relación con este hecho, y no por homicidio tentado, siendo que existía esa duda, se violó la ley sustancial en forma directa al aplicar indirectamente el artículo 17 del Código Penal y dejar de aplicar el 16 del mismo estatuto, habiendo sido el medio de la violación el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada y se dicte la que debe reemplazarla, en la cual se debe reducir la pena impuesta en doce meses, en consideración de "la menor entidad jurídica que representa la tentativa de homicidio, con incidencia en la dosimetría penal".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, ya que nin-

guno de los cargos que le fueron formulados está llamado a prosperar. Los contesta de la siguiente manera:

Causal cuarta. Cargo primero. El hecho de que el Tribunal hubiese revocado el auto del juzgado en el cual se declaraba contrario a la evidencia procesal el veredicto proferido respecto de Heliodoro Díaz Bello para, en su lugar, tenerlo por inexistente, no constituye nulidad por inobservancia de las formas del debido proceso. A lo sumo puede implicar un error en la interpretación de la respuesta del jurado, pues en verdad no repugnaba jurídicamente considerarla como absolutoria, sólo que sí contrariaba abiertamente la verdad procesal, pues el occiso no atacó a los hermanos Díaz Bello ni esgrimió armas contra ellos, lo cual descarta toda grave e injusta agresión, presupuesto de la legítima defensa.

Recuerda que la consecuencia inmediata tanto de la contraevidencia como de la contradicción del veredicto es la convocatoria de un nuevo jurado que juzgue sobre la responsabilidad del acusado y que esos pronunciamientos son competencia de los juzgadores en las instancias.

Cargo segundo. Refuta la censura poniendo de presente que el auto de proceder, una vez ejecutoriado, es ley del proceso y que el cuestionario debe reproducir con estricta fidelidad los cargos formulados en aquél.

Como el procesado recurrente fue convocado a juicio como coautor con su hermano José Imperio del homicidio cometido en José Javier Cangrejo, porque según las pruebas valoradas por el juez ambos contribuyeron a la realización de la muerte, "mal podía el juzgador de derecho preguntarle al jurado por una modalidad, que como la complicidad correlativa, no había sido considerada en el pliego de cargos y menos aún interrogarlo respecto a la atenuante de la riña imprevista, circunstancia aminorante de la responsabilidad que no aparece plenamente demostrada en la etapa probatoria de la causa, puesto que el testimonio que le sirve de soporte es prueba poco creíble, conforme lo admite el demandante".

De otra parte, en la primera audiencia pública la defensa alegó, sin éxito, esas dos modalidades, y en la segunda ninguna objeción formuló el defensor recurrente a los cuestionarios que fueron elaborados en los mismos términos que los primeros.

En lo que respecta al empleo en el cuestionario de expresiones como "coautoría", anota el Procurador que son "de fácil comprensión y entendimiento para el común de las gentes, pues con ella se indica que alguien concurra con otro a la realización del delito y en tal sentido fue empleado en los presentes cuestionarios".

Además, el propio defensor aludió en su intervención a la modalidad de la coautoría, no para reprochar su inclusión en el cuestionario, sino para alegar que no estaba probada.

Tercer cargo. Replica el Procurador que el error relativo a la denominación jurídica de la infracción que engendra nulidad de carácter legal es el que radica en darle a los hechos probados en el sumario una calificación *genérica* que no es la que les corresponde, como cuando se enjuicia por robo estando acreditado un hurto, y agrega que para la prosperidad de esta clase de nulidad se precisa la demostración de argumentaciones concurrentes, o sea, que los hechos probados no corresponden al género delictuoso por el cual fue llamado el acusado sino a otro diferente que debió haber sido reconocido por el juzgador.

Como el recurrente no demostró que los hechos por los cuales se enjuició a su defendido corresponden a un género delictuoso diferente, sino que se limitó a cuestionar las modalidades de "consumado" e "imperfecto" de los homicidios que le fueron atribuidos, el error predicado del juzgador resulta infundado.

Causal tercera. Cargo único. El Procurador lo desestima con fundamento en que "el principio de contradicción no se desconoce porque el jurado afirme la responsabilidad de un acusado y niegue la del otro, cuando ambos han sido llamados como coautores del ilícito, puesto que la responsabilidad penal es personal e intransferible".

Causal primera. Cargo único. Dice el Procurador que debe rechazarse por defectos de técnica en su fundamentación, puesto que quien alega la violación directa de la ley debe aceptar los hechos en la forma en que fueron apreciados en el fallo impugnado, debiéndose limitar a discutir la errada selección de la norma o el equivocado alcance jurídico que se le atribuyó.

Como el recurrente fundamenta su censura "en una supuesta incertidumbre en cuanto al grado o modalidad del homicidio imperfecto (tentativa o frustración), está cuestionando los soportes probatorios del fallo y por lo mismo contrariando la técnica que regula el recurso.

No obstante ello, manifiesta el Procurador que el procesado Heliodoro Díaz Bello fue llamado a

responder en juicio en forma inequívoca por el delito de homicidio frustrado en persona de Eudoro Castiblanco y que al haber sido declarado por el jurado responsable de esa infracción se imponía su condenación a ese título.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Cargo primero. Como en los juicios que se tramitan con intervención del jurado de conciencia la veredicción que éstos emitan constituye la base de la sentencia, los falladores de instancia tienen la facultad de analizar las respuestas del jurado tanto en sí mismas como frente a la realidad procesal, con el fin de comprobar que en verdad existe un veredicto acogible y que la sentencia puede dictarse de acuerdo con él.

En esa labor disfruta el juez de una razonable amplitud en la interpretación de esas respuestas, sin que ello implique invadir la órbita funcional del jurado, pues la autonomía de éste no puede ir hasta desconocer ostensiblemente la verdad que recoge el proceso, ni tampoco hasta violentar la lógica emitiendo su contestación en términos irreconciliables que destruyan el juicio que se quiso expresar.

Refiriéndose al caso de un veredicto de difícil conciliación en sus términos, el cual fue declarado inexistente por los jueces en las instancias, dijo esta Sala: "Cuando los términos de una veredicción llevan al juzgador a entender que se ha eliminado el elemento culpabilidad (exclusión de dolo y culpa), pero al mismo tiempo se afirma la responsabilidad del procesado, resulta admisible deducir que los términos de la respuesta son incompatibles, contradictorios y, por tanto, conforman una veredicción inexistente sobre la cual no es posible asentar fallo alguno" ... "En casos tales el juzgador goza de amplios márgenes de discrecionalidad, que no puede vulnerar de buenas a primeras la casación. Para que prospere una censura como la que el demandante expone, sería necesario observar un craso error de interpretación o una total apatía por desentrañar el sentido del veredicto y conciliar los términos empleados por el *juri*. Pero cuando acontece lo contrario, esto es, dándose factores racionales de duda en cuanto a la responsabilidad o no del enjuiciado, cuando se ha examinado el veredicto en forma cuidadosa, intentando hallar un resultado positivo, sin poder vencer esta incertidumbre, no puede menos que aceptarse y respaldarse una resolución que provoque la convocatoria de un nuevo jurado, en el cual los interesados puedan hacer valer con mayor precisión sus argumentos y el juez encontrar ocasión para que se despeje toda inquietud e indecisión" (casación de 28 de febrero de 1980).

Es lo que ocurre en el presente caso, pues si bien objetivamente, aisladamente, considerada la respuesta del jurado "sí es responsable pero actuando en defensa de su hermano" podría ser interpretada como una veredicción absolutoria, estimando que en la primera parte se afirmó la simple autoría material en el hecho y en la segunda se aceptó que lo realizó conforme a derecho, no puede hacerse en forma tan concluyente la misma afirmación cuando se confronta ese veredicto con la realidad que arroja una pieza procesal de tanta importancia como es la audiencia pública.

En ésta, el defensor de Heliodoro Díaz Bello solicitó, respecto del cuestionario en que se le formula el cargo por el homicidio cometido en José Javier Cangrejo (cuestionario número 3) como respuesta principal la ausencia de responsabilidad por haber obrado en legítima defensa y encareció la sujeción a los precisos términos de la contestación para evitar inconvenientes en su valoración.

Dice el acta respecto de este punto: "argumenta con ejemplos qué se entiende por defensa justa, trayéndolos al caso que se debate e insistiendo en que Heliodoro actuó en legítima defensa de su hermano y Lupercio en defensa justa de su propia vida. Toma los cuestionarios, los explica y dice que espera en lo que respecta al tercero, donde se pregunta 'lo lee', lo contesten con un *no* simplemente, o *no es responsable*, o *no es responsable*, por haber actuado en *legítima defensa de su hermano*" ... "Hace énfasis en las respuestas que les pide, aclarando que cualquier palabra que falte, puede dar lugar a distintas interpretaciones y se puede llegar incluso a declarar contradictorio" (folios 451 y 452 del cuaderno principal).

No obstante, el jurado respondió: "Sí es responsable, pero actuando en defensa de su hermano".

De allí la razonable perplejidad que le suscitó al Tribunal esta contestación, en la que intuyó que el jurado a la vez afirmaba y negaba la responsabilidad. Así se expresó:

"El veredicto contra Heliodoro Díaz Bello, en cuanto al homicidio, resulta contradictorio, porque contiene cláusulas que se excluyen entre sí. En un extremo se pregona su responsabilidad y en el otro la justificación del mismo hecho. En

esta forma, es patente, manifiesta la oposición entre los dos extremos del veredicto, respecto de la misma conducta" ... "Tal manifestación es antiarmónica, porque afirma sucesivamente la responsabilidad y la justificación positiva de Heliodoro, respecto al mismo hecho. De esta suerte, no existe veredicto, en rigor jurídico. Así debe declararlo el Tribunal al desatar el recurso" (folios 510 y 512 ibídem).

De la misma opinión fue el Fiscal colaborador del Tribunal (folios 503 y 505 ibídem).

No fue pues arbitraria ni caprichosa la interpretación que dio el Tribunal a esa veredicción, ni invadió la órbita de autonomía del jurado al declararlo inexistente, ni conculcó los derechos del procesado ni violó las formas del debido proceso, pues aquél tuvo una nueva y amplia oportunidad para que su defensor explicara su conducta.

El cargo no prospera.

Cargo segundo. Sin entrar a dilucidar el tema, de variada interpretación, en cuanto a si los cuestionarios deben o no recoger aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad cuya comprobación surgió con posterioridad al auto de proceder, ha de decirse que lo que sí se exige sin vacilación para que puedan ser consideradas bien por el juez o por el propio jurado es que estén inequívocamente acreditadas.

En lo que respecta a la riña imprevista, el expediente recoge prueba suficiente, la que fue analizada en debida forma en el auto de enjuiciamiento, para afirmar que quienes desataron la agresión fueron los hermanos Díaz Bello, los cuales, no obstante el incidente del día anterior entre uno de ellos y Eudoro Castiblanco, se hicieron presentes en el lugar donde éste departía con un grupo de amigos, y sin que mediara provocación la emprendieron contra éstos. Frente a las declaraciones recibidas durante el sumario aparecen los Díaz Bello como los provocadores y agresores, sin que el testimonio de María Elvia Caballero Bojacá, rendido en la etapa del juicio, después de año y medio de ocurridos los hechos y sin que su presencia en el sitio de los acontecimientos la registrara el proceso, logre infirmar aquellas contestes manifestaciones (folios 373 a 381 del cuaderno principal).

En cuanto a la complicidad correlativa, baste recordar que el representante de la parte civil la propuso al jurado en la primera audiencia y fueron los propios defensores quienes la rechazaron, afirmando enfáticamente que ella no se presentaba y que no querían recibir "ese regalo" de la parte acusadora (folios 436, 438, 443, 446 y 448).

En la segunda audiencia el defensor de Heliodoro Díaz y ahora recurrente no la mencionó siquiera, como tampoco planteó la riña imprevista, ni objetó los cuestionarios por su redacción, ni dijo que su defendido no podía ser considerado coautor con su hermano en un homicidio en el que el jurado negó la responsabilidad de éste en veredicto válido que estaba pendiente para ser objeto de una misma sentencia una vez resuelta la situación de Heliodoro (folios 648 a 651 donde el acta condensa el resumen de su intervención).

En relación con el empleo que censura el recurrente de expresiones en el cuestionario de contenido puramente jurídico, además de las observaciones hechas por el Procurador, cabe destacar que no alcanza a configurar nulidad de orden legal, menos constitucional. A este respecto dijo la Corte en casación de 3 de septiembre de 1971.

"Es cierto que en los juicios en que interviene el jurado debe inquirírsele a éste en los cuestionarios que deba resolver sobre los hechos estructurales del delito o de los delitos objeto de la acusación, sin darle denominación jurídica, pues así lo preceptúa el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, que codificó el 26 de la Ley 4ª de 1943. Pero de esta normación no puede deducirse, como lo sostiene el actor, nulidad de la actuación si en los cuestionarios se hacen, a veces para mayor claridad y precisión, alusiones incidentales a asuntos jurídicos que han sido suficientemente explicados en el auto de proceder y que no dan campo a interpretaciones equívocas, ni estorban la defensa, ni constriñen la voluntad de los jurados, ni dificultan la respuesta que estos tengan a bien expresar, como aconteció en el caso de autos, pues a los jueces de conciencia se les preguntó si el acusado Teodosio Moreno Berrío era responsable de haber causado la muerte, con el propósito de matar, al señor Marco Antonio Payares Montes, después de haber cometido el delito de robo y para ocultar esta infracción, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se detallan en el cuestionario, y se les indagó igualmente si el mismo procesado era responsable como cómplice necesario del delito de robo de dinero y prendas de propiedad de Payas Montes, según hechos que 'ocurrieron el día veintiuno de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco, por los lugares del mercado público de la ciudad de (Montería), en las horas

de la noche' (folio 139), y los puntos de derecho a que se hace referencia en los cuestionarios sobre los cuales se pronunció el jurado quedaron suficientemente explicados en la vocación a juicio, se discutieron en la audiencia pública y no ofrecieron dubitación al Tribunal Popular para su veredicto.

"Importante observar que ni la norma que regla la elaboración de los cuestionarios para el jurado, ni ninguna otra disposición legal, conmina con nulidad el hecho de que en ellos se incluyan calificaciones jurídicas en aspectos de la conducta delictuosa, tales como el fin de encubrir un delito de robo en caso de homicidio, o la clase de complicidad con que procedió alguno de los cooperadores en la infracción, materias que en este proceso se trataron en el pliego de cargos y se debatieron en el juicio sin ninguna perplejidad. Y si en eventos como el descrito no existe nulidad por mandato legal, mucho menos puede afirmarse nulidad de carácter constitucional con base en el artículo 26 de la ley suprema, pues este tipo de nulidad excepcional, ideada por la jurisprudencia, sólo es admisible como lo tiene dicho la Corte en numerosos fallos 'cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado' ".

No prospera el cargo.

Cargo tercero. Sin dejar de reconocer que constituye una irregularidad el calificar en la parte resolutiva del auto de proceder el grado de perfección del delito por el que se llama a responder en juicio al sindicado, se debe afirmar que ella no configura la nulidad que alega el recurrente, pues a los hechos se les dio la denominación jurídica de naturaleza genérica que les corresponde, o sea, la de homicidio.

No se los ubicó dentro de determinada especie, como podría ser la de homicidio intencional, homicidio preterintencional u homicidio culposo, sino que se especificó, incorrectamente desde luego, que uno de esos homicidios lo era en grado de consumación y el otro de mera frustración.

No se le dio, por vía de ejemplo, el nombre de homicidio a lo que respondía a unas lesiones personales, o a un delito de aborto, en cuyo caso sí procedería la nulidad por errada denominación jurídica de la infracción.

El derecho de defensa no se vio afectado, pues las intervenciones en las audiencias demuestran que las partes entendieron claramente por qué delitos estaban siendo juzgados.

No prospera el cargo.

Causal tercera. Cargo único. Tiene razón la Procuraduría cuando recuerda que la responsabilidad penal es de carácter personal e intransferible y que, por tanto, no hay contradicción cuando respecto de personas llamadas a responder como coautoras de un delito, el jurado encuentra prueba para predicar la responsabilidad de una, mas no para afirmar la de la otra.

Así lo ha sostenido la Corte en varios de sus pronunciamientos. En providencia de 3 de junio de 1980, dijo a este respecto:

"Por el segundo motivo de impugnación, y esta vez sí se refiere a la segunda audiencia y a los veredictos definitivos allí obtenidos, el censor afirma que éstos, al menos dos de ellos, son contradictorios; pero no individualmente considerados, pues las contestaciones de 'sí es responsable' para uno y 'no es responsable' para otro son secas, exactas y precisas, sino contemplándolas en conjunto, esto es, relacionando uno con otro por la razón de que los dos encausados fueron llamados en coautoría por el cargo de homicidio. Parece dar a entender, y no de otra manera puede interpretarse la demanda, que la coautoría deducida en el auto de proceder y consignada en los cuestionarios ata de tal modo a los dos procesados que no se puede negar la responsabilidad de uno para afirmar la del otro y, en consecuencia, que el jurado en un caso como el presente debe emitir veredictos iguales.

"Este cargo también carece de toda consistencia si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal es individual o personal para cada procesado y que su participación o no participación en la realización de un hecho delictuoso, o el grado que a ella corresponda si la hay, es cuestión que encuentra su respuesta en el examen del caudal probatorio que el proceso arroja.

"De esta manera la coautoría, que indudablemente representa un vínculo o ligamen entre dos o más personas para la consumación del delito, puede romperse sin que por ello se perturbe la equidad cuando el jurado con base en las diversas comprobaciones obtenidas en el proceso y luego de escuchar el debate de audiencia, emite su veredicto en uno u otro sentido, pues lo que se trata de establecer en el juicio es, precisamente, la responsabilidad o el tanto de ella que corresponda a cada cual cuando son varios los procesados, así se les haya denominado copartícipes, coautores o cómplices en la providencia calificatoria.

"Así se comprende que si el jurado niega la responsabilidad de un procesado llamado a juicio

en coautoría y afirma la responsabilidad del presunto coautor no se contradice. Podría tratarse de un veredicto claramente contrario a la evidencia de los hechos, uno u otro, pero su declaratoria la dejó la ley a los juzgadores de instancia (artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal).

En reciente sentencia de 2 de junio del presente año reiteró la Corte la anterior doctrina.

El cargo no prospera.

Causal primera. Cargo único. El expediente ofrece elementos de juicio suficientes para afirmar fundadamente que las personas que intervinieron en defensa de los procesados, así como éstos y las demás partes no ignoraron que Heliodoro y Lupercio Díaz Bello respondieron ante la justicia por un homicidio frustrado en relación con las lesiones que le causaron a Eudoro Castiblanco.

En efecto, al comienzo de la audiencia fue leído el auto de proceder (folio 645 del cuaderno principal), en el cual no solamente se hablaba de las graves lesiones ocasionadas a Eudoro Castiblanco, las que le produjeron una incapacidad de sesenta (60) días, sino que expresamente y de manera inequívoca se describe la figura del homicidio frustrado y, como si ello no fuera suficiente, en la parte resolutiva, con impropiedad que ya se analizó, se llama a responder a Heliodoro y a Lupercio como coautores de un homicidio *frustrado* en persona de Eudoro Castiblanco.

Así puede apreciarse a folios 324, 325 y 329 de la mencionada providencia.

Además, el propio defensor de Heliodoro Díaz Bello solicitó la lectura de la denuncia (folio 645) y de ella y de su ratificación se deduce palmariamente la gravedad de las lesiones ocasionadas a Eudoro, pues éste llegó hasta decidir que perdió el conocimiento y sólo recuerda que un señor en Tunjuelito trató "de meterle las tripas" (folios 1 y 20 a 21).

El representante de la parte civil aludió en la audiencia a la gravedad de esas lesiones, las ubicó en la modalidad del homicidio frustrado y leyó el artículo 17 del Código Penal que es la norma que recogía en el Código anterior dicha figura.

Así reseña el acta estos aspectos:

"Nuevamente toca el tema del incidente del 27 de abril cuando Lupercio resultó con un raspón en la nariz y que posteriormente dio lugar a este pequeño incidente para que los Díaz Bello hechos unos energúmenos atacaran inmisericordemente a cuchillo tanto a Eudoro como a José Javier y luego a Pedro Carrillo que si bien es cierto que milagrosamente Eudoro no murió, esto se debió a la oportuna intervención médica, pues las puñaladas que recibió eran de carácter mortal" ... "Insiste en que la actuación de Heliodoro Díaz Bello *debe tenerse en cuenta como homicidio frustrado* y no como lesiones personales porque ha rebasado este ámbito y lee el artículo 17 del Código Penal y hace referencia a la pena que se debe imponer" (subrayas fuera de texto) (folios 647 y 648) del cuaderno principal.

Por su parte el defensor y ahora recurrente solicita al jurado que no tenga en cuenta las manifestaciones del apoderado de la parte civil en cuanto a la gravedad de las heridas causadas a Eudoro, pues cuando más constituyen simples lesiones personales y nunca homicidio.

De allí la respuesta que propuso al jurado: "Sí es responsable, pero de lesiones personales y no de homicidio".

Los jueces de conciencia respondieron unánimemente ese cuestionario con un "sí es responsable".

Luego, el jurado no careció de elementos de juicio para proferir su veredicción con claro alcance de lo que hacía y los juzgadores de instancia procedieron acertadamente al considerar esta respuesta como una afirmación de responsabilidad en relación con un homicidio frustrado e imponer en consecuencia la sanción correspondiente a esa figura, que no es reproducida de manera autónoma por el nuevo Código Penal, pero que sí queda comprendida dentro de la amplia formulación que hace de la tentativa en su artículo 22.

El cargo no prospera.

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia impugnada.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Roberto Vélez Paternina, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

Objetivos del recurso. Violación indirecta, aparte 2ª del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Error de derecho en la apreciación de la prueba

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 62, junio 24 de 1981.

Bogotá, D. E., julio 4 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

Se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por Pedro Arturo Cruz Martín, contra la sentencia de 28 de febrero de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la de primera instancia, dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito, que lo condenó a la pena principal de 84 meses de presidio, como autor responsable de un delito de robo.

Resultandos y considerandos

Los *hechos* que dieron origen a este proceso los relató el Tribunal, en la siguiente forma, que el casacionista considera como fiel reflejo de la realidad:

"Siendo aproximadamente las nueve y veinte minutos de la noche del tres de enero de mil novecientos setenta y siete, penetraron a la panadería situada en la carrera 10ª número 5A-20 Sur de esta ciudad, varios sujetos, quienes al intimidar a los dependientes con armas de fuego, procedieron a sustraerse varios elementos de la misma, entre ellos una registradora, dándose a la fuga posteriormente, pero con el resultado de que momentos después fueron capturados en el interior de un taxi los sujetos Pedro Cruz Martín, conductor, y su compañera Danielle Peláez Benjumea, en las inmediaciones del lugar, habiéndose hallado en el interior del mismo un vehículo, algunos artículos y dineros de los sustraídos, así como una pistola".

Comprobada la materialidad del delito de robo mediante las pruebas de rigor, y allegada también la requerida sobre la imputabilidad por tal infracción, el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá, por auto de 19 de septiembre de 1977, abrió causa criminal contra Pedro Arturo Cruz Martín y Danielle Peláez Benjumea, para que respondieran por ese ilícito contra la propiedad.

En virtud de apelación interpuesta por los sindicados, el Tribunal, mediante auto de 2 de marzo de 1978, confirmó el llamamiento a juicio. Luego se celebró la correspondiente audiencia pública en la cual los procesados estuvieron asistidos por sus respectivos defensores. Y como culminación del juicio, el juzgado del conocimiento pronunció la sentencia de 16 de septiembre de 1978, por medio de la cual condenó a Pedro Arturo Cruz Martín a la pena principal de 84 meses de presidio, como autor del delito de robo investigado en este proceso, y a Danielle Peláez Benjumea a la pena principal de 31 meses, como cómplice no necesaria del mismo delito, teniendo en cuenta que aparecen plenamente comprobados los aspectos objetivo del delito y subjetivo de la imputabilidad y responsabilidad de los condenados.

Apelada la referida decisión, el Tribunal la confirmó por estimar que se ajusta a los preceptos legales. Contra esta recurrió en casación el procesado Pedro Arturo Cruz Martín.

La demanda

Tramitado legalmente este recurso extraordinario, el procesado, por medio de apoderado inscrito en la Corte, presentó la respectiva demanda, que fue admitida en sus aspectos formales para que el Ministerio Público rindiera su concepto de fondo.

Aquélla acusa la sentencia por un sólo cargo: ser violatoria de la ley sustancial, porque al ser valorados los hechos probatorios se les otorgó un mérito superior al fijado por la ley, la cual constituye la causal de casación prevista en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Como *demostración* del cargo, afirma que el Tribunal Superior de Bogotá apreció en forma incorrecta el acervo probatorio que obra en el proceso contra Cruz Martín, tanto en la denuncia presentada por Blanca Bonilla de Tinjacá, como en el reconocimiento que hizo del procesado, en rueda de personas, cuando afirmó que se trataba de la misma persona que penetró a la panadería y consumó el robo, reduciéndolos a la impotencia con arma de fuego, acompañado de otros sujetos, y que posteriormente salieron y abordaron un taxi, etc., porque es de suponer que era imposible que retuviera la fisonomía del atracador en un momento tan angustioso como el que relata, y que, en consecuencia, reconoció al sujeto capturado, pero no al atracador, por cuyo motivo el juzgador incurrió en un error al apreciar como plena esa prueba. Luego el recurrente critica el testimonio de Olga Garzón Galeano, que también sirvió de fundamento en la sentencia condenatoria, porque ella afirma que el sindicado Cruz Martín no estuvo dentro de la panadería cuando ocurrió el atraco, sino afuera, cuando abordó un taxi negro; y como el taxi que fue decomisado es de color verde, tal declaración es más bien favorable para el procesado. Termina la crítica diciendo que esta situación probatoria no varió, pues a pesar de que se ordenó la confrontación de las testigos con el sindicado, las diligencias no se efectuaron por no concurrir las personas citadas. En conclusión: "... no se encuentra demostrada plenamente, en la forma exigida por la ley, la plena prueba de responsabilidad que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, para dictar sentencia condenatoria ...".

Concepto del Ministerio Público

A juicio de la Procuraduría Delegada la sentencia dictada en contra de Pedro Arturo Cruz Martín no debe ser casada por las siguientes razones:

"a) De conformidad con tradicional doctrina de la Corte, el error de derecho en la apreciación de la prueba sólo puede ser alegado cuando existiendo una norma que le atribuya un determinado valor probatorio a un medio de prueba, en la sentencia se desconozca ese valor, en la medida en que en la demanda se señale concretamente la disposición que atribuye el valor a la citada prueba y se demuestre el sentido de la violación. También procede el error de derecho cuando se han vulnerado preceptos legales sobre aducción de la prueba, siempre que la incorporación al proceso de la prueba deba estar precedida de alguna clase de formalidad. Como en el presente caso no se trata de ninguna de las dos hipótesis señaladas, carece de razón alegar error de derecho;

"b) El casacionista hace una serie de consideraciones de carácter personal que bien podrían tener importancia en un debate de instancia, pero que carecen de la técnica necesaria para lograr que el fallo sea casado. En efecto, el planteamiento que hace el recurrente a lo largo de su demanda se limita a mostrar la forma personal como ha entendido y apreciado la prueba, pues en ningún momento puede afirmarse que ha demostrado el cargo propuesto y que esa demostración conduce a la anulación del fallo impugnado;

"c) De otra parte, ha repetido la Corte, que para que el error de hecho o de derecho esté llamado a tener éxito debe ser de tal magnitud y claridad, que sin mayor esfuerzo lo advierta el juzgador. En el caso presente ni se ha presentado el error de derecho, ni en el caso hipotético de que se hubiera presentado, éste tendría las características que para su prosperidad ha exigido tradicionalmente la jurisprudencia ...

"Finalmente, y para abundar en razones, para que el error pueda prosperar, es necesario que la prueba indebidamente apreciada haya sido fundamental en el pronunciamiento de la sentencia, esto es que tal prueba sea de tal importancia que sin ella la sentencia hubiera tenido que dictarse en sentido diverso. Justamente en el caso presente ocurre precisamente lo contrario, pues los declarantes reconocieron a Cruz Martín como una de las personas que tuvieron directa participación en la comisión del delito de robo; además, en diligencia de careo le sostuvieron los cargos que inicialmente habían formulado; de otra parte, se sabe que cuando Cruz

Martín fue capturado junto con la mujer Daniella Peláez intentaron huir del lugar en donde se encontraban y, finalmente, lo que es más importante, en el presente caso existe como prueba incontrovertible una presunción legal no desvirtuada. Evidentemente de conformidad con las copias que aparecen al folio 176 del cuaderno principal, se sabe que con anterioridad Cruz Martín fue condenado por un delito contra la propiedad y si, además le fueron encontrados en su poder algunas de las cosas objeto del robo de que se trata en este proceso y sobre cuya posesión no pudo dar ninguna explicación satisfactoria, aparecen nítidamente demostrados los extremos sobre los cuales se edifica la presunción legal de responsabilidad prevista en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal.

"Lo anterior quiere significar que la prueba tenida en cuenta en contra de Cruz Martín es abundante, sustentada por una presunción de responsabilidad no desvirtuada y que los argumentos insinuados por el casacionista, carecen por completo de virtualidad para infirmar el fallo. De otra parte, el hecho de que se hayan dejado de practicar las pruebas que caprichosamente menciona el recurrente y que en nada habrían cambiado la realidad procesal, no puede ser motivo suficiente para desconocer la firmeza de una sentencia dictada sobre las bases sólidas a que hemos hecho referencia".

Consideraciones de la Sala

Se ha transcrito, casi en su integridad, el concepto de la Procuraduría Delegada, porque es fiel reflejo de lo que sobre el error de derecho en la apreciación de la prueba establece el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, inciso 2º, y la interpretación que le ha dado la Corte mediante innumerables fallos, de acuerdo con la técnica que rige en este recurso extraordinario.

En efecto: "*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. 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, sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo, y* excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirven de sustentación para dictar la sentencia acusada" *(casación, febrero 26 de 1975).*

Esto quiere decir que mientras en las instancias el juez puede apreciar las pruebas, dentro de las normas legales, la Corte no puede abrir un debate probatorio agotado en tales instancias, excepto cuando se ha incurrido en error manifiesto, a tal punto que la sentencia viole claramente el orden legal, en cuyo caso puede examinar esa prueba, no propiamente en cuanto a su apreciación subjetiva sino en relación con su valor esencial. Al respecto, el juez, para llegar a la convicción plena, que pueda equiparar con la prueba plena estatuida por el artículo 215 del Código Procesal Penal, para condenar, tiene varios caminos procedimentales como los señalados en los artículos 217, 218 y 233 ibidem, entre otros. La Corte, en este sentido, debe sujetarse únicamente a la facultad estatuida en el aparte segundo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuando "la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba", siempre que el recurrente haya demostrado haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos. En suma, habría error de derecho protuberante, cuando el juez le ha dado a la prueba plena, por ejemplo a la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez y su secretario, que se presume verídica, según la norma del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, apenas el valor de un indicio, o, al contrario, estimar como plenamente probado un hecho mediante un solo indicio no necesario. Pero cuando en el proceso concurren varios indicios o inclusive presunciones legales sobre la imputabilidad y responsabilidad, sería absurdo sostener que no hay prueba perfecta sobre el acontecimiento que demuestran.

Ahora bien: aplicando estas reglas, que en materia de casación son comunes para todos los procesos, al caso de estudio, resulta lo siguiente:

El casacionista dice que el Tribunal al afirmar que "en cuanto a la prueba de cargo o de responsabilidad se allegaron al expediente las siguientes declaraciones: denuncia y ampliación de la misma por parte de Blanca Bonilla de Tinjacá y declaraciones rendidas por las empleadas Blanca Myrian Reyes y Olga Garzón Galeano, así como el informe suscrito por el Jefe del Grupo de Automotores de la Sipec, en el cual da cuenta de los pormenores de la captura de los sujetos Cruz Martín y la Peláez Benjumea", y que "la denunciante es enfática en afirmar que

Cruz Martín sí penetró en el establecimiento y tomó parte activa en la consumación del hecho; su versión la sostiene en diligencia de reconocimiento en rueda de personas; por su parte Blanca Myrian Reyes lo señala como la persona que al tomar parte activa del hecho, en forma especial fue quien se llevó la registradora, y finalmente Olga Garzón Galeano, si bien no puede concretar su participación, sí dice que Cruz Martín intervino como autor en el hecho delictivo perpetrado en ese mismo establecimiento en fecha anterior", este razonamiento de los Magistrados no se ajusta a la realidad procesal, porque una persona atracada con arma de fuego por varios individuos no está en capacidad de identificarlo con su nombre y apellido, sin antes haberlo conocido, pues posteriormente, en la identificación de los atracadores, al señalar a Cruz Martín, sólo dijo que le parecía ser uno de ellos, por lo cual se deduce que en sus exposiciones fue presionada por los agentes que lo capturaron, además de que lo ubica unas veces dentro del taxi y otras fuera del mismo, siendo en todo caso impreciso su testimonio.

Pues bien: la Sala considera que el planteamiento del Tribunal que el casacionista cita como distante de la realidad probatoria, es precisamente una síntesis bien lograda de la valoración y apreciación de todos los elementos de juicio recogidos en el sumario, no caprichosamente, sino de conformidad con las normas de procedimiento ya citadas y las de hermenéutica en pruebas judiciales, que conducen, sin lugar a dudas, a la convicción, a la demostración plena, de que el procesado Cruz Martín fue uno de los autores del delito investigado. Pretender desvirtuar la sindicación personal y directa que hizo la víctima del atraco a cargo de Cruz Martín, sería un procedimiento extraño, susceptible de presentarse en todos los casos, para abrir el más peligroso y fácil escape hacia la total impunidad, máxime cuando, como en este caso concreto, esa sindicación se encuentra respaldada por otros testimonios de personas que presenciaron los hechos, y, más todavía, de la captura inmediata del procesado y de su compañera, dentro o fuera del taxi en el cual pretendían escapar de la acción de la justicia, con elementos de dudosa procedencia. Como puede verse, fue un delito cometido *cuasi in flagranti*, por lo cual sería increíble pensar siquiera en que no existe en el proceso prueba plena para condenar.

Si a lo anterior se agrega la presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo, prevista en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, que el Tribunal analiza acertadamente, la sentencia acusada resulta inmodificable. Dice, en efecto:

"De otra parte, no puede pasarse desapercibido que Cruz Martín ya ha sido condenado por delito contra la propiedad, en primera y segunda instancia, y que además en su vehículo, o en el vehículo que él manejaba, fue hallado parte del botín sustraído de la Panadería, como también fue encontrada una pistola, hecho muy indicativo, como quiera que los declarantes, con la denunciante a la cabeza, están manifestando que al proceder los asaltantes lo hicieron con intimidación mediante armas de fuego, modalidad ésta, que es indicio de responsabilidad a las voces del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal".

Basta lo dicho para concluir que no prospera el cargo propuesto por el casacionista.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con la Procuraduría Delegada, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero Dante L. Fiorillo Porras, Roberto Vélez Paternina, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. FACTOR TERRITORIAL

Antiguo Decreto 1135 de 1970 y artículo 357 del Código Penal de 1980. Qué se entiende por "transferir" y por "emitir". La competencia para conocer del giro irregular de cheques, se fija con base en el lugar donde se hizo entrega del título valor y su cuantía, en razón a que este delito quedó incluido en el título de los delitos contra el patrimonio económico

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 66 de 7 de julio de 1981.

Bogotá, D. E., julio 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Entre los Jueces Penales de los Circuitos de Mompós y de Magangué, ambos en el Departamento de Bolívar, se ha trabado colisión de competencia negativa alrededor de este proceso en donde se averigua, con acomodo a la vieja legislación del Decreto 1135 de 19 de julio de 1970, un posible delito de giro irregular de cheque.

El proceso se inició el 7 de octubre de 1980 sobre la base de la denuncia presentada por Martín Flórez Pallares en contra de Horacio Porto Vergara. A dicha denuncia se adjuntó el cheque número 0509915 de 5 de agosto del año en cita, girado contra la Sucursal de Magangué del Banco de Bogotá por Alberto Rodríguez M., por la suma de $ 6.000.00 a favor de Horacio Porto Vergara, endosado por éste en Mompós y protestado por "fondos insuficientes" (folios 3 y 4).

Dice Flórez Pallares que por el mes de julio de 1980 ganó el premio llamado "El Perro" con los números de la lotería "La Sabanera" en el juego de "Chance" que tiene en Mompós Horacio Porto Vergara y que fue "mil veces", como él dice, a la casa de éste para que le pagara. Al final Porto le dio el cheque que presentó junto con la denuncia. Porto Vergara fue indagado y afirmó que el cheque en cuestión se lo trajo desde Magangué Arturo Cadena para que pagara el premio en dinero efectivo, pero él le dijo que lo único que podía hacer era endosarlo. De esta manera el título valor fue a manos de Flórez Pallares. Agrega que por diferencias económicas con Alberto Rodríguez Marriaga, girador de dicho cheque que le adeuda $ 99.300.00, se retiró del negocio del juego que éste dirige y que se halla a cargo, en el momento, de Arturo Cadena en Mompós.

Alberto Enrique Rodríguez Marriaga posee la Cuenta corriente número 414-02262-4 de la Sucursal del Banco de Bogotá en Magangué, cuenta ésta que se encuentra vigente a pesar de estar mal manejada. De allí proviene el cheque protestado.

El Juez Penal del Circuito de Mompós que provoca la colisión sostiene, que por haberse hecho el cheque en Magangué el proceso es de la competencia del Juez de Circuito de aquel lugar. El Juez Penal del Circuito de Magangué, con base en las mismas jurisprudencias a las cuales alude su colega de Mompós y con cita especial de las mismas, llega a la conclusión de que este proceso corresponde a la competencia del provocador, porque el título valor de que se trata fue entregado en Mompós.

Ya desde el 5 de junio de 1971 la Sala solucionó el punto relacionado con la competencia del juzgador en los casos de giro irregular de cheques según las previsiones del actual abolido Decreto 1135 de 1970. Desde entonces a esta fecha la jurisprudencia sobre el tema es abundante y constante y se ha repetido en múltiples casos especialmente como el de ahora, en tema de colisión de competencia.

En cuanto a la competencia por razón del territorio, punto de discrepancia en este proceso, se dijo: "Ese lugar no puede ser otro que aquel en que se entrega el cheque, en que se da a la circulación", y para explicar el porqué del aserto, se agrega: "Y lo es, con mayor razón, a los fines penales, porque es en ese momento cuando se pone en peligro la circulación del instrumento, su carácter de medio de pago o los intereses patrimoniales de los particulares que sean o lleguen a ser beneficiarios o tenedores del mismo".

Lo curioso en las colisiones de competencia que con posterioridad se han presentado es que, en muchas de ellas, los jueces en pugna citan los mismos fragmentos de diferentes providencias idénticas de la Sala para apoyar, cada uno de ellos, sus negativas de competencia. Todo radica, según se ve, en la interpretación de la palabra "emitir" que junto con la de "transferir" constituyen el núcleo de la infracción de que se trata. La emisión del cheque se ha tenido, erradamente, como el simple hecho de escribirlo para consignar en él los elementos fundamentales que lo integran, cuando en verdad y según la legislación mercantil vigente, la emisión consiste no solamente en la escritura del título valor, sino en su entrega a otra persona con el propósito de que penetre a la corriente comercial.

En el caso de autos el cheque fue girado en Magangué, pero entregado en Mompós a su destinatario y allí endosado por éste. Entrega y transferencia del título se realizaron en Mompós y es al juez de este lugar a quien corresponde el conocimiento del asunto.

Acontece, sin embargo, que en la nueva legislación penal, la del Código de 1980, la conducta que aquí se averigua quedó prevista en el artículo 357 que fue demandado y declarado exequible en providencias de mayo 26 y junio 2 de 1981 de la Sala Constitucional de la Corte. La disposición en cita resulta aplicable en el caso de autos porque la penalidad es la misma de la ley anterior, tanto en su cantidad como en su naturaleza, y se puede dar la circunstancia genérica de atenuación punitiva de que trata el artículo 373, por razón del valor consignado en el título en cuestión.

Lo anteriormente dicho tiene repercusión en la fijación de la competencia para el juzgamiento de los delitos que puedan cometerse y encuentren su adecuación en el artículo 357 del nuevo Código Penal, porque tal disposición quedó enclavada en el Capítulo IV del Título XIV, que trata de los "delitos contra el patrimonio económico" sin que pueda decirse ahora que la emisión de cheques irregulares constituye una infracción innominada. Si esto es así, como en efecto lo es, la competencia juzgadora debe regirse por la cuantía, tal como lo preceptúa el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, para el asunto examinado, y concluir que ella corresponde, en razón de que el cheque protestado tiene un valor de $ 6.000.00, al Juez Penal Municipal de Mompós. Lo que vale tanto como decir que derogado en su totalidad el Decreto 1135 de 1970 (artículo 378 del Código Penal de 1980) quedó abolida también la competencia privativa que en razón de la naturaleza del hecho tenían los Jueces Penales del Circuito en esta clase de procesos.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

DIRIMIR la colisión de competencia entre los Jueces Penales de los Circuitos de Magangué y Mompós, en el sentido de declarar que la competencia para conocer del caso de autos no corresponde a ninguno de ellos, pues está radicada, según razonamientos del aparte final de las motivaciones de esta providencia, en el Juzgado Penal Municipal de Mompós, al cual deberá enviarse el presente proceso.

Dése aviso de lo aquí resuelto a los dos jueces inicialmente nombrados.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA OPINION JUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

La opinión impediente a que se refiere el artículo 78, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, es la que se lanza fuera del proceso y que tiene además, por sí misma, fuerza vinculante

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26983.

Aprobado: Acta número 65.

Bogotá, D. E., julio 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Se pasa a resolver de plano la recusación formulada al doctor Luis Ramón Garcés Herazo, como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en su condición de ponente en el proceso penal contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, juez promiscuo del Circuito de Istmina, por un delito de detención arbitraria, quien le pide que se separe de su conocimiento "por considerar que puede existir signo de parcialidad en detrimento suyo y en referencia a la situación jurídica que emana del debate procesal citado".

El doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, en efecto, por memorial de 17 de febrero de 1981, folios 45 y siguientes, después de relatar los hechos que dieron origen al proceso que se inició contra él por iniciativa del funcionario recusado, le dice que considera o cree "que la imparcialidad indispensable para aplicar rectamente la justicia, se encuentra un tanto empañada, en cuanto se relaciona con el honorable Magistrado ponente, que en este proceso lo es por coincidencia, el doctor Luis Ramón Garcés Herazo".

El conflicto planteado por el juez consiste en que el Magistrado está conociendo como ponente en el proceso seguido contra él, iniciado a solicitud del mismo, el 10 de septiembre de 1980, según el oficio número 535, cuyo texto dice:

"Señor doctor

"Esteban Ll. Caicedo Córdoba

"Presidente del honorable Tribunal Superior

"E. S. D.

"En el proceso penal que en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Istmina se sigue contra Demetrio Díaz Caicedo por el delito de *incesto*, encontré una situación que considero anómala y que debe investigarse por esta Corporación.

"El doctor Milvio Jacob Lozano, privó de su libertad sin auto que así lo ordenara a la testigo Magdalena Lasprilla (boleta 009, folio 19) disponiendo su retención, dizque como cómplice o encubridora del delito citado para luego no recibirle indagatoria sino declaración juramentada y más tarde disponer su libertad expidiendo simplemente la boleta del caso.

"Como estimo que este hecho debe investigarse, obro conforme lo ordena el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

"Cordialmente,

"(Fdo.) *Luis Ramón Garcés Herazo.*

"Magistrado Sala Penal del Tribunal Superior".

Se considera

1º Es indiscutible que el Magistrado tenía el deber de denunciar un hecho que puede constituir infracción penal y cuya investigación debe iniciarse de oficio, como lo ordena el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

2º En el Tribunal la denuncia se sometió a reparto el 14 de octubre de 1980, correspondiéndole al Magistrado doctor Garcés.

3º La petición para que se separe del conocimiento de tal negocio la declaró infundada el Magistrado entre otras razones por las siguientes:

"Es evidente la incomodidad que implica el ejercicio de un cargo, cuando circunstancialmente la conducta de los colegas o compañeros de actividades judiciales, se encuentran bajo su vigilancia y control. Es éste simplemente el caso que nos ocupa, porque si bien es cierto que en el proceso contra Floro Demetrio Díaz me correspondió llamar en una providencia la atención del doctor Lozano Mayo, por lo que consideré un caso que podría atentar contra las garantías ciudadanas (libertad de la señora Magdalena Asprilla), más tarde hube de conocer otros casos similares que me dieron la idea de que tal comportamiento era ya reiterado en el funcionario (no era accidental o erróneo involuntario), por lo que consideré mi obligación moral y legal poner este nuevo caso en conocimiento del Presidente del Tribunal Superior para que esa conducta se investigara, relatando genéricamente los hechos que podrían dar pie a esa investigación. Anótase que la denuncia fue repartida oficialmente y por medio de sorteo conforme acta de octubre 14 de 1980.

"... ... ...

tener el expediente bajo su conocimiento, esto es, de manera extraprocesal o fuera del proceso, pues fue en sentencia proferida en otro proceso cuando se refirió a la conducta que hoy se investiga y, posteriormente, en oficio dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Quibdó en cumplimiento del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

Si esto es evidente, no aparece, en cambio, que la tal opinión que se le endilga tenga fuerza vinculante, es decir, que comprometa al funcionario para la decisión del asunto contra el doctor Lozano Mayo, ya que, si bien se mira, los comentarios de la aludida sentencia y las precisiones del referido oficio, simplemente revelan que al Magistrado le pareció el comportamiento del acusado anómalo y merecedor de ser investigado, lo que, en síntesis, no envuelve prejuzgamiento alguno con respecto a la solución que debe dársele a la situación jurídica del inculpado en el proceso que se le ha abierto.

En cuanto a la enemistad, "para que constituya causal de impedimento o de recusación, tiene que ser un sentimiento recíproco y tener la suficiente gravedad para alterar la ecuanimidad del juzgador ... Suele ser entonces suficiente para rechazar la recusación el sólo dicho del juez, mejor conocedor que nadie de sus propios sentimientos, y sólo podría desecháresele en presencia de prueba fehaciente en contrario" (auto de abril 1º de 1976).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADA la recusación formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, doctor Luis Ramón Garcés Herazo, y ordena devolver el expediente para que siga conociendo del proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FAVORABILIDAD

Un hecho deja de ser legalmente considerado como infracción penal cuando determinada conducta humana subsumible en tipo penal de ley vigente cuando el hecho se cometió, es suprimida del elenco de los comportamientos punibles en la normatividad jurídica posterior. No ha de tratarse, desde luego, de un simple cambio del nomen juris de la infracción

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 65.

Bogotá, D. E., julio 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Solicita el señor apoderado del procesado durante el trámite de este recurso de casación, que se dé aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en beneficio de su patrocinado.

Resultandos y considerandos

1º La petición de que cese la acción penal en este caso, fúndase en el hecho sobreviniente de un nuevo Código Penal cuya vigencia comenzó después de que el Tribunal Superior de Bogotá condenara a José Daniel Bolívar Insignares a la pena principal de 24 meses de prisión, como responsable de delito de uso de documento privado falso, y del que desapareció esta infracción penal.

2º El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, considera "que la petición está regulada por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal y por tanto se debe remitir el proceso con la solicitud al juez que conoció de esta causa en la primera instancia, para que él la resuelva".

3º La cuestión de si la Corte en sede de casación es entidad competente para decidir solicitud de cesación de procedimiento, fue resuelta afirmativamente por esta Corporación en providencia del 10 de noviembre de 1958, cuyo aparte pertinente dice: "La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse, dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, 'en cualquier estado del proceso'; lo que quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o 'que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse', el juez debe dictar sentencia en que así lo declare. *El juez* de que habla la ley, no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda y del mismo carácter participa la Corte de Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación de procedimiento pueden dictarla el juez *a quo*, o el juez *ad quem*, o la Corte como Tribunal de Casación" (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXXIX, 2203-05, página 587).

En nueva y reciente decisión (mayo 12 de 1981) la Sala, al reproducir la tesis anterior, reitera así su planteamiento: "La amplitud de criterio que recoge la providencia transcrita, consulta los elevados fines que persigue este medio extraordinario de fenecimiento de la acción penal, que no son otros que los de no dilatar innecesariamente la decisión de una situación jurídica generada en una causa que no existió o dejó de tener vigencia. Potísimas razones de justicia y también de economía procesal prestan sólido respaldo a esta posición. Además, la objeción que podría resultar de la preterminación de la instancia, obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico

de las decisiones del inferior en orden a enmendar posibles desaciertos, quedan asegurados, hay que presumirlo, cuando es el máximo organismo judicial el que conoce".

4º El artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, que modificó el 46 de la Ley 153 de 1887, sólo es aplicable en relación con procesos que hayan culminado en sentencia condenatoria, es decir, cuando ésta se halla ejecutoriada; se quiso con tal disposición quitarle a las autoridades administrativas la potestad de aplicar el principio de favorabilidad en virtud de ley nueva, a personas condenadas conforme a ley anterior, para dársela a los jueces, en cuanto la aplicación de dicha ley implique cesación o rebaja de la pena definitivamente impuesta.

Pero como el recurso de casación se acepta, tramita y resuelve respecto de una sentencia aún no ejecutoriada, síguese que el proceso no ha culminado todavía y que, por consiguiente, no se da el supuesto legal que atribuye al juez del conocimiento la facultad de decidir sobre la aplicación de la ley posterior más favorable, a que se refiere el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, citado por la agencia fiscal.

5º El Código Penal anterior, vigente para la época de los hechos que dieron lugar a este proceso, describía en su artículo 241 como delito especial, el hacer uso, con perjuicio de terceros o propósito de lucro, de un documento privado falso; por este único delito fue condenado el procesado. El nuevo Código Penal solamente describe como falsedad en documento privado que pueda servir de prueba, su falsificación cuando el agente lo usa *(artículo 221). La codificación punitiva de 1980 ha creado, pues, un tipo de dos actos, el de falsificación del documento privado y el de su posterior uso, de tal manera que sin la realización de ambas acciones sucesivamente ejecutadas por el mismo agente, tal comportamiento no se adecuará al nuevo tipo penal; puede suceder, desde luego, que quien habiendo dado comienzo a la falsificación de un documento privado para usarlo, sea sorprendido antes de consumar la falsedad, o que cualquiera otra circunstancia ajena a su voluntad le impida utilizar el documento falso como lo pretendía, en cuyos eventos se dará la figura de la tentativa. Síguese, entonces, que la sola falsedad en documento privado, o el mero uso del mismo no configuran de suyo delitos contra la fe pública; es entendido, sin embargo, que cuando dos o más personas acuerdan inmutar la verdad de documento privado para usarlo, habrá coparticipación delictiva, aunque materialmente unos ejecuten la acción falsaria y otros utilicen el documento que aquellos alteraron. El nuevo estatuto punitivo, por lo demás, suprimió las exigencias del perjuicio a terceros y del ánimo de lucro, alternativamente enunciadas en el Código anterior para configurar la modalidad de falsedad en documento privado, descrito en el artículo 241, de tal manera que actualmente el delito de falsedad en documento privado que pueda servir de prueba no requiere de parte del actor el ánimo de obtener ventaja lucrativa ni exige expresamente perjuicio real o potencial a terceros; basta que la alteración de la verdad documental y el empleo del documento falseado vulneren el interés jurídico de la fe pública que el legislador ha querido tutelar, vulneración que surgirá del propio uso del documento falso, a menos que la compleja acción muestre su inocuidad.*

6º La más ostensible hipótesis de aplicación del principio de favorabilidad refiérese a la desaparición legal de comportamiento delictivo penalmente descrito en ley precedente. Esta situación ocurre cuando determinada conducta humana de acción o de omisión subsumible en tipo penal de ley vigente cuando el hecho punible se realizó, deja de ser penalmente relevante porque normatividad jurídica posterior lo suprimió del elenco de conductas punibles. No ha de tratarse, desde luego, de un mero cambio de su nomen juris, *sino de que el concreto comportamiento del procesado no es subsumible en el mismo tipo legal que lo recogía al momento de su realización, porque no fue reiterado por la nueva ley, ni en ninguno otro; requiérese, en consecuencia, que la conducta en cuestión haya dejado de ser delictiva o contravencional y que, por lo mismo, no hubiese sido recogida por otro tipo penal de la ley precedente ni de la nueva; sólo entonces puede afirmarse inequívocamente que el hecho ha dejado de ser legalmente considerado como infracción penal o hecho punible.*

Por constituir simple cambio de denominación jurídica y no desaparición de ilicitud, no cabría declarar entonces inexistencia del delito frente al nuevo Código Penal en hipótesis como las del robo —que ahora se llama "hurto calificado" (artículo 350 numeral 1º)— o el abuso de autoridad en la modalidad del artículo 172 del Código Penal anterior —que en el nuevo se denomina "prevaricato por omisión" (artículo 150)— o el rapto —que en la codificación de 1980 se subsumiría en el secuestro simple de su artículo 269—, pues en ninguna de ellas el hecho ha dejado de ser comportamiento penalmente reprochable.

Cuando se le plantea, pues, al juzgador cesación de procedimiento o aplicación del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal frente al nuevo estatuto punitivo, es indispensable que respecto del concreto comportamiento del procesado por el cual ha sido llamado a juicio o condenado, realice completa indagación jurídica para determinar si tal hecho fue o no recogido por la nueva codificación penal bajo el mismo rubro literal o con denominación diversa; si la respuesta es afirmativa habrá de negarse la petición porque el hecho no ha dejado de ser punible; si fuere, en cambio, negativa y de ello hubiere prueba fehaciente en el proceso, debe tomarse determinación favorable al pedimento.

7º En el presente caso, está plenamente demostrado que el procesado en dos oportunidades diversas utilizó sendas partidas eclesiásticas de nacimiento que fueron halladas falsas, para lograr que la Caja Nacional de Previsión reconociera pensiones jubilatorias, finalidad que ciertamente, alcanzó respecto de una de las peticionarias. Por tales hechos se le condenó en primera y segunda instancia exclusivamente por delitos de uso de documento privado falso (artículo 241 del Código Penal de 1936) en concurso material.

Es incuestionable que el tipo legal de uso de documento privado falso descrito en el artículo 241 del Código Penal anterior —vigente para la época de los hechos—, no fue reproducido en esa forma por la codificación penal de 1980, que reclama para el nuevo tipo —como ya se explicó— falsedad del documento y posterior uso del mismo (artículo 221); pero si esto es evidente y si de tal conclusión se desprende que la conducta del procesado no se subsume en el nuevo tipo penal, no es menos cierto que dicho comportamiento sigue siendo considerado como delictivo por el Código actual en cuanto aparece recogida íntegralmente por la descripción típica de "fraude procesal" de su artículo 182.

No se pretende con esta afirmación sostener que los tipos penales de fraude procesal y falsedad en documento privado del nuevo estatuto punitivo, sean idénticos, ni que lo sean tampoco aquél y el uso de documento privado falso del artículo 241 de la codificación anterior; entre estos dos, particularmente, existen varias diferencias relacionadas con su objeto jurídico (administración de justicia en el uno y fe pública en el otro, con su objeto material), el medio fraudulento empleado por el actor en el primero y el documento privado que otro ha falsificado, en el segundo, con su verbo rector (inducir en error en aquél y hacer uso en éste) y con sus ingredientes subjetivos (para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley en el fraude y con propósito de lucrarse en la falsedad). Lo que se quiere destacar es que, a pesar de tales diferencias, la conducta del procesado que en vigencia del Código Penal anterior quedó subsumida por el tipo legal descrito en su artículo 241, fue recogida sin solución de continuidad en el nuevo estatuto punitivo mediante la figura del fraude procesal; en efecto, ya se ha visto cómo el procesado, mediante empleo de documento falso —medio fraudulento—, indujo en error al funcionario competente de la Caja Nacional de Previsión para obtener de él resolución administrativa de reconocimiento de pensión jubilatoria, resolución sustancialmente ilegal en cuanto fundada en prueba falsa; pues bien, tal comportamiento se adecua plenamente al tipo de fraude procesal del nuevo Código, pues que él sanciona la conducta de quien "por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley".

Que la figura del fraude procesal no existiera cuando el actor realizó su conducta y que ésta surgiera a la vida jurídica como entidad autónoma a partir del 29 de enero de 1981, es hecho irrelevante para la cuestión aquí planteada; lo que realmente importa es que la reiterada acción del encausado, calificada como falsedad por uso de documento privado falso en el Código Penal anterior (artículo 241) y como fraude procesal en el nuevo (artículo 182) no ha dejado de ser, ni por un solo día, comportamiento delictivo; por donde resulta inaplicable la cesación de procedimiento solicitada.

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

Resuelve:

NEGAR la cesación de procedimiento solicitada.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para decidir el recurso de casación pendiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Julio Roncallo Acosta (Conjuez), *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

No siempre que se comete un delito, se ocasiona necesariamente perjuicios materiales o morales. No hay disposición alguna en el Código de Procedimiento Penal colombiano, que obligue al perjudicado con el ilícito a constituirse en parte civil, y si lo hace, a declararse siempre material y moralmente afectado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 068.

Bogotá, D. E., julio 14 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el denunciante, debidamente concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de 30 de marzo del año en curso, por medio del cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Julián Urbina Ospino, acusado de la comisión del delito de prevaricato en ejercicio del cargo de Juez Tercero Superior de la misma ciudad.

El recurrente no sustentó la apelación.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, por su parte, ha manifestado su conformidad con la providencia apelada y solicitado a la Corte, en consecuencia, que le imparta su aprobación.

Resultandos

Los hechos fundamentales origen de la actuación y fundamento de la decisión recurrida, son los siguientes, indicados por el denunciante:

"... el señor Juez Tercero Superior de la ciudad de Barranquilla, doctor Julián Urbina Ospino tiene a su cargo, como juez del conocimiento, la investigación referente al proceso penal que se adelanta por un concurso ideológico de delitos —falsedad y estafa—, en el cual aparece como sindicado el señor Eduardo Espinosa Merlano y como víctima el señor Lorenzo Mejía de Luque. Dentro del citado proceso penal, por medio de apoderado, el Banco Ganadero de esta ciudad, presentó un escrito de demanda de parte civil, escrito en el que no se consignaron cuáles eran los perjuicios de orden material que se le hubieren causado a la citada entidad bancaria y la cuantía en que estimaba la indemnización de los mismos. Así las cosas, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 132 ya transcrito, el señor Juez Tercero Superior, debió devolver la demanda para su corrección por faltar uno de los requisitos prescritos en el artículo 127 de la obra ibídem ...".

"... Muy a pesar de lo anterior, de ser el señor Juez Tercero Superior —doctor Julián Urbina Ospino— un perito en derecho, ya que le asiste en el carácter de abogado titulado, éste profirió un auto contrario a la ley, ya que debiendo devolver la demanda para su corrección, por faltar uno de los requisitos de ella, como fue el no haberse consignado los perjuicios de orden material que se le hubieren causado al Banco y la cuantía en que se estimaba la indemnización de los mismos, aceptó la demanda, siendo ésta notificada, y habiendo hecho, previo el fenómeno de la ejecutoria, tránsito a cosa juzgada ...".

(Folios 2 a 8, cuaderno del Tribunal).

Considerandos

A la demanda de constitución de parte civil presentada por el doctor Manuel Arturo Rojas en representación del Banco Ganadero de Ba-

rranquilla no le falta, como equivocadamente lo cree el denunciante para acusar de la comisión del delito de prevaricato al Juez Tercero Superior de Barranquilla, doctor Julián Urbina Ospino, ninguno de los requisitos señalados en el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal para la admisión de aquélla, pues *si bien en el escrito correspondiente deben consignarse "los perjuicios de orden material que se le hubiesen causado (al demandante) y la cuantía en que estima la indemnización de los mismos", de ello no puede inferirse ni jurídica, ni en sana lógica, que cada vez que se cometa un delito éste tenga que producir, necesariamente, perjuicios tanto materiales como morales, pudiendo ocurrir —y ocurre en ciertos casos— que sólo ocasione daños materiales o únicamente perjuicios morales y, también, que produzca aquellos daños en relación con determinadas personas y estos perjuicios en relación con otras diferentes.*

No hay en el procedimiento penal colombiano disposición alguna que obligue al perjudicado con el delito a constituirse parte civil y, si lo pretende, a declararse siempre material y moralmente afectado con la infracción, de suerte que si el propio demandante no se ha considerado en modo alguno materialmente perjudicado, mal podía exigirle el juez Urbina Ospino que en la demanda indicara los perjuicios de ese orden y la cuantía en que estimaba la indemnización de los mismos.

En la demanda presentada en representación del Banco Ganadero es fácil advertir, en efecto, que esa entidad no se ha considerado materialmente perjudicada como resultado del delito, supuesto sobre el cual, como es apenas obvio, no podía exigir, tampoco, indemnización alguna por esa causa sino, apenas, como lo ha hecho, por los morales que dice haber recibido.

Afirma, en efecto, la demanda:

"... ... ...".

"... La firma del señor Lorenzo Mejía Luque, posiblemente fue falsificada por desconocidos, quienes de esta forma pusieron en entredicho ante la clientela el prestigio comercial, la seriedad y el buen nombre del Banco Ganadero, ocasionándole con ello graves perjuicios de carácter moral ...".

"... ... ...".

"... los hechos delictivos objeto de la investigación, han ocasionado al Banco Ganadero irreparables perjuicios de carácter moral que para los efectos legales estimo en la suma de un millón de pesos, moneda legal ...".

"... ... ...".

Tal comportamiento, de otra parte, está en un todo de acuerdo con los fundamentos de la demanda de constitución de parte civil que, a su turno, presentó el denunciante del juez Urbina, demanda en la cual atribuyó al encontahabiente, su representado, los perjuicios de orden material ocasionados con la infracción:

"... Como consecuencia de todo lo anterior, mi representado ha sufrido perjuicios de orden material superior a los dos millones de pesos y perjuicios morales estimados, según la ley, en la suma de dos mil pesos, moneda legal ...".

Procedió el señor Juez Tercero Superior, en consecuencia, con indiscutible acierto al estimar reunidos los requisitos pertinentes en relación con la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre del Banco Ganadero, con el propósito de obtener, exclusivamente, la indemnización de los "graves perjuicios de carácter moral", ocasionados con el delito, "que para los efectos legales (estima) en la suma de un millón de pesos, moneda legal".

Por estas consideraciones y no por las que se exponen en la providencia recurrida, la Corte impartirá su aprobación al auto inhibitorio.

Por lo brevemente expresto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA el auto de 30 de marzo del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Barranquilla se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Julián Urbina Ospino, Juez Tercero Superior de la misma ciudad.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR EN LA TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. VIOLACION INDIRECTA

No cabe alegar violación indirecta en los juicios con intervención del jurado, por cuanto que en sede de casación no es dable desconocer los elementos de valoración que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para emitir su veredicto; además, porque de prosperar la censura, la Corte tendría que entrar a reemplazar la sentencia, lo que implicaría proferir fallo en desacuerdo con el veredicto del jurado. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 68 de 14 de julio de 1981.

Bogotá, D. E., julio 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

Trámitado legalmente el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis José Vásquez Oviedo y su defensor (folios 5 y 12 del cuaderno de la Corte), contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veintiuno de julio de mil novecientos ochenta, que confirmó sin modificaciones la de primera instancia, por medio de la cual el Juzgado Tercero Superior de esta ciudad lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio, accesorias correspondientes y al pago en abstracto de los perjuicios, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Publio Mejía Castañeda, pasa la Sala a desatarlo, previas las siguientes consideraciones.

Hechos y actuación procesal.

Se generaron los primeros en la pérdida de una pequeña perra de propiedad de Hernando Vásquez Oviedo, hermano del procesado, la cual se extravió de la casa de aquél la tarde del día 16 de abril de 1978, cuando se celebró allí una reunión de carácter social en la que los asistentes, y entre ellos estuvo Luis José Vásquez Oviedo, tomaron diferentes clases de licores.

Concluida la reunión y después de haber acompañado a tomar el bus a uno de los invitados, advirtieron los dueños de casa la pérdida del animal y creyeron haberlo descubierto, por los ladridos, en la casa de uno de los vecinos, precisamente del que luego habría de resultar muerto.

Los hermanos Vásquez, acompañados de otro de los invitados, reclamaron en dicha casa el can extraviado con resultados negativos, pues la señora Flor Amanda Oliveros de Mejía los aseguró que allí no se encontraba, e inclusive, ante la insistencia de aquéllos en que sí estaba allí los dejó entrar hasta cierta parte de la residencia para que se cercioraran de lo contrario.

Optaron entonces los Vásquez por esperar a que llegara el esposo de la señora, de nombre Publio Mejía Castañeda, contra quien, según algunos testigos, lanzaban entre tanto expresiones amenazantes, y al llegar éste hacia las ocho y media de la noche, y tratar de bajarse del taxi que conducía, se produjo el reclamo, la acusación de retención del animal por parte de la esposa y se desató el incidente en el que perdió la vida el taxista como consecuencia de dos disparos que le hizo Luis José Vásquez Oviedo al creer, como lo afirmó esa misma noche ante la Unidad de Policía Judicial y después en su indagatoria y como trataron de comprobarlo ante la justicia los encargados de su defensa, que su hermano estaba en grave peligro de ser muerto, por lo

cual al tratar de defenderlo legítimamente se le disparó el arma de que trató de valerse y que otro de los presentes intentó quitarle.

Cuando la esposa del taxista herido acudió a atenderlo, el sindicado, según versión de varios de los presentes, le hizo un disparo que afortunadamente no alcanzó a interesarla, pues fue a incrustarse en un poste de luz.

Cerrada la investigación, el Juzgado Tercero Superior de Bogotá llamó a responder en juicio, con intervención de jurado, a Luis José Vásquez Oviedo por el delito de homicidio simplemente voluntario en Publio Mejía Castañeda y lo sobreseyó temporalmente respecto del posible delito de homicidio imperfecto en persona de Flor Amanda Oliveros de Mejía.

En relación con esta segunda decisión que dio lugar a la reapertura de la investigación por ese hecho, la defensa solicitó más adelante la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal o, en su defecto, la declaratoria de nulidad por haberse roto la unidad procesal.

El juzgado negó ambas peticiones y el Tribunal, al conocer por vía de apelación, confirmó esa determinación del juzgado (folios 333 a 337 del cuaderno principal).

Rituada la causa en el proceso por el homicidio cometido en Publio Mejía, durante la cual se adujeron otras pruebas más, se celebró la audiencia pública y en ella tanto el Fiscal como el vocero y el defensor analizaron detenidamente el acervo probatorio y formularon sus respectivas peticiones al jurado, de afirmación de responsabilidad la del Fiscal, y de exoneración de ella la de los apoderados de Vásquez por haber obrado en legítima defensa de su hermano. Como subsidiarias presentaron las de exceso en la defensa y de homicidio culposo.

El cuestionario sometido a consideración del *jurí* y su respuesta fueron los siguientes:

Cuestión única

"El procesado Luis José Vásquez Oviedo, que se halla en el banquillo de los acusados, que es conocido civilmente en el proceso, ¿es responsable *sí* o *no* de haber causado la muerte, con el propósito de matar, a Publio Mejía Castañeda, al accionar un revólver en su contra, de suerte que el cadáver resultó con dos heridas de proyectiles de arma de fuego que interesaron cerebro y el hueso pélvico izquierdo, que produjeron su deceso, en hechos desarrollados la noche del domingo 16 de abril de 1978, en la carrera 14 con calle 4ª del Municipio anexado de Bosa?".

Respuesta unánime del jurado:

"Sí, es responsable por homicidio simple" (folio 390 del cuaderno principal).

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación (artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) formula el recurrente su censura a la sentencia, con el siguiente razonamiento, con el cual pretende la invalidación total o parcial del fallo:

"Obedece mi pretensión honorables Magistrados, a que en mi concepto, la sentencia es violatoria del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, particularmente por interpretación errónea de la prueba".

Critica el grupo de testimonios a los que la sentencia dio crédito, que es precisamente el que conforman las personas que depusieron en forma contraria a como lo hicieron los hermanos Vásquez y quienes los respaldan, para deducir que la errónea interpretación que, con fundamento en ellos, se hizo de los hechos llevó al jurado y al fallador a desconocer la legítima defensa o al menos el exceso en ella que debieron haberle sido aceptadas a su patrocinado.

En los siguientes apartes está condensado ese razonamiento:

"La sentencia recurrida, por errónea interpretación de los hechos, aceptó como establecida una clara y abierta intencionalidad de matar por parte de Luis José Vásquez Oviedo, cuando en honor a la verdad, la dicha prueba de cargo, como tendrá ocasión de dilucidarla el honorable Magistrado es parcializada y particularmente interesada".

"La sentencia recurrida, por errónea interpretación de los hechos, desconoció la existencia de una legítima defensa de un tercero, como lo norma el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal cuando existe la 'necesidad' de defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, lo cual le quita al hecho el carácter de infracción, ya que quien la ejecuta procede conforme a derecho".

"La sentencia recurrida, por errónea interpretación de los hechos, no sólo desconoció la eximente de responsabilidad que acabo de analizar, sino que descartó el exceso en la legítima defensa que estaba planteado desde un principio y en el

que también insistí cuando fui vocero en la audiencia pública, e incluso podría hablarse, quizá no muy técnicamente, de un estado de ira en que se vio sumergido mi defendido".

Concluye solicitando la invalidación total o parcial de la sentencia impugnada, pues se dictó con violación de los artículos 25, 27 y 28 del Código Penal.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso interpuesto y no se case la sentencia, pues no se compadece con la técnica que gobierna el recurso toda vez que pretende que se infirme el fallo "para que se dicte sobre bases distintas o supuestos diferentes a los que señala la respuesta de los jueces de conciencia, a los cuales deben sujetarse los falladores de conformidad con la ley", pues en esta clase de juicios la sentencia debe proferirse en armonía con el veredicto (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal).

De allí que la reiterada y uniforme doctrina de la Corte afirme que en los juicios rituados ante el jurado no cabe la alegación de la violación indirecta de la ley, por error de interpretación probatoria, pues ello, "conduciría, por una parte a desconocer la autonomía del jurado, como ya se dijo, o a suplantarlo, y por otra porque implicaría una declaración de contraevidencia reservada a los falladores de instancia".

Agrega que tampoco el recurrente demostró el error en que hubiera incurrido el fallador, ni menos que fuera manifiesto.

A manera de comentario, como así lo advierte, expresa que la decisión que se adoptó en la sentencia "se ajusta a la realidad que demuestra el proceso, pues conforme a las pruebas existentes, la actitud inicialmente agresiva del procesado y su hermano se tradujo en ataque a la víctima cuando éste llegó a su casa, sin que se produjera agravio por parte del occiso, ni reacción que justificara la acción por parte del acusado y que condujo a darle muerte a aquél".

Consideraciones de la Corte

Tiene razón el Procurador en sus planteamientos u apreciaciones, pues el recurrente, fuera de que no indica con precisión qué clase de violación de la ley alega, si la directa o la indirecta, pues ambas están reglamentadas en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que de manera general invoca, lo cual lleva a interpretarla, por el desarrollo que hace de la censura, que se trata de la indirecta, la alega en una clase de juicio, el adelantado con intervención de jurado, en el cual no es dable desconocer en casación los elementos de valoración que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para afirmar su veredicción. El remedio procesal está en las instancias y a él acudió el defensor cuando intentó ante el Tribunal una declaratoria de contraevidencia del veredicto que la Corporación no encontró acreditada, como no la había encontrado el juzgado al acogerlo para dictar con apoyo en él su sentencia.

Aparte de lo anterior, como en el caso de prosperar la censura formulada a la sentencia con fundamento en la causal primera, se impone dictar el fallo que debe sustituirla (artículo 583, numeral 1º), se tiene que éste carecería de sustento en el veredicto, con lo cual se contrariaría la norma que exige concordancia entre esos dos fundamentales actos del proceso, dando por lo mismo lugar a otro de los motivos de casación que establece la ley (artículos 519 y 580, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal).

Así lo ha reiterado la Corte en múltiples decisiones, una de ellas la del 25 de marzo de 1976, en la que dijo:

"Evidentemente, y tal como lo recuerda el Procurador, la Corte ha sostenido en diversos fallos que en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la alegación de la causal de que se ocupa el inciso 2º ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y que se refiere a la violación de la ley sustancial penal 'por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba'. Y ésto, en razón de que en tales juicios los jueces populares cuentan con plena libertad en la estimación de las pruebas, subordinada apenas así a su íntima convicción. Y además, porque de prosperar 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 de acuerdo con nuestro ordenamiento legal es privativa de los jueces de derecho en las instancias.

"En apoyo de la tesis relativa a la inoportunidad jurídica de la alegación de la causal primera de casación en los juicios en que interviene el jurado hay que tomar en cuenta que de acuerdo con lo establecido por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, para el caso de que prosperara la causal primera, correspondería a

la Sala Penal de la Corte, casar el fallo, y dictar el que deba reemplazarlo, lo cual es a todas luces injurídico por cuanto que con semejante proceder la Corte estaría violando las normas propias, y muy propios del proceso, ya que tendría que dictar la sentencia respectiva, con prescindencia absoluta del veredicto del jurado, lo cual, se repite, resulta ser una atrocidad jurídica''.

El cargo no prospera.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DETENCION ARBITRARIA Y PROLONGACION INDEBIDA DE LA LIBERTAD. DETENCION DE PERSONAS QUE HAN DEPUESTO EN EL PROCESO COMO TESTIGOS Y LUEGO ADQUIEREN LA CALIDAD DE SINDICADOS

Diferencias entre estas dos figuras. No es extraño al decurso procesal que un testigo se convierta más tarde en sindicado. No incurre en delito el funcionario que ordena privar inmediatamente de la libertad a quien ha escuchado en versión jurada, con el propósito de vincularlo al proceso mediante indagatoria, al considerar después de la declaración que existe mérito suficiente para ello

Cómo deben contarse los términos para resolver situación jurídica

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 68 de julio 14 de 1981.

Bogotá, D. E., julio 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

El defensor del procesado interpuso recurso de apelación contra el auto enjuiciatorio proferido por el Tribunal Superior de Quibdó el dos de febrero del presente año respecto del doctor Milvio Jacob Lozano Mayo ex Juez Promiscuo del Circuito de Istmina, por delito de detención arbitraria.

Hechos

En investigación adelantada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Istmina por supuesto delito de abuso de confianza, su titular el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo citó a Manuel Pereiro López y a sus hijos Manuel y Joaquín para recibirles declaración jurada; terminadas las diligencias, decidió disponer la privación de la libertad de Manuel Pereiro Valdés, a quien oyó en indagatoria cuatro días después y cuya situación jurídica le fue resuelta cinco días más tarde mediante auto de detención, providencia ésta que fue ulteriormente revocada por el Tribunal de Quibdó mediante auto en el que dispuso, además, investigar la conducta del juez.

Resultandos

1. Mediante boleta de citación número 091 del 5 de diciembre de 1979 el juez procesado citó a los Pereiro a su despacho "para que atiendan diligencia penal urgente" a las 9 de la mañana del día siguiente (folio 18).

2. Presentes en el juzgado los oyó en sendas declaraciones juramentadas, cuya finalidad era la de establecer si se trataba de las mismas personas a que se refirió el denunciante de un presunto delito de abuso de confianza cuyo objeto material estaba constituido por varios motores fuera de borda.

3. Terminadas las declaraciones, decidió mediante boleta "de retención" número 010 del 6 de diciembre mantener detenido en la cárcel de la ciudad a Manuel Pereiro Valdés hasta nueva orden, por considerarlo presunto autor del delito investigado (folio 21).

4. El 10 de diciembre le recibió indagatoria (folio 52) y el 15 le dictó auto de detención (folios 22 a 31).

5. A este proceso se allegaron las diligencias mencionadas en los acápites precedentes y la prueba documental de que el doctor Lozano Mayo ejercía para entonces el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Istmina.

6. En diligencia de indagatoria el exjuez reconoce los hechos y advierte que actuó conforme a derecho de acuerdo con sus conocimientos jurídicos y sin ánimo de violar la ley o de perjudicar a nadie; explica que primero recibió declaración jurada a los Pereiro para determinar si se trataba de las mismas personas a que se refirió el denunciante y que como del testimonio de Manuel (hijo) dedujo que podría ser el autor de los hechos al aceptar que tenía en su poder uno de los motores desaparecidos, consideró necesario recibirle indagatoria y para tal efecto dispuso su retención conforme al artículo 432 del Código de Procedimiento Penal (folios 48 vuelto a 51).

7. El Tribunal fundamenta su auto enjuiciatorio en la consideración de que el procesado cometió delito de detención arbitraria en la persona de Manuel Pereiro Valdés porque, citado para diligencia testimonial, no podía luego ordenar su "retención" con el pretexto de indagatoria ulterior, sino que estaba obligado a dejarlo en libertad; agrega que tratándose de un delito excarcelable no era procedente su encarcelamiento para recibirle la injurada y que, por consiguiente, dicha privación de libertad fue arbitraria y configura el delito previsto en el artículo 295 del Código Penal de 1936, aplicable al caso por razones de favorabilidad, ya que el estatuto de 1980 consagra pena más gravosa (artículo 272).

8. En escrito dirigido a la Corte, el procesado reitera y amplía las explicaciones que a su conducta dio en diligencia de indagatoria y hace, además, algunas precisiones sobre el alcance del vocablo "retención" y respecto del cómputo de términos cuando se interponen días festivos; solicita, finalmente, que se le sobresea definitivamente.

9. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide confirmar el auto de proceder por razones semejantes a las del Tribunal, agrega que también hubo prórroga ilegal de la detención de Pereiro Valdés porque el sindicado dejó correr cuatro días entre la "retención" de aquél y su diligencia de indagatoria, y considera, además, que cometió delito de abuso de autoridad en la modalidad del artículo 171 del Código Penal anterior por haber obligado a los Pereiro a declarar contra sí mismos en testimonios juramentados, con violación del artículo 25 de la Constitución y del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal.

Considerandos

1. *El tipo de detención arbitraria —fundamentalmente idéntico en los Códigos Penales de 1936 y de 1980— es de sujeto activo cualificado, como que el actor ha de tener la categoría jurídica de funcionario público o empleado oficial, busca tutelar el preciado interés de la libertad personal de locomoción y de aquellas otras que le son ajenas, y se materializa cuando, con abuso de sus funciones, es decir, con arbitraria e ilegal determinación, el agente priva de su libertad a una persona mediante captura, retención, detención o encarcelamiento —la concreta nominación del hecho no interesa— cualquiera sea el lugar donde se realice la limitación temporal del bien jurídico afectado.*

2. *El delito de prolongación indebida de la detención (artículo 296 del Código Penal anterior) o de prolongación ilícita de privación de la libertad, como lo denomina el nuevo Código Penal (artículo 273) no es una mera extensión del precedente, ya que la detención arbitraria se consuma desde el momento mismo en que se prive de la libertad a una persona e independientemente del lapso durante el cual se prolongue tal situación; trátase, en cambio, de un encarcelamiento lícito ab initio, que se transforma en ilícito cuando el actor extiende la privación de libertad del afectado más allá del término legalmente permitido, sin razón jurídicamente valedera.*

3. *En el presente caso el procesado, en ejercicio de sus funciones judiciales, hizo comparecer a su despacho mediante boleta de citación —que si bien no es modelo de acatamiento formal al artículo 241 del Código de Procedimiento Penal, tampoco ha de calificarse como ilegal— a los señores Pereiro para recibirles declaración jurada; cumplidas tales diligencias y teniendo en cuenta que uno de ellos, Manuel Pereiro Valdés aceptó tener en su poder uno de los motores cuya desaparición dio lugar a la denuncia, consideró que podría ser el autor del delito de abuso de confianza que investigaba y que, consecuencialmente debía ser oído en indagatoria; sobre tales supuestos y con legítimo fundamento en el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, como que se trataba de un delito sancionable con pena de prisión, dispuso su encarcelamiento para oirlo más tarde en indagatoria; con tal determinación hizo uso de la potestad que le otorga a los jueces la norma precitada y, por lo mismo, no ejecutó comportamiento delictivo. La circunstancia de que le hubiese recibido inicialmente*

testimonio, en nada modifica esta situación, porque no es extraño al decurso procesal que un testigo se convierta más tarde en sindicado, si luego de su declaración juramentada se dan los supuestos señalados por el artículo 381 del Estatuto Procesal Penal. Que el delito de abuso de confianza admita excarcelación tampoco es fundamento razonable para concluir, como lo hace el a quo, que el juez no pueda privar de la libertad al sindicado con el fin de oírlo en indagatoria, pues aquella característica tiene connotaciones jurídicas cuando se dicte auto de detención; desde luego, que el encarcelamiento para indagatoria no es obligación judicial, sino potestad, de la que el juez hará uso mesurado y prudente de acuerdo con las características del hecho, la personalidad del sindicado y los supremos intereses de la investigación.

4. *Tampoco considera la Sala que el procesado cometió delito de prolongación ilegal de la detención porque si bien es cierto que transcurrieron cuatro días entre la captura del sindicado y su diligencia de indagatoria, no lo es menos que dos de ellos fueron sábado y domingo y que aunque el artículo 149 del Código de Procedimiento Penal dispone que "todos los días y horas son hábiles para practicar actuaciones en la investigación sumaria" y "que los términos legales y judiciales no se suspenden por la interposición del día feriado durante ella", esto no significa que los jueces tengan la obligación de practicar diligencias, indagatorias o de definir situaciones jurídicas de sindicados en domingos o días festivos cuando en alguno de ellos venza término legal, sino que pueden hacerlo sin que tales diligencias o actuaciones sean inválidas. Pero cuando en el curso de un término se interpone período de vacaciones de semana santa o de fin de año judicial el juez deberá oír en indagatoria al sindicado y definirle su situación jurídica antes del inicio del período vacacional; de no ser ello posible, habrá de comisionar a juez municipal o de instrucción para que practique la diligencia de indagatoria y defina la situación del procesado; sólo así se armonizan los derechos de éste y el oportuno desarrollo de la actividad judicial. Precísase de esta manera el alcance de la providencia de esta Corporación, proferida el 10 de julio de 1980. Por manera que cuando el procesado oyó en indagatoria a Pereiro Valdés el día lunes 10 de diciembre no excedió ilegalmente el término de que disponía para ello, porque el tercero y último día de dicho lapso fue domingo y no estaba obligado a practicar durante él tal diligencia.*

5. En cuanto al delito de abuso de autoridad que el Ministerio Público deduce de una supuesta violación del derecho que la Constitución (artículo 25) y ley (artículo 239 del Código de Procedimiento Penal) otorgan al ciudadano a no declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, la Sala no lo encuentra tipificado en este proceso. Leídas, en efecto, las diligencias testimoniales de los Pereiro no se encuentra que en ellas el exjuez encausado hubiese obligado a los deponentes a declarar contra sí mismos ni contra sus familiares (padre, hijos y hermano); se limitó simplemente a preguntarles por los hechos que estaba investigando y concretamente a precisar si eran los únicos Pereiro de Andagoya y si sabían de los motores cuya pérdida determinó la sumaria; y cuando dedujo de las respuestas de uno de ellos, que podría ser considerado autor del hecho punible, decidió oírlo en diligencia de indagatoria en determinación formalmente razonable.

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

Resuelve:

REVOCAR, el auto apelado, y en su lugar, SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor del procesado Silvio Jacob Lozano Mayo por los hechos que dieron origen a la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INEXISTENCIA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES

No es posible predicar inexistencia de las decisiones emanadas de la Sala de Casación Penal por la circunstancia de faltar la firma de dos Magistrados, por cuanto que ellas se toman por mayoría absoluta de sus integrantes

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 69 de julio 21 de 1981.

Bogotá, D. E., julio 21 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de hecho interpuesto por el procesado Efraín Silva Garzón, contra el auto de 18 de marzo del corriente año dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante el cual se le negó "el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el suscrito contra el auto emanado de su despacho con el cual rechazó mi petición de devolución del expediente a la Corte Suprema de Justicia".

Estima la Sala que tal recurso no puede prosperar, por lo siguiente:

A Efraín Silva Garzón, ex Juez Penal del Circuito de Chaparral (Tolima), se le siguió un proceso por el delito de detención arbitraria; después de agotadas las etapas procesales correspondientes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué le condenó a la pena principal de siete meses de prisión, la que fue confirmada por esta Sala en proveído de 8 de julio de 1980, el que sólo se encuentra firmado por seis de los Magistrados integrantes de la misma.

Regresado el expediente al Tribunal, el procesado pasó un escrito, para que "se cumpla el trámite de apelación del proveído de primera instancia, pues el recurso no ha sido desatado, como que el fallo de la Sala Penal de la Corte, compuesta por ocho Magistrados, sólo tiene la firma de seis de ellos, siendo por consiguiente inexistente el proveído". Anexó a dicho memorial copia del auto de 2 de marzo de 1978 de la Corte —Sala Penal—, sobre inexistencia de providencias judiciales.

Por auto de 25 de febrero del corriente año el Tribunal rechazó por improcedente tal solicitud. El procesado Silva Garzón interpuso contra éste el recurso de reposición y en subsidio apelación. Habiéndole dado el trámite que le correspondía, mediante providencia del dieciocho de marzo del año que avanza, se le negó la reposición y se ordenó no darle vía a la apelación por tratarse de un auto de sustanciación.

No obstante lo anterior, el sentenciado pidió reposición de dicho auto que resolvía la misma y subsidiariamente interpuso el recurso de hecho, motivo por el cual han llegado las diligencias a esta Sala de la Corte, después, de que obviamente, el Tribunal se negara a revocar tal proveído.

Dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal:

"Recurso de hecho. Procedencia. Cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de hecho ante el superior, para que éste lo conceda si fuere procedente.

"El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue el recurso de casación".

Se debe aclarar, en primer término, que el procesado lo que pretende es que se revise nuevamente la sentencia de primera instancia, que en virtud de apelación ya conoció la Sala, confirmándola, por cuanto, en su sentir, al faltar la firma de dos de los ocho Magistrados tal providencia es inexistente.

Si se parte de la base que las decisiones en esta Sala se toman por la mayoría absoluta de sus integrantes, esto es, con cinco Magistrados, tenemos entonces que la sentencia abadida no adolece de ningún requisito de forma, para predicar su inexistencia, toda vez que se encuentra suscrita por seis de los Magistrados que integran la Sala y por tal motivo ésta debe cumplirse. El revisarla nuevamente, implicaría una tercera instancia, la cual no está consagrada en nuestra legislación, con violación de elementales principios de Derecho Procesal.

Ahora bien, respecto a la sentencia de segunda instancia (ejecutoriada), contra ésta no procede recurso ordinario ninguno, por lo que también deberá ser rechazado el de hecho interpuesto por el procesado Silva Garzón.

Lo expuesto es más que suficiente para que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, DENIEGUE el recurso de hecho interpuesto por el procesado Efraín Silva Garzón, por improcedente.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO

La decisión del jurado de conciencia goza de una especie de presunción legal, a la que no puede oponerse por los jueces de derecho sino la declaratoria de contraevidencia, sólo posible en las instancias y absolutamente ajena, por tanto, al recurso extraordinario de casación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 069.

Bogotá, D. E., julio 21 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia de 13 de octubre de 1980 confirmó, sin modificaciones, la de primer grado, por medio de la cual el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad condenó a Luis Alfonso o Carlos Alberto Fernández Arango a la pena principal de veintiún (21) años y cuatro (4) meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio y robo que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el procesado Fernández Arango, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su apoderado presentó la correspondiente demanda, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente sintetizados por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"... Alrededor de las cuatro de la madrugada del día 6 de junio de 1976, al verificar la empleada Orfelina Vargas Córdoba el motivo por el cual Franco Cerón, administrador de Residencias 'La Loña', establecimiento que funcionaba en la carrera 2ª número 15-48 de Cali, no acudía al llamado que mediante el timbre se hacía desde la puerta de entrada, encontró al mencionado administrador muerto a consecuencia de numerosas heridas y sangre en el corredor de acceso y en una de las piezas del inmueble, por lo cual procedió a llamar a la policía...".

"... Efectuado por la Comisaría correspondiente el levantamiento del cadáver, abrió la investigación el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Cali, el cual practicó algunas diligencias, consistentes en declaraciones de quienes se hallaban hospedados en las residencias citadas —quienes no dieron información alguna— e indagatoria de Luis Horacio Gil Bernal, detenido por la Policía en atención a informe recibido, habiéndosele encontrado una prenda de vestir (pantalón) que se identificó como perteneciente a la víctima; dio el mismo diferentes explicaciones sobre el lugar en que se encontraba en la noche de los hechos y la procedencia del mencionado objeto, como comprado a otra persona y dio señas generales, decretándose su detención preventiva por el Juzgado Veinte de Instrucción del Distrito, despacho que continuó el trámite; recibidas otras pruebas, se logró identificar al procesado Luis Alfonso o Carlos Alberto Fernández Arango, como la persona que vendió al ya mencionado Gil la prenda referida, el cual se hallaba preso en Medellín por otro proceso después de su regreso de Cali; y oído en indagatoria explicó que en la noche de los hechos, se encontraba en compañía de amigos suyos que nombró,

en un establecimiento de Cali, en donde fue herido; versión negada por éstos en sus correspondientes declaraciones ...".

(Folios 24 a 25, cuaderno de la Corte).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual formula el siguiente cargo.

Causal primera. "... Invoco como causal de casación la establecida en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; y que dice: ...".

"... 1. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea ...".

"... Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en autos ...".

"... Antes de entrar en el estudio mismo de la causal propuesta, considero conveniente, honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que no por falta de conocimiento en relación con la técnica a seguir en la interposición del presente recurso hube de verme obligada a comentar los hechos del proceso que consideré necesarios, sino porque son sobre los cuales haré mayor énfasis al instaurar mi demanda; tanto los hechos materiales como los de orden psicológico lo requieren, más aún si se tiene en cuenta el rechazo bien por jueces de hecho como por jueces de derecho, las circunstancias de los hechos y la forma como se involucra a mi patrocinado en los mismos, gira la esencia del presente proceso con base en conjeturas y de ellas se establece un delito de mera sospecha contra mi patrocinado llegando a una sentencia condenatoria, la cual motivó la interposición del presente recurso ...".

"... Es innegable que la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal encaja en mi demanda por lo siguiente: ...".

"... Al penetrar en la causal que me ocupa y siguiendo cada una de las etapas del proceso a partir del auto de proceder, al hacer un examen considerándolas en sí mismas en relación con las demás etapas bien sean antecedentes o subsiguientes y su proyección mutua buscando en esta forma estructurar un todo armónico que constituye todo proceso penal, no sólo en obediencia de expresos mandatos legales sino por imperativos emanados de la lógica jurídica ...".

"... Una vez ejecutoriado el auto de proceder, en lo que respecta al procesado, la ley penal fija un período dentro del cual habrá de aportar pruebas pertinentes a su defensa de sus intereses; en caso de autos no se produjeron pruebas; ...".

"... Demostrando que se incurrió en error de hecho evidente por lo siguiente: el fallo o mejor la sentencia, no dio valor, no tomó en cuenta pruebas favorables al procesado, y por el contrario, admitió una serie de hechos y les dio el carácter de prueba, pero esto es una prueba de referencia y sobre palabras, donde nadie vio ni le consta nada sobre los hechos ...".

(Folio 12).

"... ... ...".

"... Los indicios en contra de mi patrocinado carecen de respaldo probatorio, al igual que tampoco fueron probados con plenitud para ello me baso en lo siguiente: ...".

"... En el proceso indiciario y este es uno de ellos 'la prueba es ofrecida por una construcción lógica que se vale del material ofrecido por los indicios, es decir: por las huellas que se derivan del delito y que emergen como circunstancias idóneas para producir a través de la inducción una idea unitaria acerca de la existencia, o no, de un hecho a probar' ...".

"... los indicios deben de corresponder a elementos, a huellas, a requisitos característicos y fundamentales, deben ser ciertos, seguros, y permitir el trabajo mental de la inducción y deducción y distinguir entre el indicio y la conjetura puede ser distinguido de las corrosivas insinuaciones de la sospecha ...".

"... Los indicios que pesan sobre mi patrocinado carecen de respaldo probatorio, puesto que fueron probados con los indicios mismos, y no fueron aprobados, con todos los medios de prueba, éstos deben poder serlo, pero nunca un indicio se prueba con otro indicio, en caso de autos se dedujo el uno del otro, se concatenaron hechos ciertos como lo fue la muerte de Franco Cerón con hechos que se presumían, como lo es el sindicar como autor directo de la muerte de Franco Cerón a mi patrocinado, los indicios no fueron probados separadamente uno por uno, sino que se manipuló uno como medio de prueba de otro, y de allí se dedujo la responsabilidad de mi patrocinado ...".

(Folios 13 a 14).

III. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones de la casacionista por considerar antitécnicamente presentada la demanda, en la que equivocadamente se invoca error en la apreciación de las pruebas, sin embargo, de que la sentencia se profirió con fundamento en el veredicto rendido por el jurado de conciencia:

"... (es) improcedente la invocación de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley en razón de error de apreciación probatoria, por cuanto conduciría a desplazar y desconocer la autonomía del jurado; y por otra parte, implicaría una declaración de contravidencia, facultad que se limita a los juzgadores de instancia y que por tanto, no podía ser ejercida por la honorable Corte en casación ...".

Considerandos

A pesar de la manifestación expresa hecha por la demandante, en el sentido de que conoce la inmodificada doctrina de la Corte, conforme a la cual, en los juicios en los que interviene el jurado no es dable invocar como motivo de casación la violación indirecta de la ley por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas, dice haberse visto obligada a hacerlo, no obstante, teniendo "en cuenta el rechazo bien por los jueces de hecho como por los jueces de derecho (de) las circunstancias de los hechos y la forma como se involucra a (su) patrocinado en los mismos", de modo que termina atacando los fundamentos del veredicto, so pretexto de impugnar la sentencia que, por disposición expresa de la ley, se dictó de acuerdo con aquél.

No puede ser más equivocado el camino escogido por la casacionista para la impugnación del fallo.

El fundamento de la sentencia en los juicios en que interviene el jurado es, en efecto, el veredicto que éste da respecto de los hechos materia del debate, decisión que sus miembros pueden adoptar por simple mayoría, sin sujeción a la tarifa legal de la prueba y con tan amplio poder discrecional para hacerlo que no han de atender "voz distinta (a la de su) personal conciencia", ni imponerse otro límite que su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales (se les) interroga": (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal).

La decisión del jurado de conciencia goza, de otra parte, de una especie de presunción legal (veredicto tanto quiere decir como declaración de la verdad), de suerte que contra tal presunción no puede oponerse por los jueces de derecho sino la manifestación de su contravidencia (artículo 565 ibidem), decisión sólo posible en las instancias y ajena, por consiguiente, al recurso extraordinario de casación.

La demanda, finalmente, pretende reabrir un debate sobre el valor de las pruebas del proceso, que ya fue cumplido durante el desarrollo de la audiencia pública de la causa, debate como resultado del cual el jurado de conciencia declaró la responsabilidad penal del procesado como autor de los hechos que le fueron imputados en el auto de proceder.

De la abundante jurisprudencia invariablemente sostenida por la Corte al respecto, es de una claridad meridiana la siguiente de 19 de agosto de 1973:

"... En los juicios en que interviene el jurado, sus integrantes deciden 'en privado', en conciencia y por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado y está absolutamente prohibido interrogarlos acerca de la razón que tuvieron para hacerlo en una u otra forma, ya que les está vedado 'tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les corresponde o hubiera correspondido intervenir como jueces' (Código de Procedimiento Penal, artículos 536 y siguiente). Y la sentencia en esos mismos procesos 'se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate" (ídem, artículo 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contravidencia que sólo puede ser declarada por el juez competente en primera instancia, en el caso del artículo 565 del Estatuto Procesal Penal o, por el Tribunal de segunda, en el caso de la norma 567 del mismo Código. Pero la declaratoria de contravidencia escapa a la competencia de la Corte ...".

Todo lo cual lleva al convencimiento, como en reciente decisión lo advirtió la Corte en asunto semejante, de que el cuerpo primero de la causal primera de casación ha sido invocado por la demandante con el sólo propósito de eludir, infructuosamente desde luego, el escollo legal que le impide atacar la prueba que sirvió al jurado de conciencia para emitir el veredicto:

"... el actor ha querido eludir, acudiendo al primer cuerpo de la causal invocada, el obstáculo insalvable de no poderse admitir la crítica de la prueba en procesos donde interviene el jurado, posición doctrinaria que sigue en pie por-

que, de lo contrario, no solamente tendría la Corte que arrogarse la facultad de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, función que la ley ha conferido específicamente a los jueces de instancia, sino que debería entrar a dictar sentencia desconociendo el pronunciado por los vocales o, en su caso, por los jueces de conciencia ...".

(Casación, 16 de julio de 1981).

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REBAJA DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO. LEY 32 DE 1971

No ha sido derogada, ni expresa ni tácitamente con la expedición del nuevo Código Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 72.

Bogotá, D. E., julio 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

La procesada Eda Murillo de Sotomayor, quien fue condenada por los delitos de falsedad en documentos privados y peculado a la pena principal de tres años y dos meses de presidio, en sentencias de 21 de abril y 16 de junio de 1980, proferidas, en su orden, por el Juzgado Segundo Superior y Tribunal Superior de Quibdó, solicita nuevamente el beneficio de libertad provisional, apoyada en el artículo 72 del Código Penal, 153 del Código de Procedimiento Penal (Ley 17 de 1975, artículo 7º, numeral 6º) y la Ley 32 de 1971.

La solicitante lleva en detención efectiva (20) meses y un día, pues fue capturada el día 28 de noviembre de 1979 (folio 267) y desde entonces ha permanecido privada de su libertad.

Por concepto de trabajo tiene derecho la procesada a una reducción de la pena de cinco (5) meses, veintinueve (29) días (folio 74 de la Corte).

Sumado el tiempo de privación efectiva de su libertad al de rebaja por trabajo se tiene que Eda Murillo ha descontado un total de veintiséis meses, tiempo superior a las dos terceras partes de la pena que le fue impuesta, las que, sobre un monto de tres años y dos meses, vienen a ser veinticinco (25) meses y diez (10) días.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa desfavorablemente respecto de la petición de libertad presentada por Eda Murillo de Sotomayor, ya que estima que la solicitante no ha descontado aún las dos terceras partes de la sanción que le fue impuesta, pues el tiempo que lleva en detención efectiva y el que le correspondería por reducción de pena en razón del trabajo que realizó dentro del establecimiento carcelario hasta el día 29 de enero de 1981, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Penal, sólo da un total de 24 meses y diez días, inferior a los 25 meses y 10 días que constituyen las dos terceras partes de la pena impuesta.

Desestima el Procurador el tiempo trabajado con posterioridad a la vigencia del nuevo Código Penal, pues considera que éste derogó la Ley 32 de 1971 sobre reducción de pena por trabajo y estudio, sin aportar en esta ocasión las razones que le asisten para hacer dicha afirmación, las cuales dejó consignadas en anterior concepto emitido dentro de este mismo proceso cuando se estudió similar solicitud de libertad provisional formulada por la sindicada Eda Murillo de Sotomayor.

La Sala entra a analizar esas razones por estar tácitamente reproducidas en la presente vista fiscal y para poder fijar frente a ellas su opinión adversa.

El anterior concepto obra a folios 51 a 57 del cuaderno de la Corte y en él expresó el Procurador Primero Delegado en lo Penal estos motivos para afirmar que la citada Ley 32 fue derogada por el Código Penal.

1º La Ley 153 de 1887 dispone en su artículo 3º que "se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una nueva ley que regule íntegralmente la materia a que la anterior disposición se refería", y como un Código es por definición una ley que regula íntegralmente la materia, es aplicable dicha norma al caso presente.

2º El nuevo Código Penal es la culminación de importantes empeños científicos que quedaron condensados en los anteproyectos de 1974, 1976 y 1978 y por expresa disposición de la ley de facultades que autorizó al Gobierno para expedirlo y ponerlo en vigencia (Ley 5ª de 1979), debía ser elaborado sobre "las bases, principios y lineamientos generales" de los proyectos de 1974 y 1978.

3º El proyecto de 1978 destinó un capítulo especial para regular el beneficio de libertad por trabajo, estudio y enseñanza (artículos 90 a 94), "de lo cual puede colegirse que si en el Código de 1980 se eliminó un capítulo que aparecía en su antecedente inmediato, no puede tratarse de una involuntaria omisión sino del ánimo de eliminar esta especie de subrogado penal".

4º El nuevo Código regula lo atinente a los llamados Subrogados Penales (condena y libertad condicionales) y no incluyó normas sobre redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, de donde debe concluirse que la intención del legislador fue la de eliminar este beneficio, máxime que en la relación explicativa nada se dijo acerca de la no inclusión de los preceptos de la Ley 32 de 1971, siendo que sí habla respecto de otros estatutos especiales para predicar de ellos que continuarían rigiendo, como el Decreto 1818 sobre régimen para menores de doce años.

5º Como el nuevo Código Penal eliminó ciertas figuras que hacían más gravosa la situación del procesado, por ejemplo la reincidencia y la relegación a colonia agrícola para los casos de concurso de más de cuatro delitos y para los reincidentes secundarios, aparte de que amplió la órbita de los aplicados de los subrogados penales de condena y libertad condicionales, bien podría explicarse la eliminación de los beneficios de la Ley 32 de 1971 como una contraprestación "de ese tratamiento tan amplio".

6º Ya que la aplicación de la Ley 32 distó mucho de los nobles fines que la inspiraron, pues prácticas viciosas llegaron a tal punto de indebido aprovechamiento de sus normas que la propia Sala de Casación Penal de la Corte tuvo que precisar, en una de sus decisiones, los alcances del decreto reglamentario de la misma, "quizá esto también pueda aducirse como motivo para su no incorporación al Código Penal y, por lo tanto, de su derogatoria".

7º El artículo 376 del nuevo Código Penal dispone que las leyes penales especiales entonces vigentes siguen rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en él. La Ley 32 de 1971 no es una ley especial, pues no reglamenta de manera específica comportamientos delictivos, ni tiene ámbito restringido de aplicación, ya que sus alcances son de carácter general, para todo procesado, "cualquiera que fuere el delito que hubiera dado lugar a su condena". Por el contrario, sí son leyes especiales el Estatuto Penal Aduanero, el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el Código de Justicia Penal Militar, el Régimen Penal de la Quiebra, la Ley sobre Propiedad Intelectual, los cuales eran expresamente mencionados por el artículo 536 del Proyecto del Código Penal de 1978, que viene a ser el antecedente inmediato del artículo 376 del nuevo Código Penal".

Se considera

Sabido es que las formas de derogatoria de la ley son la expresa y la tácita. Se da aquélla cuando la nueva norma específicamente dice que deja sin valor la antigua. Se presenta la tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior o regula íntegramente la materia a la que se refería la precedente (artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 71 del Código Civil).

Veamos si respecto de la Ley 32 de 1971 aconteció, con ocasión de la expedición del nuevo Código Penal, alguna de estas hipótesis de abrogación de la ley.

1º No se presentó la derogatoria expresa, pues en ninguna de las normas del nuevo estatuto penal se dice que queda sin valor aquella ley.

2º Tampoco se da la derogatoria tácita por incompatibilidad de las disposiciones de la Ley 32 con las del Código nuevo.

En efecto, la finalidad primordial que persigue la citada ley es la de convertir el trabajo y el estudio, indiscutibles instrumentos de readaptación del interno carcelario, en poderoso estímulo para el buen comportamiento al dignificarlos y despojarlos del aspecto negativo de la obligatoriedad tracándolos en precio de la libertad.

El propio Código Carcelario (Decreto 1817 de 1964) proclama con énfasis las virtudes regeneradoras del trabajo y del estudio y los eleva a normas rectoras del régimen penitenciario. El artículo 175 dice: "Todos los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país se regirán por el principio de que el trabajo es la mejor y más alta escuela de regeneración moral y social de los penados y detenidos". Y el artículo 187 señala: "En los establecimientos carcelarios del

país, regirá el principio de que la educación y el trabajo son la base de la regeneración moral y social de los reclusos".

Ahora bien, no puede entenderse que disposiciones que incentivan el trabajo sean inconciliables con las de un Código que proclama de manera expresa entre las funciones de la pena la resocialización (artículo 12), la que, como hemos visto, se busca en gran medida a través de aquél, y que le da al mismo apreciable valor liberatorio al convertirlo en medio para pagar al Estado las multas impuestas como pena (artículo 48).

El hecho de que el nuevo Código consagre, como lo hacía su predecesor, el instituto de la libertad condicional como mecanismo para anticipar la liberación del condenado, concebido sobre la base de sustituir una parte de la sanción por un período de buena conducta que ha de observarse en el futuro, no quiere decir que sea el único, ni que a él se opongan otros sistemas que vienen a constituir su presupuesto, pues tienden a que la persona se comporte bien dentro del establecimiento carcelario, evidencie su readaptación social y acelere el cumplimiento del quantum de pena que se precisa para su otorgamiento.

La libertad condicional opera sobre el lento y pasivo transcurso del tiempo, unido desde luego a la buena conducta del penado, en tanto que la Ley 32 convierte en días cumplidos de pena los trabajados o dedicados al estudio. Ambas instituciones persiguen los mismos fines, aunque obedezcan a diferente filosofía, pues la una responde casi que a la gratuidad y la otra a la contraprestación o conmutabilidad.

3º Tampoco se presenta en este caso la forma de derogatoria tácita por integral regulación de la materia, pues el nuevo Código nada dice acerca de la redención de pena por trabajo y estudio, y este mecanismo de liberación anticipada, de indesconocible trascendencia en el campo de la punibilidad, entró a formar parte del tratamiento global del cumplimiento de las sanciones y de la readaptación de penado, así esté concebido en una norma especial, como es la Ley 32 de 1971.

Así se explica la aspiración del Proyecto de Código Penal de 1978 de integrar la materia incorporando al Código las disposiciones de la Ley 32.

Al haber abandonado esta pretensión el nuevo Código y no haber regulado ni en mínima parte la conmutación de pena por trabajo y estudio, sigue vigente la Ley 32 como norma especial, indemne frente al silencio del Código nuevo.

Pero si este enfoque del problema no se encontrare valedero, baste entonces, como argumento de autoridad para sostener la persistencia de la Ley 32, la opinión de los propios miembros de la Comisión Asesora, expresada por intermedio de su Presidente de la "Relación Explicativa del Nuevo Código": "No consideró conveniente la Comisión incluir en el Código el capítulo sobre "rebaja de pena por trabajo, estudio y enseñanza" que el anteproyecto de 1978 (página 27) instituyó, porque es esa específica materia del régimen penitenciario, que actualmente reglamentan la Ley 32 de de 1971 y el Decreto 1119 de 1977" (página 47 de la edición oficial del nuevo Código Penal; publicación de la Imprenta Nacional de 1980 y Acta número 9, correspondiente a la sesión del día 29 de marzo de 1979, en la cual dejaron expresado los comisionados este mismo criterio).

Si la intención hubiese sido la de abrogar esta ley, así se habría expresado, como se hizo, en esa misma "relación explicativa" cuando se trató más adelante de otra materia regulada en norma especial, como es la protección penal del cheque. Se dijo al respecto: "Estima la Comisión que el fraude mediante cheque es un atentado contra el patrimonio económico y no contra el orden económico y social, y que por ello no se requiere una específica y particular protección penal, por fuera de los casos en que el hecho pueda configurar estafa o falsedad. Por el contrario, hemos considerado que debe ponerse fin al sistema creado por el Decreto 1135 de 1970 (queda derogado en su integridad), que ha permitido la utilización de sus normas para ejercer extorsión sobre los ciudadanos" (página 82 ibídem, subrayas fuera de texto).

Como corolario de todo lo anterior, cabe manifestar que, o se considera a la Ley 32 de 1971 como ley penal especial, por versar acerca de una materia íntimamente relacionada con la punibilidad, aspecto trascendente de un Código Penal, en cuyo caso no estaría derogada por no ser contraria a las disposiciones del nuevo Código Penal (artículo 376); o se la tiene como una ley de naturaleza penitenciaria, como lo expresó claramente la Comisión Asesora, evento en el cual se puede predicar con mayor razón su vigencia, pues el Código nuevo no la derogó expresamente ni tenía por qué ocuparse de ella por ser materia extraña. Diríase que la ignoró, pero no que la derogó.

Respecto de otros de los argumentos del Procurador, es suficiente recordar que la ley de facultades al Gobierno para la elaboración y expe-

dición del Código Penal no le trazó, como sí lo hizo la de autorizaciones para el Código de Procedimiento Penal, un marco rígido y estricto para el cumplimiento de las mismas, como para decir que lo que no se tomó de los anteproyectos anteriores se entiende abolido del cuerpo penal. Dicha ley se limitó a decir que el Código se concebiría sobre las bases, principios y lineamientos generales de los anteproyectos de 1974 y 1978. El de 1974 no incluyó las disposiciones de la Ley 32; y el de 1978 lo hizo, pero para integrar dentro del Código todos los mecanismos de liberación anticipada del penado, precisamente por la similitud de esas normas con las de libertad condicional, lo cual descarta el argumento de su irreconciliabilidad o incompatibilidad.

Por lo demás, no se le encuentra especial valor de convicción al argumento derivado del mal uso que se ha hecho de las disposiciones de la Ley 32, pues ese desconocimiento del espíritu de la norma es perfectamente susceptible de ser corregido mediante otros mecanismos que no sean los de la estéril abolición de un sistema que ha presentado tan poderoso estímulo en la primordial tarea del régimen penitenciario que no es otra que la de devolver al seno de la sociedad al sujeto pasivo de la pena, debidamente readaptado.

Por cuanto la Sala estima que la Ley 32 de 1971 está vigente, y como la solicitante tiene cumplidas más de las dos terceras partes de la sanción que le fue impuesta, como se dejó analizado en precedencia, y por cuanto, de otro lado, su buena conducta en el establecimiento carcelario (folio 75 del cuaderno de la Corte), su personalidad y el carecer de antecedentes (folios 92, 93 y 348 del cuaderno principal) permiten suponer fundadamente su readaptación social, se accederá a su petición de libertad provisional, mediante la caución que se le fijará para garantizar el cumplimiento de las obligaciones inherentes al beneficio que se le otorga.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONCEDE a la procesada Eda Murillo de Sotomayor el beneficio de libertad provisional, siempre y cuando otorgue fianza prendaria por valor de cuatrocientos pesos ($ 400.00) para garantizar su buena conducta y las presentaciones, cada treinta días ante el Juzgado Segundo Superior de Quibdó, o la autoridad que éste designare, hasta tanto termine la tramitación del recurso extraordinario de casación pendiente y decida luego en definitiva la solicitud de libertad condicional que ha originado este pronunciamiento. Comisiónase al citado Juzgado Segundo Superior de Quibdó para aceptar la caución, sentar la diligencia de compromiso y librar la orden de libertad, la cual se expedirá con la anotación de hacerse efectiva en cuanto no exista en contra de Eda Murillo Sotomayor un motivo distinto de detención.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Pablo Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Causas que lo justifican. En todo proceso es necesario que los asociados tengan la confianza y seguridad de que nada distinto a la imparcialidad más estricta debe determinar la decisión de los jueces. No es suficiente que la sentencia sea justa, sino que se crea por los asociados que el juzgamiento también lo es

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 72.

Bogotá, D. E., julio 28 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Con oficio número 000956 de 1º de julio del año en curso, dirigido al Presidente de la Sala Penal de la Corte, el señor Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, remite la documentación con que se acompañó la solicitud de cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio se viene adelantando en contra de las doctoras Regina Luz Dorado Mesa y Renate Sussmann Levin, hecho del que aparece como víctima el doctor Hugo Bustamante Delgado, remisión que se hace con el objeto de que esta Sala emita el concepto de que trata el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

A la referida solicitud se acompañan las siguientes piezas:

a) Memorial de la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de Popayán, dirigido al Ministro de Justicia y en el cual se solicita el cambio de radicación del proceso mencionado y se exponen las razones en que se apoya dicha solicitud;

b) Sendos ejemplares de los números 1544 de 15 de mayo de 1981, 1545 de 16 de mayo de 1981 y 1546 de 18 de mayo de 1981 del periódico "El Caleño";

c) Copia del oficio número 000903 de 16 de junio de este año firmado por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y dirigido al Juez Primero Superior de Popayán;

d) Copia del oficio número 000902 de 16 de junio del mismo año, firmado igualmente por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y dirigido al doctor Alberto Gómez Rengifo, Fiscal del Juzgado Primero Superior de Popayán;

e) Certificado en seis (6) folios expedido por el Juez Primero Superior de Popayán a solicitud del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia sobre el estado del proceso atrás mencionado, así como la enumeración de las personas que han declarado en él, los documentos allegados al mismo, enunciación de las providencias que allí se han dictado con indicación somera de su contenido, personas que han sido vinculadas a la investigación y otras informaciones concernientes a la forma como ésta se ha venido desarrollando;

f) Oficio número 042 de 16 de junio de este año firmado por el doctor Hernando Baquero Borda, Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, dirigido al Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia;

g) Oficio número 504 de 21 de mayo del corriente año, dirigido por la Secretaría del Tribunal Superior de Popayán al Procurador General de la Nación;

h) Copia de la Proposición número 023 de 19 de mayo de 1981, aprobada por el Tribunal Superior de Popayán;

i) Copia de una comunicación dirigida por el Presidente del mencionado Tribunal al Director del periódico "El Caleño";

j) Copia de cada uno de los ejemplares de dicho periódico, mencionados en el aparte b) del presente concepto;

k) Copia del oficio número 3417 de 16 de junio de 1981, dirigido por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial al Presidente del Tribunal Superior de Popayán, y

l) Oficio, ya mencionado, dirigido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia al Presidente de la Sala Penal de la Corte solicitando el presente concepto.

Hechos

Según aparece de los escritos que se dejan citados en los apartes anteriores, en la noche del 20 al 21 de marzo de 1980 tuvo lugar en casa de la abogada Regina Luz Dorado Mesa, quien desempeñaba entonces el cargo de Secretaria de la Universidad del Cauca, una reunión a la cual concurrió, entre otros, el también abogado Hugo Bustamante Delgado, quien falleció al día siguiente, víctima, al parecer, de una intoxicación. También estuvo allí la profesional en medicina doctora Renate Süssmann Levin.

Para averiguar dicha muerte se abrió la correspondiente investigación, en la cual intervino en primer lugar el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, pasando después el proceso al Juzgado Primero Superior de Popayán como juez del conocimiento.

Dicho funcionario ordenó la indagatoria de las doctoras Regina Luz Dorado Mesa y Renate Sussmann Levin.

Igualmente profirió, con fecha 9 de septiembre de 1980, auto por medio del cual negó la aplicación, solicitada por el apoderado de Guillermo Isaías Restrepo Gutiérrez, también indagado, del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

En este momento dicho apoderado presentó recusación contra el juez del conocimiento basándose en que éste es pariente del occiso, ya que las respectivas progenitoras fueron primas hermanas.

El juez aceptó, por auto de 27 de octubre de 1980, la recusación pero al pasarla al Juez Segundo Superior, éste la encontró infundada, y envió el asunto al Tribunal que le dio la razón al último de los funcionarios mencionados por no encontrarse el Juez Primero dentro de los grados de parentesco que pueden servir de fundamento a la misma.

Simultáneamente con el desarrollo del proceso, se hicieron sobre los hechos y el curso de la investigación, varias publicaciones tanto en el periódico "El Liberal" de Popayán como en "El Caleño" de la capital del Valle en las cuales el padre de la víctima y los redactores de este último periódico, aseveraban que el doctor Hugo Bustamante Delgado había muerto a consecuencia del veneno que le habían suministrado las dos profesionales antes citadas, en la reunión llevada a cabo en casa de una de ellas.

También se destaca en "El Caleño" la categoría social del occiso y, especialmente, la preeminencia de la que ocupa su padre tanto en la sociedad de Popayán como en el panorama literario del país.

Contra estas publicaciones protestó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán que, en la proposición mencionada y al poner en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura y de la Procuraduría General de la Nación los hechos que se dejan resumidos, solicitó de ambos organismos la designación de investigadores que examinaran la conducta tanto del propio Tribunal como de los jueces que habían intervenido en el proceso y que termina solicitando de ellos "se sirvan adoptar todas las determinaciones y procedimientos legales que consideren convenientes frente al caso referido y, en especial, el quizá aconsejable cambio de radicación del proceso, toda vez que los jueces del Cauca están siendo objeto de presiones indebidas por culpa de dichas malintencionadas publicaciones" (folio 24).

De esta última solicitud hace sabedor el Tribunal al Director de "El Caleño" en comunicación rectificatoria que le dirige con fecha veinte (20) de mayo del año en curso y en la que, al final, le dice: "Finalmente debo hacer saber a usted y a sus lectores que la justicia del Cauca por su tradicional independencia y honestidad nada tiene que temer, ni cubrir, ni cohonestar porque sólo está interesada en la búsqueda de la verdad procesal y, que, por lo mismo, en la fecha se está dirigiendo al honorable Consejo Superior de la Judicatura y a la Procuraduría General de la Nación a efecto de que investigue su propia conducta y la conducta de los señores jueces que han tenido ocasión de conocer del proceso que a usted tanto le interesa. Y no sólo eso, sino también para solicitarles a las honorables entidades superiores antes nombradas, se sirvan estudiar la posibilidad de acceder a un cambio de radicación del proceso, ya que las únicas presiones indebidas de que se tenga noticia, que quizá hayan

puesto a prueba los procederes de la justicia, son precisamente las provenientes de su periódico" (folio 31).

Por su parte la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, al responder al Tribunal, manifiesta que "esta Procuraduría Delegada comparte el criterio expuesto por esa honorable Corporación en la nota dirigida al director de 'El Caleño' el 20 de mayo de 1981. El Tribunal Superior de Popayán no ha intervenido en el citado proceso y los jueces y los representantes del Ministerio Público a cuyo cargo ha estado la investigación por la muerte del doctor Bustamante Delgado, han actuado correctamente y con el único propósito de lograr el esclarecimiento de los hechos, que, infortunadamente, no se ha alcanzado hasta ahora".

En cuanto a las publicaciones de 'El Caleño' contienen expresiones como: "Secretaria privada del Gobernador del Cauca asesinó a hijo de poeta: le dio veneno en un trago" (primera página del número 1544 de 15 de mayo de 1981) (folio 32). "La denuncia la conoció inicialmente un juez, pero en vista de sus (sic) próximas elecciones, relegó funciones en otro funcionario, quien también temió investigar los hechos ..." (el mismo número del periódico, página 8ª). "Pese a que el Gobernador del Cauca, Gerardo Bonilla Fernández, sabía el problema por la (sic) cual atravesaba su entonces secretaria de la Universidad del Cauca, donde él fue rector, se llevó consigo a la mujer sin esperar a que la justicia 'estancada misteriosamente' se pronunciara en favor o en contra de las denuncias entabladas a la profesional y por las cuales no ha sido llamada a declarar" (ídem, ídem, pág. 9). "La secretaria privada del Gobernador una asesina (II)": "Un crimen premeditado y con sevicia". Declara el padre de la víctima en carta manuscrita entregada a "El Caleño" (número 1545 de mayo 16 de 1981, pág. 9). "Conocer a fondo los detalles de la muerte del abogado Hugo Bustamante y leer todo el episodio que culminó en este crimen atroz, no fue fácil, pero significó conocer muchas verdades, especialmente la falta de personalidad de algunos jueces de Popayán y la forma absurda y mediocre como se manejó este asunto cuando la Procuraduría General de la Nación y el honorable Tribunal por separado nombraron a los doctores Simmons Muñoz y Orlando Trujillo para que investigaran las denuncias que en contra de la secretaria privada del Gobernador y de la médica Renate Sussmann había hecho el padre del abogado envenenado, José Ignacio Bustamante" (número 1546, mayo 18 de 1981, página 6). "Resulta controvertido enumerar los abogados que han intervenido en este sonado proceso, algunos pagados por la familia pero que posteriormente, o se vendieron o les dio miedo debido a la clase de personas que debían enfrentar" (ídem, ídem). "Existen también otros abogados que conocieron el problema y que asumieron la parte civil pagados por la familia pero éstos se retiraron cuando comprobaron que el poder de las dos mujeres era indestructible y que meterse con ellas significaba verdadero suicidio" (ídem, ídem). "Dialogar con el poeta es ameno pero indudablemente es mucho más agradable escuchar su coraje para enfrentarse a los Tribunales y a los jueces y manifestarles que son vendidos, que están allí en esa posición esperando que los vuelvan a elegir y que por nada del mundo se meterán con nadie que represente el poder político porque saben que los quemarán de por vida" (ídem, ídem).

Consideraciones de la Corte

El cambio de radicación de un proceso, sustrayéndolo a sus jueces naturales que son, en primer término, los del territorio en que ocurrieron los hechos, es una medida de carácter extremo que sólo debe tomarse cuando situaciones de naturaleza excepcional así lo indique, en bien de la justicia para que sea administrada sin que factores de ninguna índole puedan perturbar su rectitud o el buen criterio que los asociados deben tener sobre ella.

Pero cuando existen circunstancias que impiden a quienes la administran desempeñar sus funciones con absoluta imparcialidad, o con entera libertad, es imperioso que se busque un lugar donde tales factores no ejerzan su influjo para que sus fallos sean la expresión cabal de la verdad y de la equidad y para que los asociados los acaten sin que ninguna sospecha empañe su imagen.

Así lo ha manifestado esta Sala en plurales ocasiones, en una de las cuales expresó: "En todo proceso es necesario que los asociados tengan la confianza y seguridad de que nada distinto de la imparcialidad más estricta debe determinar la decisión de los jueces. Y cuando quiera que ciertos factores pueden sembrar la duda sobre la autonomía del juzgador, ello es suficiente para remover las causas que la originen, así no esté realmente afectada la libertad del juez. Se ha dicho que no es suficiente que la sentencia sea justa, sino que se crea por los asociados que el juzgamiento también lo es" (concepto, diciembre 2 de 1966).

Y también ha dicho la Corte: "Cuando quiera que en un determinado momento el clima social de una ciudad se haya apasionado o por el carácter político del suceso o por la posición social importante tanto de la víctima como del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena administración de justicia" (mayo 7 de 1954, entre otros).

En el caso de autos no hay duda sobre la honestidad de los jueces de Popayán y así ha sido reconocido por la Procuraduría General de la Nación y proclamado por ellos, por la vocería del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

Pero también es indudable que la posición de las personas que aparecen en el proceso, comenzando por la víctima y su señor padre, las diligencias indagadas, los testigos, etc. han creado un clima social que hace aconsejable el cambio de radicación del proceso.

Los administradores de justicia de Popayán, no obstante la propia conciencia de su honestidad, o bien han solicitado directamente esa medida, como lo ha hecho el Fiscal del Juzgado Segundo Superior, o la han insinuado en forma clara y reiterada como ocurre con el Tribunal Superior.

El primero ha manifestado expresamente que la conducta asumida por el padre de la víctima y las publicaciones de "El Caleño" sin lugar a dudas han logrado perturbar el ambiente de serenidad requerido para la correcta administración de justicia y constituyen una presión indebida sobre los funcionarios que tienen a su cargo la tramitación del proceso relacionado con la muerte del doctor Hugo Bustamante Delgado".

El segundo lo ha insinuado así en forma clara e insistente que implica la conveniencia de ese cambio.

Sus apreciaciones tienen pleno respaldo en las pruebas allegadas a la petición y así lo entiende la Corte que, por tal motivo, ha de conceptuar favorablemente a lo pedido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa en forma favorable al cambio de radicación del proceso que por la muerte del doctor Hugo Bustamante Delgado se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Popayán, contra las doctoras Regina Luz Dorado Mesa y Renate Sussmann y el señor Guillermo Isaías Restrepo Gutiérrez.

Cópiese, comuníquese a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y envíensele las diligencias.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Artículo 78, causal cuarta. No constituye opinión y por lo tanto no es causal de impedimento, la declaración testimonial del funcionario sobre hechos objetivamente percibidos por éste

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 72.

Bogotá, D. E., julio 28 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha de resolver la Sala sobre el impedimento manifestado por la honorable Magistrada del Tribunal Superior de Valledupar, doctora Alix Cecilia Daza de Díaz.

Resultandos y considerandos

1. Manifiesta la doctora Daza de Díaz que se declara impedida para pronunciarse sobre apertura de la presente investigación como Magistrada ponente, a quien por reparto le correspondieron estas diligencias, en razón de haber emitido en el decurso de las mismas declaraciones juradas sobre los hechos; considera que tal situación cabe en la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en aquella declaración jurada manifestó su opinión "sobre el asunto materia del proceso".

2. Los restantes miembros de la Sala, en auto del 1º de junio pasado no aceptaron el impedimento, pues creen que aquél a que la norma procesal se refiere es el que requiere "un proceso analítico tanto del aspecto objetivo como del subjetivo acerca del hecho punible o sobre la relación jurídica que se debate", y en el presente caso la honorable Magistrada se limitó a declarar en diligencias preliminares.

3. Los hechos sobre los cuales atestiguó la honorable Magistrada tienen que ver con la denuncia presentada por el abogado Rafael González Daza contra el doctor José Amiro Araméndiz, quien en su condición de Juez Primero Civil del Circuito de Valledupar dictó resolución en la que impone a González arresto de tres días por haberle faltado al respeto, providencia que el denunciante califica de ilegal. Ocurre que luego del incidente que determinó aquella resolución, los doctores González y Araméndiz se hicieron presentes en el despacho de la Magistrada, por insinuación de aquél, y allí González le pidió al juez que lo disculpara y al no acceder el doctor Araméndiz y al manifestar que lo sancionaría, González le dijo que no respondía por lo que sucediera después. Sobre esa conversación versa la declaración rendida por la Magistrada Daza de Díaz (folio 115).

4. *Una declaración testimonial en la que el deponente se limita a exponer hechos objetivamente percibidos no constituye opinión, vale decir, concepto o apreciación que alguien se forma de una situación o acontecer cuestionables.*

Lo que ha pretendido el legislador al consagrar la opinión del juez como causal de impedimento es evitar el riesgo de un condicionamiento conceptual del funcionario que, habiendo expresado sus puntos de vista sobre determinado hecho o situación procesal en condiciones diversas de las en que le correspondería hacerlo por razón de sus funciones, haya de pronunciarse oficialmente sobre el mismo asunto; porque entonces se pone en peligro la ponderada ecuanimidad del juzgador.

Como ya se ha indicado, en el presente caso, la honorable Magistrada Daza de Díaz, no emitió concepto alguno sobre los hechos respecto de los cuales está pendiente pronunciamiento en

punto a iniciación de sumario; en su declaración se limitó a consignar escuetamente lo que recuerda de la conversación que escuchó entre los doctores González y Araméndiz.

6. Conviene precisar, además, que en el caso *sub judice* la declaración de la Magistrada que ha manifestado su impedimento no se refiere al hecho mismo que dio lugar a la presente investigación —supuesto prevaricato del juez Araméndiz al dictar la resolución en que sancionó al abogado González—, sino a la conversación que hubo entre los protagonistas después del incidente en que el juez se sintió ofendido y antes de que hubiese proferido la cuestionada resolución, por manera que respecto del asunto sobre el cual habrá de decidirse si se inicia o no sumario, ninguna opinión ha emitido la funcionaria, pues su testimonio, como se ha reiterado, no solamente resulta incidental frente al punto central de la denuncia, sino que está huérfano de concepto alguno que pudiera afectar su imparcialidad para administrar justicia en este caso.

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

Resuelve:

NO ACEPTAR el impedimento propuesto por la honorable Magistrada Alix Cecilia Daza de Díaz.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

La circunstancial posición de la Magistrada Alix Cecilia Daza de Díaz, no puede mirarse como ajena al suceso ocurrido entre los doctores González Araméndiz. Es verdad que no estuvo presente en el primer y fundamental desarrollo de aquél, pero sí en acciones posteriores, íntimamente ligados al mismo, al punto que su testimonio puede influir decisivamente sobre la valoración que corresponda asumir en cuanto al comportamiento de cada uno de sus protagonistas. El denunciado no dejará de aludir a esa segunda y final etapa y sobre ella, a no dudarlo, una referencia especial será la de la Magistrada. Si se quiere alguna clasificación se deberá decir, al menos, que es una testigo de oídas, pero testigo al fin y al cabo. Esto, como lo he sostenido en anteriores ocasiones, insinúa o realiza una doble e incompatible situación: Magistrada y declarante. No sé, cuando se trate de una ampliación del dicho de la primera, o de un careo, cómo pueda resolverse el predicamento, si se mantiene esta unidad. Y menos qué operabilidad tiene todo lo relacionado con la sana crítica del testimonio, cuando tiene que operar sobre personales percepciones y al mismo tiempo servir, esas conclusiones, para apoyar una decisión jurisdiccional. Para el suscrito hay cuestiones, y la que comento es una entre muchas, que adquieren la condición de principio, el cual, a pesar de no estar consagrado específica y casuísticamente, informa y dirige la institución y debe ser reconocido. O sea, que hay puntos iguales o superiores a los impedimentos consagrados por el Código de Procedimiento Penal, con idéntica o mayor eficacia, que no pueden desconocerse so pretexto de guardar la ley silencio al respecto. La ley los tiene por tan evidentes y necesarios al sistema que, obviamente, tiene que prescindir de enunciarlos, porque son condiciones básicas y esenciales, sin las cuales no puede funcionar el debido proceso ni menos la actividad imparcial de los organismos titulares de justicia.

Esto me lleva a disentir del proveído adoptado por mayoría, ya que entiendo que debió aceptarse el impedimento alegado, ajustando su entidad a un motivo legal valedero, para lo cual hay más de una poderosa y atendible razón.

Gustavo Gómez Velásquez.

Bogotá, 12 de agosto de 1981.

Salvamento de voto

De acuerdo con criterio compartido por el suscrito en anterior oportunidad, la circunstancia de que el juez sea testigo del hecho que posteriormente le corresponde juzgar, es fundamento suficiente para que se declare impedido, pues debe ser, al hacer esto último, absolutamente ajeno a lo que es materia del juzgamiento para poder conservar su objetividad y, por lo tanto, su imparcialidad.

La percepción (o, mejor, apercepción) de un hecho es una situación que compromete subjetivamente al juez y lo vincula así sea en forma inconsciente, a una determinada interpretación del mismo, lo que le resta objetividad.

De ahí que la doble calidad de juez y testigo, no deba ser admitida en el juzgamiento y constituya una situación antiprocesal, vedada por el artículo 26 de la Carta Política.

En el caso presente, si bien la honorable Magistrada doctora Alix Cecilia Daza de Díaz no emitió concepto acerca de los hechos sobre los cuales ha sido llamada a pronunciarse como juez, no es menos cierto que los presenció en parte importante para el juzgamiento y de ahí que considere el suscrito se encuentra impedida para llevarlo a cabo y debería ser aceptada la manifestación que ha hecho en tal sentido.

Por las razones expuestas me aparto, en forma respetuosa, del concepto mayoritario.

Luis Enrique Romero Soto.

Bogotá, agosto 3 de 1951.

VIOLACION INDIRECTA. TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

Es necesario demostrar en forma precisa el error de hecho o de derecho, y su incidencia en el fallo de condena

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 072.

Bogotá, D. E., julio 28 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 30 de agosto de 1980 confirmó, sin modificaciones, la de primer grado que había proferido el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de la misma ciudad, el 23 de junio de ese año, en cuanto condenó al procesado Alonso Marín Marín a la pena principal de cincuenta (50) meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor penalmente responsable de infracción al Decreto 1188 de 1974, de conformidad con los cargos que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal Superior interpuso el recurso de casación la defensora del procesado Alonso Marín Marín, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su apoderada presentó la correspondiente demanda, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen resumidos por el Tribunal en los siguientes términos:

"... La Policía del barrio Villa Sonia de Bogotá tenía conocimiento de que en el parque había expendedores de marihuana. El 24 de agosto de 1979 hacia las once y media de la mañana, el Jefe de la Subestación de Policía Santa Rita, Cabo José Rodolfo Bejarano, tomó una camioneta de su propiedad y, en compañía del Agente Brácidas Mahecha Arévalo, se dirigió a dicho lugar en donde observaron que el joven Alonso Marín Marín y la muchacha Rosa Helena Rodríguez Vargas, ejecutaban una serie de movimientos extraños que llamaban la atención a los transeúntes. Se acercaron a ellos y les exigieron, al varón que se dejara requisar, lo cual se hizo al parecer de manera deficiente, puesto que él conservó un cuchillo de mesa afilado, y a la mujer que exhibiera los elementos que tuviera ocultos, para lo cual le sugirieron que se quitara una maxiruana que portaba, hecho lo cual se alcanzó a ver que, de su seno salía una punta de una bolsa plástica que, al halarla, resultó ser la que contenía 37 papeletas de marihuana ...".

(Folios 40 a 41, cuaderno del Tribunal).

II. La sentencia ha sido impugnada con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual formula el siguiente cargo:

Causal primera. Cargo único. "... La sentencia impugnada viola indirectamente por aplicación indebida el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, violación en que incurrió el sentenciador a causa de errores evidentes de hecho cometidos por la errónea apreciación de una prueba ...".

"... *Demostración del cargo:* ...".

"... Es evidente que para confirmar la sentencia condenatoria de Alonso Marín Marín, el Tribunal incurrió en los errores de hecho que puntualizo a continuación y de los cuales aparecen de modo manifiesto en los autos: ...".

"... a) Dar por demostrado sin estarlo, que el condenado Alonso Marín Marín fuera el con-

cubino de la condenada Rosa Elena Rodríguez Vargas ...";

"... b) Dar por demostrado sin estarlo, que la condenada Rosa Elena Rodríguez Vargas estaba embarazada del condenado Alonso Marín Marín, desde hacía cinco meses ...";

"... c) Dar por demostrado sin estarlo, que Alonso Marín Marín, portaba las papeletas de marihuana ...".

"... No se demostró procesalmente que Alonso Marín Marín y Rosa Elena fueran concubinos, ya que no existe prueba alguna que nos dé la certeza procesal de que este hecho sea cierto, tal como lo tratan de hacer aparecer los agentes Brácidas Machecha y Arévalo, inclusive cuando la señora Judith Duque de Aristizábal que conoció a la joven desde niña, pide compasión para ella debido al desamparo en que siempre ha vivido ...".

"... Entonces, si se deduce como lo hace el Tribunal, de que los dos jóvenes vivían juntos, porque ésta manifestó a los agentes que estaba embarazada, así lo niegue como lo afirma el Tribunal, no encontramos aplazamiento de la ejecución de la pena de acuerdo con el artículo 673 del Código de Procedimiento Penal, caso aplicable cuando la mujer sentenciada le falture menos de tres (3) meses para el parto o si no hubiere transcurrido cuatro (4) meses de la fecha en que ha dado a luz, y ..., y menos si observa una concesión del beneficio de libertad provisional por este mismo hecho y menos informe del mismo establecimiento de reclusión ...".

"... En tanto el fallador no se pronuncia sobre el testimonio de los agentes que efectuaron el decomiso, los cuales sostienen enfática y reiteradamente desde un comienzo que las susodichas papeletas de marihuana fueron encontradas en poder de Rosa Elena Rodríguez Vargas, por lo tanto nos encontramos con que la prueba que se piensa que existe, esto es, la relación marital, de la cual los agentes del orden son los únicos que la sostienen en los diferentes testimonios rendidos por ellos y sobre la cual se basa fundamentalmente la sentencia condenatoria recaída en Alonso Marín Marín, la toma el fallador como único elemento de juicio, estructurando tal discernimiento como hecho que esté plenamente probado, lo cual crea, como es fácilmente entendible, una disconformidad entre los hechos declarados en la sentencia y los realmente sucedidos, esto es, la disconformidad existente entre la verdad de facto que se afirma en el fallo y la verdad material; lo cual crea un error manifiesto de hecho, por falso juicio de existencia, al apreciar una prueba imaginaria y por ende, material y procesalmente inexistente ...".

III. El Ministerio Público se ha opuesto a las pretensiones de la demandante, pues, aparte de considerar incorrectamente formulada la demanda, advierte que el Tribunal hizo un detenido examen de las pruebas, particularmente de la testimonial, que fue bien analizada y con cuyo fundamento se profirió la sentencia impugnada:

"... si se procede con prescindencia de las fallas anotadas al examen de los cargos, se llega a la conclusión de que no existen los errores manifiestos, pues aduce que el Tribunal tuvo en cuenta sustancialmente las relaciones concubinarias existentes entre los procesados y no demostradas, sin que a su patrocinado se le encontrara el estupefaciente, de lo cual deduce que los cargos en su contra no fueron comprobados; pero examinado el fallo y las pruebas aludidas, aparece que se hizo por el Tribunal un examen detenido de las mismas y se llegó a la conclusión, no sólo por afirmar tales relaciones extra-maritales, sino a través del examen cuidadoso de la prueba para concluir en el valor del dicho de los agentes, no sólo por su calidad de tales, cuando expresaron que los procesados se encontraban juntos y en poder de la mujer se hallaron las papeletas de marihuana y los demás hechos informados, sino por todas las circunstancias que rodearon sus manifestaciones y a las cuales se refiere el fallador y resultan concordantes y también por la muy escasa credibilidad que merecen los procesados, aparte de su calidad expresada, por su personalidad; y en relación con el procesado recurrente, también por sus antecedentes ...".

Considerandos

1. *La demanda, como oportunamente lo ha advertido la Procuraduría Delegada, "adolece de fallas claras, pues en primer término no señala con suficiente precisión los errores en que se incurrió por el Tribunal al apreciar las pruebas y como tampoco las normas medio desconocidas al llegar a la conclusión impugnada, aparte de que, además, incurre en impropiedad al solicitar la nulidad como conclusión, medida que no corresponde a la decisión que debe adoptarse, si se admitieren los cargos por la causal invocada";*

No expresa el demandante, en efecto, de manera clara, precisa y ordenada los fundamentos

de la violación que alega, limitándose a oponer al criterio judicial contenido en la sentencia su propia opinión personal, sin demostrar ni justificar sus apreciaciones y no obstante acusar al fallo de violación indirecta, sin acreditar que el Tribunal hubiese incurrido en error de derecho o en error de hecho manifiesto en los autos y sin precisar su incidencia en el fallo de condena, con omisión de uno de los requisitos sustanciales que a este respecto exige la ley para la prosperidad del recurso:

"... *Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos ...*".

2. Considerando, no obstante, que el objeto sustancial de las críticas que el recurrente formula a la sentencia consiste, esencialmente, en estimar que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley por indebida apreciación de la prueba con apoyo en la cual la Corporación declaró plenamente demostrada la responsabilidad penal del procesado Alonso Marín Marín, no cabe duda a la Corte que del análisis de la prueba testimonial e indiciaria existente en el proceso, frente a las reticentes actitudes del procesado se infiere, sin duda alguna, la correcta fundamentación de la providencia acusada.

Basta, con tal propósito, transcribir el acertado estudio que el Tribunal realiza en el fallo recurrido sobre este extremo, para concluir que los reparos que formula la demandante carecen en absoluto de todo fundamento legal:

"... Marín ha sido sindicado de robo agravado desde 1974, también de infracción al Decreto 1188 de 1974, de otros tres robos más e incluso de atraco (folio 71), además de que obran contra él copias auténticas de la condena de que fue objeto por parte de la Inspección Cuarta Municipal de Policía de Manizales en 1978, disposición que fue confirmada por la Gobernación de Caldas, Inspección Superior Departamental de Policía (folio 145), por el delito de robo...".

"... ... ...".

"... Marín también desconoce la bolsa que le ponen de presente porque es de manila en tanto que la otra era plástica, la que le habrían mostrado los policías al capturarlo. Admite, sin embargo, que 'en ciertas ocasiones' sí ha probado la marihuana y que la fuma por ahí una o dos veces a la semana, en tanto que en ocasiones deja un mes sin fumar. He aquí sus palabras: 'Yo la fumo porque uno se encuentra en un ambiente diferente, cuando uno está aburrido la fuma, cuando va uno a bailar, para trabajar también porque le rinde a uno más el trabajo' ...".

"... ... ...".

"... En el careo con la Rodríguez, es notable la actitud un poco pasiva de Marín ante las afirmaciones altamente imputatorias de aquélla cuando le atribuye que era él quien tenía la marihuana entre la pretina del pantalón ...".

"... ... ...".

"... el Cabo José Rodolfo Bejarano (...) informó cuanto sabía con espontaneidad y con claridad. Como si no fuera suficiente, ofrece más colaboración para confrontarse con quien sea necesario y responder por todas y cada una de sus acciones y afirmaciones. Imposible sería reproducir aquí siquiera lo esencial de esta importante exposición bajo juramento. Eso sí, nos referiremos a algunos tópicos sobresalientes: se observa en este servidor de la sociedad un ánimo desprevenido y generoso que lo lleva a acciones como poner al servicio de un operativo su propia camioneta, y dar pequeñas sumas para la curación de un capturado por razones como la de que en un hospital oficial un auxilio como éste se vuelve complicado, lo cual no pugna con la realidad porque la Policía sí tiene frecuentemente graves tropiesos con esas instituciones que alegan no tener cupos ni recursos para atender heridos ...". De ahí que conozca a los típicos atracadores, ladrones de barrio, fumadores y expendedores de marihuana, como corresponde a un buen servidor del barrio que se le tiene asignado. Cuenta Bejarano algo que es fundamental para demostrar la insinceridad de los inculpados: cuando, reunidos en la subestación los capturados por la Policía y los que lo fueron por el Ejército, según el deponente, "se trataron por sus propios nombres", deja inferir que tenían familiaridad y que no son veraces cuando, frente a frente ante el juez se atreven a decir que nunca antes se habían visto, esto concretado a los dos sindicados en este particular informativo ...".

"... Lo que pueda agregarse de otras diligencias que obran en el expediente nada cambia la esencia de este juzgamiento. Debe decirse sí que hay una postura básica y mutua de los dos sindicados, a saber, culpar el uno al otro y éste a aquél de haber tenido la droga, lo cual, a más de ser indicativo de natural egoísmo y deseo de defensa, que es un derecho, demuestra que lo que ocurrió fue que ambos, de común acuerdo y en

amplia colaboración estaban traficando con los estupefacientes ...".

(Folios 43, 44, 45 y 46, cuaderno principal).

No se advierte, en consecuencia, vistas las pruebas y su análisis por el Tribunal, que éste haya incurrido en errores manifiestos ni de hecho ni de derecho al proferir la sentencia impugnada.

No prospera, pues, el cargo.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CESACION ESPECIAL DE PROCEDIMIENTO

Artículo 5º de la Ley 22 de 1980. La indagatoria es el momento de efectiva vinculación del acusado al proceso, y no las ampliaciones de la misma, las cuales no pasan de ser un complemento de la primera. Por ende, el término señalado en el artículo 5º de la Ley 22 de 1980 se debe contar desde la fecha en que se escuchó al sindicado por primera vez en indagatoria

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 72 de 28 de julio de 1981.

Bogotá, D. E., julio 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Por vía de consulta revisa la Corte la providencia de veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín sobreseyó definitivamente en favor de Nevardo de J. Tirado Sánchez, respecto del cargo de concusión por el que viene respondiendo ante la justicia en este proceso, según hechos ocurridos cuando desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Campamento (Antioquia).

Hechos y actuación procesal

La investigación estuvo relacionada con los incidentes suscitados entre Gilberto Enrique Muñoz Blandón y Javier Darío Agudelo Londoño, derivados de una especie de contrato de aparcería celebrado entre ellos, en cuya ejecución surgieron discrepancias insalvables de carácter pecuniario que llevaron a buscarle terminación inicialmente ante la Oficina de Trabajo en el Municipio de Yarumal, luego ante la Alcaldía de Campamento y finalmente ante el Juzgado Promiscuo Municipal de esa población, en el cual las partes suscribieron un "acta de arreglo amigable" con venta a Agudelo Londoño de las mejoras que tenía Muñoz en la suma de $ 130.000, pagaderos así: $ 60.000 inicialmente y el resto en dos contados a plazos convenidos.

No obstante que Agudelo venía cumpliendo en debida forma su compromiso, Muñoz Blandón incumplió su parte, pretextando haber sido víctima de presiones indebidas por parte del juez para llegar a ese convenio.

El juez, doctor Nevardo de Jesús Tirado Sánchez, profirió un auto interlocutorio, por medio del cual "entró a decidir el proceso verbal en juicio de demanda por entrega de mejoras (folios 43 a 45 vuelto). En él, dispuso, entre otras previsiones, poner a Darío Agudelo en posesión real y material del terreno y de las mejoras, objeto del "arreglo amigable". Para el caso de que se presentare renuencia al cumplimiento de esta determinación decidió que se la haría efectiva "mediante coacción de medios policivos".

Sin esperar el vencimiento completo de los plazos que para el cumplimiento de su determinación estableció en su propia providencia, el juez practicó la diligencia de lanzamiento de la parte renuente y puso en posesión del predio y de los cultivos a Darío Agudelo.

De los diversos cargos que surgieron de la denuncia de Muñoz contra el juez y que fueron objeto de las providencias dictadas por el Tribunal Superior de Medellín y por esta Corporación (folios 217 a 231 y 241 a 255), quedó subsistente en este proceso solamente el relacionado con el constreñimiento de que se le acusó al doctor Tirado Sánchez para hacer cumplir a Gilberto Enrique Muñoz la transacción o convenio celebrado con Darío Agudelo, ya que los demás

fueron objeto, unos de sobreseimiento definitivo, otros de sobreseimiento temporal y otros de continuación de la investigación.

Respecto del cargo subsistente, en relación con el cual varió la Corte en temporal el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal, se dijo en aquella ocasión:

"Pero es conveniente que el procesado aclare el siguiente punto, acerca del cual no se lo interrogó ni él ha suministrado explicación:

"En la providencia de 20 de agosto de 1976, por medio de la cual dio por terminado, en virtud del arreglo amigable, la actuación que se venía adelantando con fundamento en la demanda que Javier Darío Agudelo Londoño había instaurado contra Gilberto Muñoz Blandón, entre otras decisiones adoptó el juzgado las siguientes: "Sexto: Póngase a partir de la fecha el término de dos días para que desocupe el señor Gilberto Muñoz Blandón y le haga entrega real y material del terreno y las mejoras a su contrincante. Séptimo: Si no se cumple lo anterior, impóngase la multa de mil pesos pagaderos en este Despacho, que en caso de incumplimiento serían convertibles en arresto. Octavo: En caso de renuencia por dos oportunidades y mediante multa convertible en arresto por no posesión real y material y de no el pago de multas, sírvase hacer efectiva ésta mediante medida policiva. Noveno: En caso de incumplimiento del numeral anterior póngase real y materialmente en posesión de lo litigado al señor Darío Agudelo Londoño mediante protección policiva" (folios 45 y vuelto).

"Como puede observarse, se necesitaba comprobar que Muñoz había sido renuente por *dos* ocasiones a la entrega de las mejoras y que no había pagado la multa o su equivalente en arresto, para poder entrar a hacer efectiva la entrega a través de medida policiva.

"La primera renuencia está comprobada y, en virtud de ella, fue sancionado con multa de mil pesos, mediante la Resolución número 002 de 30 de agosto de 1976 (folios 156 y vuelto), mas no la segunda, ni el cumplimiento de sus consecuencias.

"En esas condiciones parece que todavía no procedía decretar el lanzamiento, como lo hizo el juez por medio del auto del día siguiente (31 de agosto de 1976, folios 157 a 160), ni menos pasar a cumplirlo, como lo verificó a los tres días (3 de septiembre de 1976, folios 161 vuelto a 163).

"El exjuez Tirado Sánchez debe explicar estos hechos, al igual que el procedimiento que adoptó para ordenar el lanzamiento (folios 157 y siguientes), siendo que el juicio relacionado con las mejoras había concluido con la diligencia de transacción o arreglo amigable, y con el fin de que tenga oportunidad de hacerlo se sobreseerá temporalmente respecto de la hipótesis delictiva contemplada en el literal b) de la providencia motivo de consulta" (folios 252 a 254).

Desafortunadamente el funcionario instructor consagró su actividad a tratar de esclarecer aspectos que no eran objeto del cargo que subsiste en el proceso y fue muy poco, casi nada, lo que se indagó en relación con el mismo (folio 268).

A esta deficiencia de la instrucción y a la forma como contestó el juez a la única pregunta concreta y pertinente que se le formuló, se refiere el Tribunal en su providencia, a folios 363 y 364 en los siguientes términos:

"Con ese fin ordenó que se oyera a este señor, sobre ese tópico concreto, en ampliación de indagatoria. Por desgracia el señor juez comisionado, en lugar de ahondar en el estudio se salió del tema para desgastarse en la investigación fenecida de otras conductas. De todas maneras, el encartado inquirido sobre generalidades respondió que Agudelo se presentó a su despacho 'a solicitar el lanzamiento de Gilberto E. Muñoz B. por incumplimiento de lo transado ...'. Y más adelante, preguntado por la forma empleada por Agudelo para pedir el lanzamiento, explicó que este ciudadano solicitó tal medida en el cuerpo de la declaración en que hizo saber al Despacho la rebeldía de Muñoz B., quien había advertido que no cumplía lo tranzado, ni comparecía al despacho" (folio 262 vuelto). Al término de la ampliación el comisionado le preguntó "qué procedimiento adoptó usted para decretar el juicio de lanzamiento, siendo que el juicio relacionado con las mejoras ya había concluido", y sin el menor reato jurídico, impávidamente justificó el empleo de la justicia expeditiva que se le censuraba en el contexto de la pregunta, por el altruismo del fin: hacer respetar las decisiones de los jueces, "las providencias emitidas por un juez son para cumplirlas y hacerlas cumplir ... y no para que queden en el olvido en un folio del expediente ...".

Aunque el Tribunal no deja de reconocer que ninguna claridad se aportó en esta nueva etapa respecto de los puntos que eran objeto de la reapertura de la investigación, sobreseyó definitivamente pero en razón de motivos de inculpabilidad que estimó suficientemente acreditados.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la providencia consultada, pues "si bien el procesado obró dentro de los cánones legales no muy ajustados a los cánones procedimentales de rigor, no actuó así de mala fe sino apremiado por una situación fáctica salida de lo común y creada por el repudio que siempre tuvo para con las determinaciones judiciales el señor Muñoz Blandón, a quien nada valían y siempre estuvo presto a desconocerlas aún con peligro de la propia integridad personal del funcionario".

Como infuye la posibilidad de que pueda darse aplicación a la Ley 22 de 1980, emite no obstante su criterio adverso, basado en que si bien la diligencia de indagatoria se realizó hace más de dos años (20 de noviembre de 1978), ella fue ampliada el día 20 de junio de 1980, de donde deduce que no se reúne el requisito de orden temporal que la norma requiere, pues entiende que los dos años se deben contar no desde la fecha de la indagatoria, sino a partir de la de su ampliación.

Se considera

Encontrándose la investigación en el mismo estado de dubitación respecto de los puntos que se estimó conveniente aclarar a través de la reapertura de la misma, el camino indicado sería el de revocar el sobreseimiento definitivo para proferir, en su lugar, un segundo sobreseimiento temporal en busca de los elementos de juicio echados de menos.

No obstante, como se presentan los presupuestos requeridos para dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980 y esa decisión puede adoptarse de oficio, sin previo concepto del Ministerio Público y aún en segunda instancia, será ésta la determinación que se tomará.

Al doctor Nevardo de Jesús Tirado Sánchez se le escuchó en indagatoria el día veinte (20) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) —folio 71 del cuaderno principal— y desde entonces a la fecha han transcurrido más de dos años sin que se hubiere dictado en contra suya auto de detención ni existe mérito para proferirlo. Se cumplen así los requisitos exigidos por la Ley 22 de 1980, en su artículo 5º, para ordenar la cesación de todo procedimiento contra el acusado, pues ese término se debe contar desde la fecha en que se le escuchó por primera vez en indagatoria.

Es ese, en realidad, el momento de su efectiva vinculación al proceso, no el de las ampliaciones de la misma, que así las llame la ley nuevas indagatorias (artículo 383 del Código de Procedimiento Penal), no pasan de ser un complemento de la inicial.

El espíritu de la norma es el de disponer que, si desde el momento de la vinculación del sindicado por medio de la indagatoria, han transcurrido más de dos años sin que se hubiere dictado contra él auto de detención ni existiere mérito para hacerlo, se decrete la cesación de todo procedimiento, pues se está evidenciando así que los elementos de incriminación que sirvieron para llamarlo a rendir indagatoria (artículo 381 del Código de Procedimiento Penal), se desvirtuaron o no han logrado acentuar su fuerza de convicción, destacándose por tanto una situación estacionaria respecto del posible éxito investigativo.

La interpretación contraria de la norma llevaría a situaciones aberrantes como la de llamar, por vía de ejemplo, al sindicado, un día antes del vencimiento del período de los dos años, a ampliar su indagatoria inicial, para establecer, supongámoslo, hechos insustanciales, con lo cual se determinaría fatalmente la iniciación de un nuevo lapso de dos años, con desconocimiento del espíritu de la ley y de los objetivos y propósitos que persiguió el legislador al expedirla, sin que se pueda recurrir, pues la norma no lo autoriza, a calificar la importancia del objeto de la ampliación, como para decir que si éste fue de trascendencia se inició un nuevo período bienal y si no lo fue, los dos años se cuentan desde la indagatoria inicial.

Al no haber indicado la ley si ese bienio se contabiliza desde la indagatoria inicial o desde las ampliaciones de la misma, las que lógicamente se producen con posterioridad a aquélla, habiéndose limitado únicamente a hacer la referencia a la fecha en que la persona "fue oída en indagatoria", ha de entenderse que se trata de una alusión a lo general, no a lo especial o particular, que vienen a ser las ampliaciones que pueden o no presentarse. Si no se atiende a la norma general, se complica aún más la situación si hubo careos, pues cuando uno de los confrontados es el sindicado, su situación tiene que considerarse como una ampliación de indagatoria, pues participa de la naturaleza de ésta.

En cuanto al momento procesal indicado para la aplicación de la Ley 22, se reproduce lo que dijo la Sala en auto de doce de junio del pre-

sente año, cuando resolvió como juez de segunda instancia, un caso con apoyo en dicha norma:

"Como los efectos que produce la aplicación de la norma en comento son idénticos a los que se siguen cuando se acude al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, valen las apreciaciones que en auto de trece (13) de mayo del presente año hizo la Sala para predicar la tesis de que puede ser aplicada en el momento en que se presente la causal que la justifique, y ha de serlo por el funcionario competente que entonces tenga a su conocimiento el negocio. A este respecto dijo la Sala: la amplitud de criterio que recoge la providencia transcrita, consulta los elevados fines que persigue este medio extraordinario de fenecimiento de la acción penal, que no son otros que los de no dilatar innecesariamente la decisión de una situación jurídica generada en una causa que no existió o dejó de tener vigencia. Potísimas razones de justicia y también de economía procesal prestan sólido respaldo a esta posición.

"Además, la objeción que podría resultar de la preterminación de la instancia, se obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico de las decisiones del inferior en orden a entrendar posibles desaciertos, quedan asegurados, hay que presumirlo, cuando es el máximo organismo judicial el que conocer" ... "Debe, por tanto, resolverse acerca de la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, y ha de hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio".

"Se hizo la consideración anterior para acentuar que se está en momento procesal idóneo para la decisión que va a tomarse y a fin de despejar la inquietud que pudiera surgir en cuanto a la preterminación de una instancia, ya que la Ley 22 de 1980, artículo 5º, reserva, en cabeza del Ministerio Público y del denunciante o querellante, los recursos ordinarios contra la providencia que se profiera con base en ella".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, REVOCA el auto recurrido y, en su lugar, ordena, con fundamento en la Ley 22 de 1980, artículo 5º, la cesación de todo procedimiento contra el doctor Nevardo de Jesús Tirado Sánchez, ex Juez Promiscuo Municipal de Campamento (Antioquia), en razón del cargo por el que quedó respondiendo en el presente proceso y a que se refiere la parte motiva de esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, se dispone remitir las diligencias al Tribunal de origen con el fin de que proceda al archivo del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Nos apartamos del criterio de la mayoría en cuanto considera que el término de dos años a que se refiere el artículo 5º de la Ley 22 de 1980, debe contarse siempre a partir de la diligencia inicial de indagatoria cuando se han practicado una o varias ampliaciones de la misma.

Consideramos, en cambio que la dicha diligencia de ampliación es sustancialmente la misma de indagatoria cuando versa sobre los hechos que se investigan para determinar su real existencia y la situación jurídica del indagado en relación con ellos.

La razón de ser de la Ley 22 de 1980 en relación con estas cesaciones especiales de procedimiento, no fue otra que la de evitar que sigan adelantándose procesos respecto de los cuales no hay posibilidad de éxito investigativo.

En el presente caso era tan importante la diligencia de ampliación que la propia Sala dispuso su realización con el fin de precisar hechos indispensables para la calificación del mérito del sumario; por eso tal ampliación hace parte esencial de la primera diligencia indagatoria y, consecuencialmente, a partir de la fecha de su verificación ha de contarse el término de dos años.

El argumento de que el careo habría de considerarse también como ampliación de indagatoria no es, en todo caso, válido porque es esta básicamente una diligencia de confrontación entre versiones diversas o contrarias sobre unos mismos hechos.

Dante Luis Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía.

POLICIA JUDICIAL. VERSION DEL PROCESADO

Artículo 289 del Código de Procedimiento Penal. No existe norma que exija que el procesado, al rendir su versión libre y espontánea ante la Policía Judicial, deba estar, necesariamente, asistido por apoderado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 73.

Bogotá, D. E., julio 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha de resolver la Sala sobre iniciación de sumario en relación con la denuncia formulada por Víctor Betancourt Pussine y Orlando Cercano Santoya contra el señor Procurador Regional de Sucre.

Resultandos y considerandos

1. En la denuncia se le hacen al doctor Enrique Alvarez Vargas, en su condición de Procurador Regional del Departamento de Sucre cuatro cargos, así:

a) Haber dado instrucciones al Comandante del IV Distrito de Policía Sucre para que rindiera un informe sobre decomiso de sustancias estupefacientes, armas y vehículos y sobre la captura de 18 personas;

b) Haberse practicado diligencia de identificación pericial de la marihuana decomisada (más de doce mil libras) sin la presencia de los capturados;

c) Haber tolerado la suspensión de una diligencia de inspección judicial e incineración del estupefaciente decomisado, y

d) Haber permitido que las diligencias de interrogatorio practicadas por la policía judicial a los capturados se realizaran sin la presencia de apoderados.

2. Durante el desarrollo de las diligencias preliminares dispuestas oportunamente, se allegaron los siguientes documentos:

a) Acta de posesión del doctor Enrique Alvarez Vargas como Procurador Regional de Sincelejo (folio 38);

b) Fotocopia del informe número 665 del 7 de noviembre de 1980, rendido por el Comandante del IV Distrito de Policía Sucre sobre decomiso de estupefacientes, armas, vehículos y captura de personas (folios 7 a 9);

c) Fotocopia de una constancia sobre examen técnico de marihuana (folio 10);

d) Fotocopia de un auto del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Sincelejo, sobre señalamiento de nueva fecha para la práctica de diligencia de inspección judicial e incineración de marihuana (folio 11);

e) Fotocopia de la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestra, prueba de campo e incineración de marihuana realizada por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Sincelejo (folios 13 a 17), y

f) Fotocopias de las versiones rendidas ante la policía judicial por las personas capturadas en el operativo de que da cuenta el informe indicado en el literal b) de este acápite.

3. Del examen de tales documentos en relación con cada uno de los hechos denunciados, se desprende lo siguiente:

a) Al finalizar su informe rendido al "Juez Penal Municipal en Turno", el Comandante de Policía Judicial dice que lo hace "en cumplimiento a las instrucciones recibidas por el señor Procurador Regional. Consideran los denuncian-

tes que el Procurador actuó ilegalmente al dar instrucciones para remitir las diligencias a un Juez Municipal en vez de hacerlo a un Juez de Instrucción Criminal y a uno militar por el supuesto delito de porte ilegal de armas.

Cree la Sala que ningún delito ha cometido el Procurador en este caso: las "instrucciones" vagamente mencionadas por el Comandante en su informe parecen referirse a las que por modo general y en virtud de las atribuciones señaladas en el numeral 2º del artículo 32 del Decreto 521 de 1971, imparten los Procuradores de Distrito a la Policía Judicial para el mejor desempeño de sus funciones.

El envío que hiciera el Comandante de Policía Judicial de San Marcos al Juez Penal Municipal reparto de Sincelejo, de informe y diligencias practicadas y no a los Jueces de Instrucción Criminal, es hecho no imputable al señor Procurador Regional, que, por lo demás, no afectó la investigación, pues que ello pasó prontamente al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Sincelejo, funcionario éste que compulsó también oportunamente copias a la jurisdicción penal militar para la investigación de supuesto delito de porte ilegal de armas.

b) La diligencia de inspección judicial y toma de muestras de la marihuana decomisada, conforme al artículo 71 del Decreto 1188 de 1974 no exige la presencia de quienes hayan sido capturados por tal hecho: lo que dice la norma es que el acta respectiva se firmará "por quienes en ella hayan intervenido". Y en cuanto a la diligencia en que la Policía Judicial haga constar el decomiso e identificación de estupefacientes, ella sí ha de hacerse con la presencia de las personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga (artículo 70 ibídem), pero como ella se practicó en este caso en zona rural, no requería la presencia del Ministerio Público, ni de ella hay constancia.

En todo caso, cualquiera sea la diligencia a que se refieren los denunciantes, lo evidente es que el señor Procurador, nada tuvo que ver con la no presencia en ella de los capturados, y por lo mismo, este hecho tampoco amerita investigación penal.

c) Es el juez a cuyo cargo está la práctica de una diligencia judicial, quien decide si puede practicarse o la de suspenderse, no el Agente del Ministerio Público; en el caso planteado por los denunciantes ellos mismos admiten que hubo algún inconveniente —que consideran trivial— para su no realización en la fecha inicialmente prevista; consta en autos el informe secretarial respectivo y el auto del juzgado en que señala nueva fecha, determinación ésta en la que, como ya se indicó, ninguna injerencia legal tenía el funcionario denunciado. Resulta, entonces, ostensible que esta acusación debe desecharse también.

d) *Entre las atribuciones que el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal otorga a la Policía Judicial está la de "recibir por escrito y con fidelidad la versión que libre y espontáneamente quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras personas"; no se indica allí ni en otra norma que en tal diligencia deba ser asistido por apoderado; tampoco es necesaria la presencia del Ministerio Público, aunque si lo hace, como en el presente caso, no realiza acción reprochable; pudiera pensarse, más bien, que es garantía de imparcialidad y de respeto en las relaciones entre Policía Judicial y capturado. Por tales razones, esta acusación tampoco permite acción penal.*

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

Resuelve:

ABSTENERSE de iniciar sumario por los hechos denunciados y examinados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXAMEN MEDICO PSIQUIATRICO DEL PROCESADO

No puede decretarse con base en simples conjeturas sobre el trastorno mental del acusado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26709.

Aprobado: Acta número 73.

Bogotá, D. E., julio 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación del procesado Plutarco Guerrero Leal, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 24 de octubre de 1980, mediante la cual confirmó la del Juzgado Dieciséis Superior de esta capital que lo condenó a la pena principal de 16 años de presidio, a las accesorias de rigor y a la indemnización de los perjuicios causados, como responsable del delito de homicidio agravado en José Izquizamón y de robo agravado en bienes de Jorge Enrique Caldas Ordóñez, según hechos ocurridos el día 7 de diciembre de 1975, en jurisdicción del Municipio de La Vega (Cundinamarca).

Hechos

El Tribunal los dejó resumidos de la siguiente manera:

"... El siete de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, en la finca 'Puente Azul', ubicada en la vereda 'La Cabaña', jurisdicción del Municipio de La Vega, fue muerto violentamente José Izquizamón, administrador del inmueble mencionado cuyo propietario es el señor Jorge Enrique Caldas Ordóñez, quien diera aviso al Alcalde del lugar, agregando que además del execrable crimen habían sido robados de su quinta varios objetos, entre otros una carabina guacharaca de dieciocho tiros, un revólver Smith & Wesson calibre 32 largo, un reloj despertador, una linterna grande de dos pilas, cuatro toallas grandes, seis sábanas, varias fundas, tres maletas, una cámara fotográfica, varias prendas de vestir y las llaves de la casa, manifestando a la vez que sospechaba de un antiguo trabajador suyo llamado Plutarco Guerrero Leal, puesto que en una de las habitaciones de la quinta y cerca a un armario que fuera violentado, fue hallada una peinilla de propiedad del citado Guerrero Leal, la cual había llevado consigo al dejar su trabajo el 29 de noviembre anterior ...".

La demanda

Con fundamento en la causal cuarta de casación (artículo 580-1) del Código de Procedimiento Penal) se le formula a la sentencia un sólo cargo de nulidad, por considerar el recurrente que se violaron las formas propias del juicio, según el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues habiendo mérito para ello los falladores no ordenaron el examen médico legal con el fin de determinar la validez del juicio de imputabilidad, ya que "... era necesario dejar establecido, previamente, si el procesado era normal o estaba dentro de los supuestos del artículo 29 del Código Penal anterior, que corresponde al 31 del Código Penal actual ... Al dictarse auto de proceder con semejante vacío en el sumario, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto a la plenitud de las formas propias del juicio y se generó una nulidad que afectó la validez del juicio posterior y consiguientemente la sentencia ...".

Fundamenta el censor su reproche en que el procesado en una ampliación de indagatoria dijo: "... era que yo estaba borracho, porque en Bogotá había comprado una botella de aguar-

diente y por el camino me la tomé, y por eso hice yo eso, porque al tomar licor pierdo la cabeza ...", y, posteriormente, en la audiencia pública ratificó esa situación.

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal para solicitarle a la Corte que deseche el recurso, entre otras razones aduce:

"... no basta cualquier información o afirmación no demostrada para concluir en la invalidez de la tramitación por tal motivo, cuando el proceso no la ratifica en forma alguna y por el contrario permite llegar a conclusión contraria.

"Así ocurre en este caso; pues en primer término se advierte que a través de sus diferentes intervenciones procesales, en los interrogatorios que se le formularon, el procesado aparece como una persona sana de mente; y lo mismo revelan sus actuaciones, la forma como cumplió los hechos, su posición ante los interrogatorios, la forma como inicialmente trató de eludir los resultados de la investigación y ocultar los objetos producto de su delito; por demás, sólo con posterioridad hizo alusión a la perturbación que le ocasionaba el licor y cuando ya había dado explicaciones claras y suficientemente comprobadas en cuanto a la forma como se desarrollaron los hechos.

"Tampoco conduce a tal resultado o conclusión, el análisis de la forma como el procesado ideó la comisión de los delitos; por cuanto éstos fueron objeto de premeditación como lo dice el fallo impugnado, al trasladarse a la población y al predio en donde había trabajado, hablar con el encargado de su vigilancia a quien conocía, atacarlo y apoderarse de los objetos, para después distribuir éstos, para su ocultamiento entre su residencia en Bogotá y la de sus padres en otro municipio distante de Cundinamarca, lo cual conduce a deducir su personalidad peligrosa, que debe tenerse en cuenta para todos los efectos ...".

Se considera

No cabe la menor duda que el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal a que alude el recurrente como uno de los fundamentos normativos del cargo único que le hace a la sentencia por la vía de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), ordena en su primer inciso:

"... Desde el momento mismo de la captura, y tan pronto como el funcionario de Policía Judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenará su examen por los peritos médicos ...".

Esto no significa que a todo procesado se le deba someter a un examen médico psiquiátrico. No. La norma lo dispone en presencia de indicios serios de que el acusado padece de un trastorno mental. No es, pues, suficiente una simple afirmación o información carentes de credibilidad o de respaldo procesal para ordenar esa peritación.

En el caso que se examina, el procesado, en su primera indagatoria, dijo: "no he sido loco ni mi familia"; sin embargo, en una posterior ampliación expresó: "al tomar licor pierdo la cabeza"; de aquí en adelante empieza a hacer aseveraciones por el estilo, precisamente cuando se percata que después de la confesión que hizo del delito no tenía otra salida.

Si a esta postura defensiva del procesado se suma el hecho de que ninguna prueba respalda su afirmación, resulta difícil darle credibilidad y se entiende así la razón que tuvieron los falladores de las instancias para no aplicar, en su caso, el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, como si ésto fuera insuficiente, de la forma lúcida como el acusado se ha comportado a lo largo del proceso y de la manera como realizó el hecho, premeditándolo y tratando luego de ocultar hábilmente su producto, se llega a la conclusión inequívoca de que no han existido bases para el examen médico, ahora reclamado.

En consecuencia, si en ningún momento hubo indicios serios de anormalidad psíquica en el procesado, mal puede alegarse que se han omitido formalidades propias del juicio y que, por ende, la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad de rango constitucional, lo que además sería absurdo, pues la calidad de sujeto imputable que se deriva de su actuar permanece intacta.

En fuerza de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, el 24 de octubre de 1980, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTOS MULTIPLES

Diferencias entre el veredicto contradictorio y el contraevidente. Por regla general no puede predicarse contradicción o inexistencia entre respuestas de un veredicto múltiple

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26641.

Aprobado: Acta número 73.

Bogotá, D. E., julio 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Se procede a resolver el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el procesado Pedro Vega Barragán contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 9 de septiembre de 1980, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Once Superior de esta capital que lo condenó a la pena principal de ocho (8) años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Humberto Fermín Suárez Torres y a las accesorias de rigor, absolviéndolo, finalmente, por el de lesiones personales en la esposa de ésto, Lilia Anatilde Pérez de Suárez.

Hechos

Como Bertilda Suárez Pérez recibía malos tratos de su concubino Pedro Vega Barragán, los padres de aquélla se quejaban con frecuencia de la actitud de éste, quien, por tal motivo, el día 2 de julio de 1978, en la carrera 3ª Este número 1-61 de esta ciudad, los agredió, al parecer con el concurso de otros, lesionándolos, a ambos, pero causándole la muerte a uno de ellos.

El juzgado del conocimiento, al acoger el veredicto del jurado de conciencia, condenó al procesado Pedro Vega Barragán por el delito de homicidio en Humberto Fermín Suárez Torres y lo absolvió por el de lesiones personales en la esposa de éste. Resolución que confirmó íntegralmente el Tribunal Superior.

La demanda

El recurrente lo hace, con fundamento en la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), un cargo único a la sentencia de segundo grado consistente en que se dictó un proceso viciado de nulidad, pues estima que el juzgador violó las formas propias del juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional) al edificarla sobre veredictos que resultaron contradictorios entre sí.

Para demostrar su aserto, expresa:

"... En efecto la primera cuestión sometida a la consideración del jurado de conciencia, preguntaba sobre la responsabilidad que le cupiera a Pedro Vega Barragán en la muerte de Humberto Fermín Suárez, mediante herida causada con arma cortopunzante a las 4 p. m. del día 2 de julio de 1978.

"La segunda cuestión hacia alusión a la responsabilidad que le cupiera al mismo procesado Pedro Vega Barragán en la herida causada con arma cortopunzante a Lilia Anatilde Pérez Cepeda.

"El juzgado de conciencia al contestar los cuestionarios aludidos declaró responsable al procesado por mayoría de votos en relación con el homicidio ocurrido en circunstancias operativamente idénticas a las lesiones relacionadas en el cuestionario segundo, el cual fue respondido por unanimidad por los jueces de conciencia en forma negativa.

"Si bien es verdad que individualmente considerados los veredictos emitidos por el *juri* no

presentan contradicción, estudiados a la luz del proceso integral se encuentra que uno con otro tienen enorme contradicción, pues si los hechos ocurrieron en idénticas circunstancias de tiempo, modo y lugar, el resultado jurídico debiera ser el mismo, cualquiera que él fuera, ratificando de esta manera que a mismas cuestiones de hecho, iguales soluciones de derecho.

"Al ser admitida en la sentencia la situación contradictoria de los veredictos se ha violado disposiciones propias del juicio, pues sabido es que la sentencia no puede dictarse sobre la base de veredictos contradictorios. La afirmación de responsabilidad para el homicidio y la negación de la misma para las lesiones personales, entrañan bases sobre las cuales se puede afirmar que existen disposiciones contrarias que impiden el pronunciamiento de un fallo de carácter definitivo ...".

Finaliza pidiendo a la Corte que invalide la sentencia y dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 580-3 del Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio Público

Opina el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que la impugnación propuesta no está llamada a prosperar, pues advierte:

"La responsabilidad penal, es pues, esencialmente individual, por cuanto cada hecho delictivo tiene su propia autonomía y ocurre dentro de circunstancias diversas. Sería absurdo, por lo tanto, que ante un llamamiento a juicio plural, bien por el número de autores, bien por el número de ilícitos, o por la continuación de estos factores, tuviera que exigirse que todas las respuestas fueran necesariamente absolutorias o todas de carácter condenatorio. Ello iría en detrimento de la lógica y de la equidad y de contera, contra la autonomía que tiene el jurado para evaluar los hechos que le corresponde juzgar.

"De manera que en el caso presente el jurado se limitó al ejercicio de la facultad legal que le corresponde con gran sentido de equidad a pesar de la perfunctoria actuación del Fiscal en la audiencia, sin que siquiera pueda hablarse de una informalidad de importancia menor ...".

Se considera

Mediante auto calificatorio, cuya ejecutoria se surtió en el juzgado del conocimiento, Pedro Vega Barragán fue llamado a responder en juicio ante jurado como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, en Humberto Fermín Suárez Torres y Lilia Anatilde Pérez Cepeda, respectivamente y en concurso material de infracciones. En el mismo pronunciamiento fueron sobreseídos temporalmente Manuel Vega Barragán y en forma definitiva Misael Vega.

Los cuestionarios se elaboraron de conformidad con el pliego de cargos y el jurado respondió afirmativamente y por mayoría de votos el referido al delito de homicidio en Humberto Fermín Suárez Torres, y negativamente, por unanimidad, el relativo al delito de lesiones personales en Lilia Anatilde Pérez Cepeda.

Este resultado, acogido sin reservas por los falladores en ambas instancias, permitió al recurrente impugnar la sentencia como dictada en juicio viciado de nulidad supralegal, al aducir que las dos respuestas que emitió el jurado de conciencia se contradicen entre sí y que, por consiguiente, no teniendo ellas existencia jurídica, mal podía sobre su inexistencia edificarse el fallo que puso fin a este proceso.

Se plantea en esta forma el problema de los veredictos múltiples, o sea, de aquellos donde el jurado debe contestar varios cuestionarios, emitiendo, en consecuencia, una respuesta para cada uno de ellos.

Se sostiene por algunos que en esta clase de veredictos se puede dar la contradicción de unas respuestas con otras, llegándose, por este modo, a la inexistencia del fallo del jurado. En cambio, hay otros que sólo admiten la contradicción del veredicto cuando ésta se presenta en los términos mismos de cada respuesta, es decir, cuando aparecen en ella proposiciones que se excluyen o anulan entre sí.

La Corte ha participado de ambos criterios, pero, hasta ahora, sin la pretensión de definir este asunto.

No cabe duda que cuando el veredicto está conformado por una sola respuesta, el fenómeno de la inexistencia por contradicción sólo puede darse entre las proposiciones que literalmente lo integran.

Por regla general, no se puede predicar contradicción o inexistencia entre respuestas de un veredicto múltiple, en atención a las siguientes razones:

Son principios jurídicos incontrovertibles que cada delito, por sí mismo, genera responsabili-

dad penal salvo sus excepciones legales y que la responsabilidad del procesado es personal e intransmisible. Tales postulados, de alcance universal, constituyen el fundamento de los artículos 533, 535 y 537 del Código de Procedimiento Penal que regula los cuestionarios y el veredicto en los juicios con intervención del jurado.

Entonces, si cada delito genera responsabilidad penal para su autor, salvo las excepciones legales, resulta normal que el jurado dé una respuesta absolutoria cuando reconoce algunas de esas excepciones o cuando estima que el delito no se configuró; del mismo modo, resulta correcto que el jurado emita una respuesta de igual tenor cuando considera que el procesado no fue el autor del ilícito.

En este orden de ideas, ni las relaciones lógico-jurídicas de delito a delito, en el concurso de infracciones, ni las relaciones psíquico-jurídicas de persona a persona, en el concurso de personas, pueden servir, de quebrantarse por las respuestas del jurado, para fundar un criterio de contradicción porque, por encima de ellas, se impone la autonomía del delito y la imputación de la responsabilidad a título personal.

Si esto es inobjetable, fuerza concluir que en los veredictos múltiples la contradicción que suele presentarse entre algunas de las respuestas que lo conforman no es real, debido a que los principios de autonomía de los delitos y de la responsabilidad, al parecer, no la consienten.

Con frecuencia los falladores confunden lo contradictorio con lo contraevidente. La contradicción supone la existencia del ser y de su no ser a un mismo tiempo; en cambio, la contraevidencia constituye una disconformidad entre la causa y el resultado. Lo primero, implica la destrucción del ser, o sea, su inexistencia; lo segundo, comporta la malformación del deber ser, es decir, su injusticia.

En síntesis: hay contradicción cuando el ser se niega a sí mismo y contraevidencia cuando se quiebra la relación causal. Lo primero acontece cuando el veredicto se destruye por sí mismo; lo segundo, sucede cuando el veredicto se opone a la realidad demostrada en el proceso.

Aunque el Procurador cae en la confusión anotada, su concepto permite concluir que si el veredicto de autos no es ni siquiera contraevidente, menos puede hablarse de que es contradictorio como en vano lo pretende el demandante.

Dice así el Ministerio Público:

"No es acertado afirmar que los veredictos proferidos en esta causa son contradictorios, por el hecho de haberse condenado por el homicidio y absuelto por las lesiones, pues la prueba aportada permitía válidamente llegar a esta conclusión, ya que no existía duda alguna sobre la circunstancia de que el procesado apuñaleó injustificadamente a la persona que posteriormente resultó muerta, mientras que existían dudas razonables sobre la autoría de las lesiones, ya que ellas fueron ocasionadas con arma contundente, y, además, porque en el sumario se planteó, con visos de credibilidad, la intervención de un hermano del condenado que bien pudo ser el autor de tales lesiones. En estas condiciones no es contradictoria la respuesta dada por el jurado de conciencia y, por lo tanto, ninguna tacha puede hacerse por este aspecto al proceso que ahora se revisa . . . ".

Finalmente, hay que admitir que la demanda no está llamada a prosperar por falta de técnica porque el cargo único que ella contiene debió de ser propuesto por la causal tercera de casación (artículo 580-3 del Código de Procedimiento Penal).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de septiembre de 1980 y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

No estoy de acuerdo con un aspecto fundamental de la parte motiva de la providencia. Enuncio, simplemente, la cuestión y los reparos:

La tesis relacionada con la contradicción de los veredictos múltiples no tiene un desarrollo acertado y propicia confusión doctrinaria.

El criterio hoy predominante es el de admitir como realidad jurídica el que los veredictos múltiples, cuando deben correlacionarse, pueden presentar contradicción y convertirse en actos inadmisibles por su mutua incompatibilidad. Es la interpretación más correcta, que merece ser acatada no por vía de excepción ("por regla general, no se puede predicar contradicción o inexistencia entre respuestas de un veredicto múltiple") sino como principio igualmente general. Tanta entidad, consistencia y frecuencia tiene la contradicción de los veredictos múltiples como la del veredicto único. Cuando se dan los factores propios a su reconocimiento una y otra eventualidad tienen igual categoría, igual tratamiento e igual efecto.

Aparenta ser, como lo sostiene el fallo, una situación de contraevidencia que no se reconoció oportunamente. Aquí es donde se da lamentable yerro de apreciación, pues los fenómenos contraevidencia y contradicción son totalmente diversos y ofrecen, por tanto consecuencias diferentes. Basta considerar que cuando se trata de contradicción no existe veredicto, imponiéndose la repetición del juzgamiento cuantas veces sea necesaria hasta obtenerse el que tenga validez y sirva de fundamento a una sentencia. En veredictos múltiples la contradicción no puede remediarse por la contraevidencia porque sería tanto como dar eficacia a uno de ellos y conceder una prevalencia. Esto es un imposible jurídico en la contradicción de las respuestas. Cuando estas pugnan entre sí no es dable admitir una y rechazar otra, sino entender que ambas, simultáneamente, se destruyen, debiéndose buscar su esclarecimiento múltiple mediante la nueva intervención del jurado, que tendrá que ocuparse de toda la materia cubierta por los veredictos contradictorios. Si, por ejemplo, el veredicto A es contradictorio con el veredicto B, no puede entenderse que uno de los dos exista y el otro desaparezca (este resultado sólo es propio de la contraevidencia), sino que ambos se destruyen. Esta es una fundamental diferencia que la tesis adoptada por mayoría olvida tratar.

También es defectuoso el presupuesto sobre el cual se monta el raciocinio de la mayoría de la Sala. Se basa en la autonomía del delito y de la responsabilidad.

Esto es cierto, y con la certidumbre de las pregrulladas, cuando se trata de un solo hecho, un solo procesado que da origen a un solo proceso, a una sola cuestión, a un solo veredicto y a una sentencia de contenido singular. Pero pierde toda consideración cuando se trata de un hecho con varios procesados, o varios hechos con un procesado, o varios hechos con varios procesados, o cuando aparecen fenómenos de conexidad o de acumulación de causas. En estos casos como la justicia de la sentencia (que es lo que importa) tiene que recoger múltiples asuntos y los mismos deben guardar absoluta armonía, ya lo de la autonomía del delito y la intransferibilidad de la responsabilidad, que buscan otros objetivos, deja de tener esa individualizada trascendencia. Si los hechos, v. gr., por su conexidad o por la acumulación de causas, no pueden dar lugar a pronunciamientos contradictorios, es evidente la correlación íntima de las respuestas y la necesaria unidad de la sentencia. De donde se ve que la autonomía y la personalidad de la responsabilidad no se quebrantan y su alcance no se proyecta en el sentido indicado por la Sala. Es una cuestión desvirtuada en su naturaleza y efectos. O mejor, un principio llevado a órbita extraña, en donde no juega rol alguno.

Los ejemplos abundan, máxime cuando el jurado suele dar respuestas inopinadas y que ofenden la más elemental lógica. No es raro que reconozca, para un procesado, la responsabilidad compartida con otros y que para otro procesado se admita su exclusiva responsabilidad (señorío de toda la acción). En las agravantes, en los concursos, etc., se encuentran casos que la praxis judicial ha solucionado con la tesis comentada.

En la veredicción única suele ser más expedito el análisis para llegar a destacar una contradicción en sus términos. Pero esta facilidad no es razón para clasificaciones, ni para volver regla general lo que no es, porque cuando se trata de veredictos múltiples, este aspecto también constituye una idéntica regla general. Insisto, así mismo, en que no puede hablarse del fenómeno de la contraevidencia porque éste parte de la base de la existencia de un veredicto, aunque pugne con la realidad probatoria. En cambio en el veredicto contradictorio, único o múltiple, la veredicción no existe.

No hay que minimizar la entidad del veredicto contradictorio en respuestas múltiples, ni su utilidad para evitar injusticias o sentencias inarmónicas en su contenido total.

Por esto me separo de la opinión de mayoría sobre el analizado tema.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

Bogotá, D. E., agosto 8 de 1981.

DERECHO DE DEFENSA

Esta nulidad sólo es procedente en ausencia de una verdadera función defensiva, que no se presenta cuando, por ausencia transitoria del defensor, el procesado es asistido por persona legalmente hábil, que desempeña a cabalidad su cometido

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 73, julio 30 de 1981.

Bogotá, D. E., julio 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Víctor León Mendoza.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Fabio Sanín Urrea Beltrán y su apoderado, en el proceso que se siguió al primero de los nombrados por el delito de homicidio y que culminó con sentencia condenatoria dictada por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, de fecha 18 de octubre de 1978, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior Militar modificándolo en el sentido de imponer a Urrea Beltrán ocho (8) años y seis (6) meses de presidio y condenar en abstracto al pago de los perjuicios, providencia ésta que fue objeto del recurso extraordinario referido, el cual fue concedido por el Tribunal Militar y declarado admisible por esta Sala, por lo que, agotado el trámite de rigor, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Tuvieron ocurrencia aquéllos en el sitio denominado "Casa de Teja", vereda del Sagrado Corazón en jurisdicción del Municipio de Ubalá (Cundinamarca), el día diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y ocho y pueden sintetizarse expresando que en el día mencionado en el lugar dicho, tuvieron un encuentro inamistoso por diferencias de predios, Fabio Sanín Urrea Beltrán y Sabaraín Rodríguez Cortés, causándole el primero la muerte al segundo como consecuencia de la herida cortopunzante que le propinó en la "región torácica, línea axilar anterior, borde inferior, segundo arco intercostal izquierdo".

En cuanto a la actuación procesal, la Alcaldía Municipal de Ubalá adelantó las primeras diligencias, las cuales remitió al Juez Promiscuo Municipal, quien dispuso la apertura de la investigación, practicó numerosas pruebas y finalmente pasó el proceso al Comando del Batallón de Ingenieros número 1 "Antonio Baraya", juzgado de primera instancia, por competencia, a solicitud de éste.

Adelantado el sumario por la jurisdicción militar, se procedió a convocar Consejo de Guerra Verbal para que "por el procedimiento que le es propio, juzgue en presencia al soldado del Ejército Nacional Fabio Sanín Urrea Beltrán, por el delito común de *homicidio* definido y sancionado en el Código Penal Colombiano, Libro II, Título XV, Capítulo I, artículo 362, en la humanidad del particular Sabaraín Rodríguez Cortés".

Dicho Consejo Verbal se celebró el 9 de octubre de 1978 y en él se sometió a los vocales el siguiente cuestionario:

"*El acusado presente, soldado del Ejército Nacional, Fabio Sanín Edilberto Urrea Beltrán,* natural de Gama, vereda de Guavio (Cundinamarca), soltero, hijo de Félix y Rosa María, de veintiún años de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 261594 de Gama y demás anotaciones civiles y personales conocidas en su injurada, ¿es *responsable sí o no* de haber ocasionado la muerte violenta con el propósito

de matar, con arma cortopunzante que le afectó órganos vitales del cuerpo al particular Sabaraín Rodríguez Cortés en hechos sucedidos en la vereda Sagrado Corazón, jurisdicción de Ubalá (Cundinamarca), sitio denominado Casa de Teja, en las horas de la tarde del día diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y ocho (1978)?".

El veredicto fue condenatorio, por mayoría de votos.

En el Consejo de Guerra Verbal el procesado estuvo asistido por el Subteniente del Ejército Nacional Alfonso Luna Geller, designado por el Presidente del Consejo de Guerra, luego de infructuosa localización del doctor Edmundo del Castillo Córdoba, quien venía representando a Urrea Beltrán. El procesado y su defensor, apelaron el fallo condenatorio que en consonancia con el veredicto dictó el Presidente del Consejo de Guerra Verbal. La personería del procesado estuvo a cargo del doctor Edmundo del Castillo Córdoba, luego de interpuesto el recurso de apelación, por poder que le fue otorgado por su antiguo representado. Dicho apoderado solicitó la nulidad del Consejo de Guerra alegando conculcación del derecho de defensa, petición que fue resuelta negativamente por el Tribunal Superior Militar. Finalmente, el mismo Tribunal profirió el fallo condenatorio, en la forma señalada al comienzo de este proveído, y contra el cual fue interpuesto el recurso extraordinario de casación que es objeto del presente pronunciamiento de la Sala.

La demanda de casación

Son dos los cargos que formula el recurrente a la sentencia impugnada, ambos al amparo de la causal cuarta de casación contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. El primero se plantea como principal y el segundo como subsidiario, todos con fundamento en que se pronunció la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo. Incompetencia del juez.

Considera el recurrente que el conocimiento del proceso que se siguió a su poderdante Fabio Sanín Urrea Beltrán no correspondía a la justicia castrense por dos razones fundamentales: porque se trata de un delito común y porque el delito fue cometido en momentos en que su autor se encontraba en la condición de desertor del Ejército Nacional, lo cual significa con palabras del casacionista que el sindicado "se hallaba no solamente fuera del servicio militar obligatorio, sino ajeno, despojado de la condición de militar, ya que abandonó conscientemente la sociedad militar a la que pertenecía y frecuentaba. No tenía, pues, la condición ni lo cobijaba el fuero militar para que hubiera sido juzgado por la Justicia Penal Militar".

Segundo cargo. Violación del Derecho de defensa.

Este cargo lo plantea el recurrente con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional y pasa a demostrarlo de la siguiente manera:

"Conforme se desprende de la determinación tomada por la Justicia Penal Militar, con fecha 5 de octubre del año de 1978, en Resolución número 023, que se adicionó mediante la número 024 del mismo día, se señaló la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Fabio Sanín Urrea Beltrán para el día 9 de octubre del mismo mes y año (ver folio 153).

"Efectivamente, el día 9 de octubre de 1978, según el acta visible al folio 164 del expediente, a las nueve de la mañana, en el salón especial del Batallón de Ingenieros Baraya, se instaló el Consejo de la referencia, y solamente en esta oportunidad cuatro días después de haberse dictado la resolución convocando al Consejo de Guerra, en plena sesión, se hizo comparecer al desamparado ex soldado Fabio Sanín Urrea Beltrán, quien se hallaba privado de su libertad en las cárceles especiales que posee dicho Batallón Baraya, y se le solicitara que a quién designaba como su defensor para dicha audiencia pública. Obviamente, y como quiera que el suscrito había venido atendiendo sus intereses jurídicos desde los albores de la investigación, el acusado Urrea Beltrán manifestó que 'designaba como tal al doctor Edmundo del Castillo Córdoba, abogado titulado', o sea al suscrito.

"Tanto la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal como el soldadito Urrea Beltrán, se comunicaron con la oficina del suscrito, según acta, y mi secretaria les comunicó de que no me hallaba en la ciudad de Bogotá, como efectivamente, y por razón de mis múltiples ocupaciones profesionales, me encontraba ausente de la ciudad.

"Según el acta de dicho evento público, en el acta aparece la siguiente constancia que en sus apartes esenciales se transcribe textualmente para una mayor ilustración del honorable Magistrado sustanciador:

"'... de que oportunamente una vez convocado por el Comando del Batallón de Ingenieros

número 1 Antonio Baraya —Juzgado de Primera Instancia— el presente Consejo de Guerra Verbal *se comunicó telefónicamente* a las oficinas del doctor Edmundo del Castillo Córdoba ... para que compareciera al Consejo ...'.

"Como quiera que el suscrito como efectivamente no se encontraba en Bogotá, pues, sin mayores consideraciones, como hubiera sido la de aplazar dicho Consejo hasta hacerme la notificación en debida forma para saberse si aceptaba o no la designación que en público me había hecho el acusado, sin mayor respeto por los derechos indudables del procesado a una defensa no solamente formal sino técnica, se lo despojó del derecho de estar asistido no solamente por el profesional del derecho a quien había designado, sino que se lo privó de una defensa técnica y no formal como ocurrió en el caso *sub judice*.

"Pero en estricto derecho, y como lo hubiera solicitado el suscrito tanto en el segundo acto, la lectura de la sentencia condenatoria, se impetró la declaratoria de la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y por no haberse notificado en debida forma el auto o autos o providencias conforme al sistema que sobre notificaciones tiene establecido el artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar, y que en el caso concreto se violó. Ni el señor Presidente del Consejo ante quien el suscrito impetró se declarara la nulidad de tipo supralegal desde donde se produjo, ni el Tribunal Superior Militar ante quien el suscrito recurrió mediante la vía de la apelación, aceptaron que se incurrió en violación alguna al derecho de defensa, argumentando en forma por demás simplista de que sí hubo defensa formal por parte del señor Teniente a quien se designó de oficio, y de otra parte, de que *las resoluciones* son en (sic) materia de la Justicia Penal Militar, no son ni autos ni sentencias para que se les dé el tratamiento del sistema de notificaciones conforme a los artículos 427 y sus parágrafos del Código de Justicia Penal Militar.

"Considera el suscrito que la forma en que fue despojado el procesado Fabio Sanín Urrea Beltrán del defensor técnico que aspiraba a que lo asistiera en la más importante de las diligencias del proceso, cual es el de la intervención en forma oral en el Consejo de Guerra Verbal, constituye una flagrante violación al derecho de defensa del acusado Fabio Sanín Urrea Beltrán, que en forma indudable conlleva a la tipificación de una nulidad de tipo supralegal que nuestro ordenamiento jurídico tiene establecido como causal de casación en su artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares solicita que se deseche la demanda, porque los cargos no tienen fundamento legal.

Sostiene que si bien es cierto que el procesado se encontraba desertado cuando cometió el delito, no es ésta una forma de separación de los organismos militares que pueda ser admitida legalmente y transcribe los artículos 165 y 169 de la Constitución Nacional para reiterar que únicamente la ley puede establecer las condiciones para privar al militar de su condición de tal. Por lo que el juez natural de Urrea Beltrán era el Comandante de la Unidad a la cual pertenecía en el momento de cometerlo. Todo lo cual, en síntesis de sus razonamientos, lleva a la conclusión de que el cargo primeramente formulado no puede prosperar.

En cuanto al segundo, expresa el Procurador Delegado que el procesado Sabio Sanín Urrea Beltrán tuvo como defensor de oficio al Subteniente Alfonso Luna Geller, persona hábil para tal menester conforme al artículo 393 del Código de Justicia Penal Militar, después de haberse hecho todas las diligencias necesarias para la localización del abogado a quien el procesado dijo que designaba, lo cual no fue posible por no encontrarse dicho abogado en la ciudad de Bogotá.

En relación con la no notificación de la resolución convocatoria del Consejo de Guerra al apoderado que venía asistiendo al sindicado, expresa el Delegado que el artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar establece las providencias que deben notificarse y exceptúa la resolución de convocatoria de los Consejos de Guerra Verbales, que no tienen tal calidad. En síntesis, solicita que también se deseche el segundo cargo formulado subsidiariamente por el demandante.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. En verdad, el procesado Fabio Sanín Urrea Beltrán, cuando cometió el delito de homicidio era un soldado desertor del Ejército Nacional. Fue juzgado y condenado por el delito militar de deserción, mediante sentencia de 20 de junio de 1978 que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar y en virtud de esta

condena fue separado de manera absoluta de las Fuerzas Armadas. Todo lo cual indica que al tiempo de la realización del comportamiento punible que dio origen al presente proceso tenía el carácter de militar.

No es atendible el planteamiento del demandante en el sentido de que su poderdante por el sólo hecho de haber desertado perdió su condición de miembro de las Fuerzas Militares. Dicha condición no se pierde por el sólo y punible hecho de desertar, ni siquiera por la simple manifestación unilateral de separarse del organismo militar respectivo; es menester que, conforme a la ley y los reglamentos militares, se produzca la correspondiente baja del servicio o se decrete separación del mismo, como se hizo con Fabio Sanín Urrea Beltrán en razón de haber sido condenado como desertor, lo cual aconteció con posterioridad a la perpetración del homicidio por el cual tuvo nacimiento la presente investigación.

En consecuencia, si para la época del delito era un soldado del Ejército colombiano, lo cual no admite duda, la justicia castrense tenía competencia para juzgarlo, como en efecto lo hizo, y de consiguiente la nulidad por falta de competencia del juez carece de asidero jurídico.

En cuanto a que se trata de un delito común no realizado en actos del servicio ni con ocasión del mismo, no cabe discusión; pero también en este caso el conocimiento del asunto le correspondía a la jurisdicción penal militar por ser su autor un militar en servicio activo y encontrarse el país en estado de turbación del orden público, todo conforme a lo dispuesto por el artículo 308, inciso 2º del Código de Justicia Penal Militar.

En consecuencia, el cargo primero no prospera.

Segundo cargo. En cuanto a la violación del derecho de defensa del procesado Fabio Sanín Urrea Beltrán, precisa anotar que éste estuvo asistido por el Subteniente Alfonso Luna Geller, quien intervino en el Consejo de Guerra Verbal e hizo alegación de fondo en favor de su patrocinado y luego interpuso el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria dictada por el Presidente de dicho Consejo.

El hecho de que el defensor designado por el procesado en la sesión del Consejo de Guerra no lo hubiera podido asistir, por no encontrarse en la ciudad, no vicia de nulidad el proceso por falta de defensa, si, como ocurrió en el presente caso, el procesado estuvo asistido por persona legalmente hábil que cumplió a cabalidad con su cometido al hacer las alegaciones que juzgó atendibles y en condiciones tales que no pueden señalarse como de una protuberante y manifiesta ineptitud.

Resulta el hecho de que el impugnante afirma la existencia de defensa formal, pero no técnica, sin que señale ni demuestre la ausencia de una verdadera función defensiva que sería en últimas la que podría fundar la conculcación o ausencia de esta garantía procesal consagrada como una de las cuatro fundamentales que la Corte ha venido reiterando jurisprudencialmente, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución. Mas, como ya se dijo, el procesado sí tuvo defensor y éste cumplió con su función, por lo que no tiene asidero la impugnación por este aspecto.

En cuanto a que la resolución que convocó el Consejo de Guerra no hubiera sido notificada, ello no engendra nulidad, ni constituye irregularidad alguna, ya que por no tratarse de un auto sino de una resolución, debía ser comunicada, pero no era necesario notificarla. Y la comunicación se cumplió en la forma debida para esa clase de procedimiento, de tal manera que el procesado compareció y estuvo asistido por el defensor que le fue nombrado, ante la ausencia del que venía apoderándolo en el proceso.

Al respecto, ha dicho la Corte:

"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" (Sala de Casación Penal, marzo 20 de 1975, *Gaceta Judicial* número 2392, Tomo CLI, segunda parte, enero a diciembre de 1976, página 70).

En consecuencia, el segundo cargo tampoco prospera.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia sobre la cual se ha hecho

mérito en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Aún aceptando que el procesado tenía la calidad jurídica de soldado cuando, siendo desertor del Ejército Nacional, dio muerte a Subaraín Rodríguez, lo evidente es que al consumar tal hecho no ejercía funciones militares, ni tampoco es posible afirmar que el homicidio se produjo en relación con tales funciones o por razón de ellas, como que fue resultado de un pleito de linderos.

Considerar que este delito común deba ser investigado y fallado por la Justicia Penal Militar, sólo porque el país se hallaba en estado de sitio cuando el hecho ocurrió, es desnaturalizar el contenido y la esencia misma del mandato constitucional plasmado con meridiana claridad en el artículo 170 de la Carta, norma ésta que no puede ser modificada por disposición legal aún bajo el ropaje del decreto legislativo de estado de sitio.

Tales son las razones que nos han determinado a separarnos del criterio expuesto en la sentencia por la mayoría de la Sala.

Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

RESERVA SUMARIAL

Sólo opera para los eventos en que se haya iniciado investigación penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 26631.

Aprobado: Acta número 74.

Bogotá, D. E., agosto 4 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En escrito presentado el trece (13) de octubre de 1980, dirigido al Presidente y demás miembros del Consejo Superior de la Judicatura y posteriormente remitido por dicha entidad a la Corte Suprema de Justicia, el ciudadano José Ulises Mora Mora presentó denuncia criminal, posteriormente ratificada bajo juramento, contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctores Mario Vásquez Rodríguez, Luis Heli Rubio Sandoval, Alfonso Villalobos Zerpa, Rafael Angarita Zerpa y el Procurador Regional Jorge Caputo Moreno.

Los hechos en que se hacen consistir los presuntos delitos atribuidos a dichas personas pueden resumirse diciendo que el denunciante, Ulises Mora Mora para la validación de su bachillerato, se valió de un certificado posiblemente falso expedido al parecer por el colegio "Manuel Murillo Toro" de Ibagué y según el cual éste había cursado y aprobado en dicho establecimiento el quinto año de bachillerato.

Una vez obtenido el diploma de bachiller, ingresó en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cúcuta, donde hizo la correspondiente carrera, llegando hasta presentar los exámenes preparatorios.

Pero como entonces se descubriera la posible falsedad en el susodicho certificado, se le expulsó de la facultad y se anularon sus estudios de derecho.

A virtud de insistentes reclamos tanto ante la referida facultad como ante los directivos de la Universidad Libre en Bogotá, el denunciante estaba a punto de lograr su reincorporación al claustro cuando un nutrido grupo de profesores, del cual hacían parte los Magistrados denunciados, amenazaron con presentar renuncia masiva de sus cátedras en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cúcuta si era reintegrado Mora Mora a dicha entidad universitaria.

De la declaración hecha a este propósito por los profesores en mención, se hizo amplia publicidad en los medios radiales y escritos de Cúcuta, siendo de advertir que simultáneamente se presentó denuncia contra Mora Mora por el delito de falsedad dando lugar al correspondiente proceso que en la actualidad cursa en el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta.

Esto no obstante, el actual denunciante consideró que se había configurado, por parte de los Magistrados y demás funcionarios denunciados, la infracción de que trata el artículo 175 del anterior Código Penal por haber dejado transcurrir éstos más de seis meses entre la fecha de la resolución de expulsión y la de la denuncia penal y la del artículo 173 del mismo ordenamiento por haber divulgado documentos, que él considera debían mantenerse en secreto. Se refiere al certificado que se tildó de falso y que fue materia de la denuncia a que se ha hecho referencia.

Igualmente considera que dichas personas cometieron el delito de injuria por la difusión que se dio al hecho a él atribuido, con lo cual, dice, se le ocasionaron perjuicios en su reputación, por habérsele tratado peor que a un delincuente sin tener en cuenta que él se proponía realizar, con

el uso de dicho documento, una obra altruísta, como era la de superarse estudiando derecho. Y esa clase de fines, según tratadista que cita, hacen que el uso de un documento falso no sea delictivo aunque el usuario conozca la falsedad.

Consideraciones de la Corte

Por tres presuntos delitos denuncia José Ulises Mora Mora a los Magistrados del Tribunal Superior de Cúcuta y al Procurador Regional.

Esos tres delitos son: dos de abuso de autoridad y uno de injuria.

El primero de aquellos lo hace consistir en haberse dejado transcurrir más de seis meses desde el conocimiento del delito de falsedad en documentos que se atribuyó al actual denunciante sin ponerle en conocimiento de las autoridades competentes, cosa que debió hacerse sin dilación, esto es, en forma inmediata a ese conocimiento.

Dice que con esa conducta se infringió el artículo 175 del anterior Código Penal correspondiente al artículo 153 del nuevo.

El segundo presunto ilícito lo radica en el hecho de haber dado a conocer documentos que, según el denunciante, debían permanecer en secreto, o sea una de las conductas descritas en el artículo 173 del anterior ordenamiento penal y en el 154 del nuevo.

Y, finalmente, el de injuria, consiste, según el memorialista, en que se divulgó un hecho que él considera denigrante y perjudicial para su buena reputación, como fue el de que había cometido falsedad en documentos y que por tal causa se le había expulsado de la Universidad.

Respecto del primer hecho mencionado se tiene que si bien los doctores Mario Vásquez, Luis Helí Rubio, Alfonso Villegas, Rafael Angarita y Jorge Capulo Moreno aparecen entre los firmantes de una renuncia masiva de profesores del claustro que se viene mencionando, motivada por la posible readmisión en el mismo de Mora Mora, quien había sido expulsado en el mes de abril de ese mismo año (1980) y si puede decirse que conocían la resolución por medio de la cual se le había expulsado, no puede afirmarse, en cambio, que estuvieran seguros de la comisión por parte del actual denunciante del delito de falsedad en documentos, ya que este mismo se encargó de dificultar un juicio exacto sobre la existencia de dicho ilícito, recurriendo ante los directivos de la Universidad Libre de Bogotá, para ver de lograr su reincorporación, cosa que estuvo a punto de conseguir.

En estas circunstancias no obligaba a los susodichos Magistrados ni al Procurador Regional presentar denuncia por el hecho en cuestión, ya que ella no es imperativa sino cuando se tiene la creencia, seriamente fundada, sobre la existencia de un delito investigable de oficio, la cual no es fácil de adquirir cuando la cuestión está aún sujeta a controversia.

Así, pues, no existe objetivamente en este caso una conducta que corresponda a la descripción de las normas en cita y por eso no debe abrirse investigación penal sobre ella.

En cuanto a la divulgación de documentos que debían permanecer en secreto (artículos 173 del Código de 1936 y artículo 154 del de 1980) tampoco el hecho denunciado, a saber, la publicación del certificado que se tildó de falso corresponde a la descripción del artículo 173 del anterior Código Penal (artículo 154 del nuevo), pues de las diligencias preliminares y aun de la misma denuncia resulta que esa publicidad se efectuó cuando aún no se había iniciado la investigación penal y, por lo tanto, no pesaba sobre ese documento reserva o secreto de ninguna clase.

De otra parte, ni el mismo denunciante dice (y por supuesto no aparece de la investigación preliminar) que tal publicidad la hubieran hecho los funcionarios denunciados, ni aparece, mucho menos, relación entre la publicidad dada a ese escrito y el cargo que éstos desempeñan.

Es decir, se trata de un hecho perfectamente atípico por el cual tampoco debe abrirse investigación.

Y otro tanto acontece, finalmente, con la pretendida injuria que dice el denunciante se le irrogó con el hecho de publicar ese documento, pues, como se deja dicho, tal cosa no la hicieron los funcionarios denunciados, ya que ni siquiera el mismo Mora Mora los acusa de tal cosa.

No tiene, en consecuencia, existencia respecto a ellos este último hecho y tampoco deberá, por ello abrir investigación de carácter penal.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelva:

ABSTENERSE de abrir investigación por los hechos denunciados por no haber constituido infracción penal los dos primeros y no ser atribuible a los denunciados el último.

Cópiese, notifíquese y archívense las diligencias.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INEXISTENCIA DEL DELITO POR CAMBIO DE LEGISLACION. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Sólo cuando el nuevo Código Penal ha suprimido por entero la incriminación o reudado radicalmente su tipificación, agregando elementos que antes no se tenían en cuenta, es factible la declaratoria de inexistencia del delito. No hay delito de prevaricato cuando el tema materia de la providencia ofrece encontradas interpretaciones y el juez o el Tribunal se inclinan, motivadamente, por una de ellas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 74 de 4 de agosto de 1981.

Bogotá, D. E., agosto 4 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, en auto de veintiséis de enero del año en curso, resolvió abrir causa criminal al señor Fernando Alfonso Albornoz Mendoza, para responder del delito descrito y sancionado en el Decreto 1135 de 1970 contenido en perjuicio de Wilson A. Mazenett Guido.

El aludido título valor resultó girado sobre cuenta cancelada (número 00020352, Cuenta Corriente número 008-63036-2, del Banco Mercantil de Barranquilla) y se alegó que había sido girado en garantía de otros dos cheques, el uno número 867448, con fecha 10 de abril de 1979, por la suma de $ 34.333.50 (Banco de Bogotá, Parque Washington) y, el otro, número 3239461, fechado el 6 de marzo del mismo año, por la suma de $ 159.000.00 (Banco del Estado, Barranquilla). Aquél consideró valores de intereses, sanción comercial (artículo 731 del Código de Comercio) y honorarios de cobro.

Al apelarse esta decisión, el Tribunal, en Sala de Decisión integrada por los Magistrados Luis Peñaranda Stegmann, Esteban Páez Polo y Carlos Campo Donado (este último con salvamento de voto), revocó la providencia apelada y en su defecto sobreseyó definitivamente y concedió la inmediata libertad.

Este último proveído tiene como fundamento lo siguiente: a) que el nuevo Código Penal, que reglamentó integralmente la materia, no consagró como "conducta típica autónoma, como sí lo estaba en el decreto citado (1135 de 1970, 1º), el giro de cheque sobre cuenta cancelada. Por modo que tal comportamiento dejó de ser ilícito autónomo y especial, pudiendo sólo, para los casos que se realicen bajo la soberanía del Decreto 100 de 1980, cuando constituyen medio engañoso para la obtención de provecho ilícito con el correlativo perjuicio económico ajeno, integrarse al delito de estafa, cuyos elementos axiológicos básicos siguen siendo iguales a los del Código Penal de 1936", y b) "la retención por parte del denunciante de los cheques que se iban a pagar con el que originó este proceso penal, respaldan las afirmaciones del procesado y del doctor López, en el sentido de que el título valor en referencia, fue entregado en garantía. De las razones expuestas emerge con evidencia que el hecho imputado no lo considera la ley como punible".

Esto fue suficiente para que el doctor Mazenett Guido denunciara a los Magistrados Peñaranda y Páez, al estimar que una diferente denominación de un ilícito, por cambio de legislación, no da lugar a una declaratoria de inexistencia de delito sino a su cumienda correspondiente. Además, sabiendo los Magistrados acusados que contra Albornoz Mendoza existían "más

de tres sindicaciones por delitos intencionales" no tenía derecho al beneficio de excarcelación. De otro lado, a este incriminado se le requería de otros juzgados, "por girador de cheques chimbos", debiéndose antes de concederle la libertad remitirlo a esos despachos.

La decisión mayoritaria tomada por el Tribunal, ciertamente, ofrece reparos doctrinales en cuanto al sobreseimiento definitivo dispensado sobre la base del cambio de legislación. A este respecto es más afortunado, por lo certero, la exposición consignada en el salvamento de voto. La Corte, recientemente, ha tenido ocasión de señalar que sólo cuando el nuevo Código Penal ha suprimido por entero la nueva incriminación o mudado radicalmente su tipificación, agregando elementos que antes no se tenían en cuenta, es factible la declaratoria de inexistencia del delito (auto de 7 de julio de 1981, Magistrado ponente Alfonso Reyes). El proveído que se comenta vislumbró esta razón cuando anotó la posibilidad de variar la calificación del delito especial considerado en el Decreto 1135 de 1970 por el de estafa —artículo 356—, pero equivocó el criterio al exigir que la comisión del hecho se presentara con posterioridad a la vigencia de dicho estatuto.

Si la cesación de todo procedimiento, por inexistencia de delito, se hubiera cumplido invocándose únicamente la comentada razón, la Sala rigorizaría la apreciación de la conducta denunciada, no obstante que sobre la misma incide un aspecto de mucha importancia, cual es la sucesión de leyes que, siempre, dan margen a interpretaciones diversas que sólo el tiempo y el profundo análisis jurídico, logran decantar y fijar en su conveniente y debido punto.

Pero en el caso *sub judice* cuenta en favor de los Magistrados acusados un factor de importancia y es el que se relaciona con un nuevo motivo de apoyo del sobreseimiento. En la resolución examinada se aceptó la desvirtuación del último de los instrumentos girados por Albornoz Mendoza. Se tuvo en cuenta que se trataba de un cheque-garantía, ya que el beneficiario de los tres no quiso, como él mismo lo confiesa, devolver los dos primeros instrumentos, refundidos en el tercero, a la espera del pago de la acreencia.

En estas circunstancias *no es factible deducir en los censurados un delito contra la administración pública, como se pretende. La decisión tomada no constituyó una aplicación de la ley ostensiblemente contraria a la doctrina conocida y dominante, pues ésta, por razón del cambio de legislación, apenas está recibiendo los primeros aportes de la controversia jurídica y consolidando soluciones. El punto ofrecía encontradas interpretaciones, su aspecto probatorio tenía puntos complejos y la definición del caso se tomó previa una respetable discusión y acudiéndose a explicaciones serias. No fue, pues, una resolución inmotivada, asumida con ligereza y ajenas a problemas jurídicos de entidad, principalmente los que ofrece un cambio de legislación y una materia como la de los cheques, tan fluctuante y controvertida.*

Lo que sí estima la Sala como necesario es dar cuenta a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, a efecto de que esta dependencia tome razón de lo relacionado con la inmediata libertad, sin tener en cuenta la reclamación del procesado por otras autoridades y condicionar aquélla a que éstas no quisieran mantener su estado de encarcelamiento. Esta es cuestión disciplinaria que debe, por los organismos competentes, dilucidarse.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, se abstiene de abrir proceso penal contra los Magistrados, doctores Luis Peñaranda Stegmann y Esteban Páez Polo, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en virtud de la denuncia formulada por el doctor Wilson A. Mazenett Guido.

Dése cuenta a la Procuraduría para lo concerniente a la averiguación disciplinaria.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD POR SUPRESION DE DELITO

El simple cambio de denominación jurídica no le quita el carácter de delictuoso a un hecho, si éste se conserva estructuralmente idéntico en las nuevas disposiciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 075.

Bogotá, D. E., agosto 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Juez Primero Promiscuo del Circuito de Arauca se declaró incompetente para conocer de este sumario fundado en la consideración de que el asunto se circunscribía a la investigación del delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años, pues, a su juicio, el delito de rapto presuntivo, de que también se sindicaba al procesado, había desaparecido como infracción penal en el nuevo Código, quedando determinada la competencia, por ello, en los Juzgados Penales del Circuito de la ciudad de Cúcuta donde, según el dicho de la ofendida, el procesado había realizado el acceso carnal con ésta.

El Juez Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, a su turno, se declaró igualmente incompetente fundado en la consideración de que los hechos investigados eran constitutivos de los delitos de rapto y de violencia carnal en la legislación vigente para la fecha en que fueron cometidos sin que, bajo la vigencia del nuevo Código, hubiesen dejado de ser delictuosos, si bien el rapto pasó a ser secuestro simple y la violencia carnal, acceso carnal abusivo en menor de catorce años, de modo que, persistiendo la delictuosidad de ambas conductas, era evidente que de autos se daba el evento de infracciones cometidas en varios lugares, caso en el cual la competencia se determinaba a prevención, de conformidad con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar su tesis, dijo el juez de Arauca:

"... el señor Juez Promiscuo Municipal de Arauquita, mediante auto cabeza de proceso de fecha primero de agosto de mil novecientos setenta y nueve, *abrió* la correspondiente investigación, en orden de establecer la autoría de la comisión del delito, y considerando que había mérito para privar de libertad al encartado, *decretó* su detención preventiva por el delito de *acceso carnal abusivo en menor de catorce años*, descartando el *rapto presuntivo*, seguramente por estimar, que este reato desapareció del terreno de la ilicitud en el nuevo Código Penal. De manera que su decisión es correcta en este sentido; sin embargo, como el acceso carnal se realizó en la ciudad de Cúcuta, según declaración de la misma ofendida, cuya aseveración prevalece sobre el dicho del sindicado, teniendo en cuenta que éste se contradice con respecto al lugar de la consumación del acto punible, ha debido el instructor enviar el proceso a esa a los jueces de esa ciudad, por competencia, ya que por el factor territorial, le corresponde a estos funcionarios asumir el conocimiento de estos acontecimientos. Dicho sea de paso, cabe advertir, que aunque estos hechos hubieran acaecido en Venezuela, de todas maneras atañaría el conocimiento a este país, por el sistema del Estatuto Personal y por el principio de la *legalidad 'la ley en el espacio'* ...".

(Folios 68 a 69).

Para sustentar la suya, sostuvo el de Cúcuta:

"... conforme a la ley vigente para la época en que se perpetró el hecho, las conductas delictuosas cumplidas por el acusado Bautista Omaña, eran constitutivas de ilícitos de *rapto*, en la modalidad prevista por el artículo 351; y

el de *violencia carnal*, en la modalidad prevista en el inciso 2º, del artículo 316 del Código de Procedimiento Penal. Conforme a la ley vigente son constitutivas de ilícitos de secuestro simple (artículo 269) y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 303) ...".

(Folio 72).

"... ... ...".

"... para el caso de autos si la infracción se cometió en varios lugares, incluyendo el extranjero, conforme al precepto del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal la competencia a prevención radica en el señor Juez Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, pues allí se formuló la denuncia; allí se inició la investigación y se cumplió la instrucción; y, en virtud a orden de captura, se aprehendió y permanece allí recluido el inculpado ...".

(Folio 73).

De este modo debidamente planteada la colisión de competencia negativa entre los funcionarios, pasa la Corte a decidir.

Considerandos

La ofendida Ana Ilse Parada, menor de dieciséis (16) años para la fecha de los hechos, fue sustraída de la casa de habitación de sus padres en Venezuela, donde residía, con el propósito de realizar con ella actos eróticos sexuales y retenida desde entonces hasta cuando, en la población de Arauquita, según el procesado o en la ciudad de Cúcuta según la ofendida, realizaron sucesivos accesos carnales y estuvieron luego viviendo como marido y mujer, lo que significa que la investigación comprende el rapto, que siempre es delito permanente, en concurso material con el de corrupción de menores, cometidos en lugares pertenecientes a diversas jurisdicciones, caso en el cual el conocimiento corresponde al 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", sin que tales hechos, como oportunamente lo ha advertido el Juez Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, hayan dejado de ser considerados delictuosos en el nuevo Código Penal y sin que, por consiguiente, la dilucidación del asunto tenga actualmente relevancia procesal respecto de la determinación de la competencia para el conocimiento.

El principio de favorabilidad por supresión del delito no opera, cuando, como en este asunto, los hechos no han dejado de calificarse ni sancionarse como delictuosos, con otra denominación, sino cuando la nueva ley ha quitado explícita o implícitamente ese carácter al hecho que antes lo tenía (artículo 45, Ley 153 de 1887).

El que con propósito distinto al de exigir por su libertad un provecho o cualquier otra utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, sin consideración a su edad, incurre ahora en el delito de secuestro simple de conformidad con el artículo 269 del Código Penal, que corresponde al de rapto de acuerdo con el artículo 350 del anterior y el que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho incurre ahora en el delito de estupro definido en el artículo 301 del Código Penal, que corresponde, a su vez, al de corrupción de menores impropia de conformidad con el artículo 326 del Código derogado.

Si, pues, el rapto o secuestro se perpetró en Venezuela, donde la joven fue sustraída y se continuó en Arauca y en Cúcuta, donde el procesado retuvo a la muchacha y en aquélla o en esta ciudad, ejecutó los accesos carnales con ésta, corrupción de menores o estupro, la competencia concierne a los jueces de Arauca, lugar donde se formuló la querella, donde se inició la investigación y donde, además, fue aprehendido el procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, dirime la colisión de competencia negativa presentada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento corresponde al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, al que, en consecuencia, se devolverá el proceso, enviando copia de esta providencia al Tercero Penal del Circuito de Cúcuta.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

No basta que se acrediten los requisitos objetivos para su concesión, pues, además, debe establecerse que el reingreso del reo a la sociedad puede hacerse sin el riesgo de que incurra en nuevo delito

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75.

Bogotá, D. E., agosto 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

La procesada Angela Mercedes Marín García, quien recurrió en casación en este proceso, pero luego desistió del recurso, solicita ahora, con la coadyuvancia de quien fue su defensor en las instancias, su libertad provisional con fundamento en las siguientes normas: artículo 7º, numeral 6º de la Ley 17 de 1975, la Ley 32 de 1971 y su Decreto reglamentario número 2119 de 1977 y artículos 41, 72, 376 y 377 del Código Penal.

Fue ella condenada, junto con tres personas más, por infracción al Decreto 1188 de 1974, artículo 38, numeral 1º, según sentencias del Juzgado Séptimo Penal del Circuito y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fechas 10 de junio y 25 de septiembre de 1980, esta última recurrida en casación, con demanda en tramitación respecto de uno de los condenados.

La sanción impuesta a Angela Mercedes es de cuarenta y ocho (48) meses de presidio (hoy prisión, artículo 377 del nuevo Código Penal), y de ella ha descontado en privación efectiva de su libertad veinticinco (25) meses y veinte (20) días, más siete (7) meses y diez (10) días por razón de trabajo y estudio, para un total de treinta y tres (33) meses (folios 11 del cuaderno principal y 37 y 40 del cuaderno de la Corte), el cual supera las dos terceras partes de aquélla, que equivalen a treinta y dos (32) meses.

De suerte que, por este aspecto objetivo reúne los requisitos objetivos para el otorgamiento de su libertad provisional (artículos 72 del Código Penal y 453 del Código de Procedimiento Penal —Ley 17 de 1975, artículo 7º, numeral 6º—).

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal expresa su opinión favorable al pedimento de la procesada, en concepto en el cual se analiza con detenimiento lo referente al cumplimiento del tanto de pena requerido para la prosperidad de la solicitud, pero se da apenas por supuesto lo atinente a los factores subjetivos, de los cuales se dice:

"Por otra parte, obran en autos la cartilla biográfica (folio 39), el concepto favorable del Consejo de Disciplina de la Cárcel en relación con buena conducta (folio 42) y existe constancia de que no obran antecedentes en su contra (folio 169 vuelto, cuaderno número 1)".

Tanto la Ley 17 de 1975 (artículo 7º, numeral 6º) como el Código Penal (artículo 72), exigen, para la concesión de la libertad en la forma en que ha sido pedida, además de los límites de pena impuesta y descontada, el razonable convencimiento del juez en cuanto a la readaptación social del solicitante. Esa fundada suposición debe derivarla de factores como la personalidad de éste, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden.

Es verdad que Angela Mercedes Marín García no registra antecedentes (folio 169 vuelto del cuaderno número 1) y que su conducta en la cárcel ha sido buena (folio 38 del cuaderno de la Corte). Pero su personalidad, el género de

vida que llevaba, y las circunstancias que vincularon su conducta a la realización del hecho punible atribuido a ella y a tres personas más, permiten estimar que no se dan aún los supuestos necesarios para su reingreso al medio social sin serio peligro de volverse a encontrar en las mismas condiciones que la condujeron al delito que se le impula.

En efecto, en su versión rendida ante las autoridades de Policía Judicial al día siguiente de ocurridos los hechos (folios 9 y vuelto del cuaderno número 1), manifestó que hacía un (1) año y medio había abandonado el hogar paterno, esto es cuando tenía 19 años y medio, para convivir con un primer amigo o compañero que luego fue sustituido por José Helio Parra Vera, quien le pagaba la casa donde ella vivía, la misma donde se decomisó la mayor parte de la droga, así como los elementos para su procesamiento.

De esta versión se desprende claramente que ella no era ajena a las actividades ilícitas que allí se llevaban a cabo, o por lo menos no le eran desconocidas.

A los dos días, cuando rindió ante el juez instructor su indagatoria (folios 17 a 21), varió por completo su anterior versión, descalificándola por haber sido producto de coacción, no obstante que en aquélla expresó lo contrario y reconoció como suya la forma que la respaldaba. Cabe observar que en su intento de desplazar en esa ocasión la responsabilidad hacia un tercero a quien denominó Pedro Suárez y de quien dijo que le tenía dada en arriendo una pieza, no la saca verdadera ni siquiera su compañero José Helio Parra Vera (folios 43 a 47 vuelto ibídem).

Dos consideraciones de importancia surgen de lo que se deja relatado. La primera, que es la de Angela Mercedes una personalidad que no se rige por los dictados de la verdad, ni reconoce límites cuando se trata de escudar la propia responsabilidad. La segunda, que el deterioro de su vida de hogar, acentuado por las circunstancias que la llevaron a la realización del hecho delictivo que se le atribuye y el distanciamiento que implica el tiempo de reclusión, la pueden volver a situar frente a las mismas o similares condiciones nocivas que sirvieron de marco a la conducta por la que está respondiendo ante la justicia.

A lo anterior se suma la gravedad del delito, su forma mancomunada de realización, la cantidad y calidad de la droga, los implementos con que se contaba para su procesamiento, lo cual permite pensar que no se trató de un acto aislado u ocasional (folios 5 a 8, 108, 128, 129 del cuaderno original).

El Tribunal tuvo en cuenta circunstancias como la pluralidad de personas vinculadas al hecho punible y, por lo mismo, la fácil ejecución del delito y los menores riesgos que se asumían, para elevar en un año la pena que habían impuesto el juzgador de instancia (folio 669), de suerte que no fue condenada al mínimo de la sanción.

Estas consideraciones llevan a la Sala a no acceder a la solicitud formulada por Angela Mercedes Marín García.

Visto lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NIEGA el beneficio de libertad provisional impetrado por la procesada Angela Mercedes Marín García.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ACTUACION PROCESAL

Trámite de la solicitud de excarcelación. Es inmediato y su resolución tiene prelación sobre cualquiera otra solicitud, so pena de incurrir en la violación de la ley penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26877.

Aprobado: Acta número 75.

Bogotá, D. E., agosto 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Por vía de apelación conoce la Corte de la providencia de 23 de febrero último, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se inhibió de abrir investigación contra el doctor Arturo Gómez Aguirre, Juez Tercero Superior de dicha ciudad por los presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto recurrido.

Hechos

El doctor Mario César Alzate Amaya, apoderado de Antonio José Restrepo Ramírez, sindicado del delito de homicidio, elevó ante el Tribunal Superior de Pereira denuncio penal por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad contra el doctor Arturo Gómez Aguirre consistentes en:

1º Con fecha 3 de marzo de 1980, elevó ante el Juez de Instrucción Criminal que conocía del proceso contra su patrocinado, una solicitud de revocatoria del auto detentivo y en la misma fecha este funcionario dispuso la remisión del proceso al juez superior por considerar que dicha petición debía ser resuelta por el competente ya que dentro de las facultades otorgadas en el auto comisorio no se encontraba la de tomar estas determinaciones. En la misma fecha, el apoderado solicitó al juez superior varias pruebas, que en su sentir han debido ser atendidas inmediatamente por el funcionario acusado y no lo hizo hasta el 14 del mismo mes y año, incurriendo en el delito de prevaricato por omisión.

2º En el auto de fecha 8 de marzo y en el cual le negó la revocatoria del auto de detención contra su patrocinado, el funcionario consignó varias expresiones que pueden ser objeto de un delito de falsas imputaciones o de abuso de autoridad.

3º A pesar de haber recusado al funcionario, éste no se declaró impedido y violando las normas de procedimiento penal, no dispuso la revisión del auto que lo rechazó por parte del superior y, presentando recurso de reposición y subsidiario el de apelación, le fueron negados, remitiendo las diligencias al juez instructor.

Se considera

Se aportó al informativo copia de la queja presentada por el doctor Alzate Amaya ante el señor Procurador Regional de Pereira contra el doctor Gómez Aguirre y copia íntegra de la actuación del funcionario denunciado dentro del proceso por homicidio seguido contra Antonio José Restrepo Ramírez.

El Tribunal Superior de Pereira en providencia de 23 de febrero último se inhibió de abrir investigación penal contra el doctor Arturo Gómez Aguirre con relación a los puntos 1º y 2º y por auto separado de fecha 26 del mismo mes y año, inició investigación por los cargos relacionados en el punto 3º de la denuncia.

Con fundamento en lo anterior, la Sala se ocupará de los dos primeros que son objeto del auto recurrido.

Aparece que en el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Pereira cursaba un proceso contra Antonio José Restrepo por el delito de homicidio en que figuraba como apoderado el doctor Mario César Alzate Amaya. Con fecha 3 de marzo de 1980, este profesional presentó ante el instructor solicitud de revocatoria del auto de detención que pesaba sobre su patrocinado y en la misma fecha, el funcionario dispuso remitir el proceso al juez del conocimiento para que decidiera sobre la viabilidad de la solicitud. En las horas de la tarde del mismo día, el apoderado del sindicado presentó nuevo memorial ante el juez superior en el cual le solicitaba la práctica de algunas pruebas.

Con fecha 8 de marzo siguiente y después de haber oído el concepto del Ministerio Público, esto es cinco días después, negó la revocatoria del auto de detención y una vez notificado dicho auto, con fecha 14 de marzo resolvió sobre el memorial de pruebas y el 16 se remitieron las diligencias al instructor para el adelantamiento de la investigación.

En el memorial de pruebas, además, solicitaba al juez superior la remisión inmediata del cuaderno original al juez de instrucción para el adelantamiento de la investigación y le solicitaba resolver la revocatoria de la detención sobre el cuaderno de copias.

Como se observa, el Juez Tercero Superior al recibir el proceso el 3 de marzo en las horas de la tarde y pronunciarse sobre la revocatoria de la detención el 8 del mismo mes, previo concepto del Ministerio Público, indica que obró con diligencia y ajustándose en un todo a los términos que para tal efecto le señala el Código de Procedimiento Penal. Notificado este auto, el 14 de marzo se pronunció sobre el memorial de pruebas y remitió el proceso al juez instructor. Igualmente el juez resolvió con prontitud el memorial del apoderado doctor Alzate Amaya.

La supuesta ilicitud la hace consistir el denunciante en el hecho de no haber resuelto el juez el memorial de pruebas y ordenar la remisión al juez instructor del cuaderno original para resolver luego sobre la revocatoria de la detención sobre el cuaderno de copias.

Tanto el juez comitente como el comisionado tienen la obligación de realizar la instrucción por duplicado, esto es, en actuación original y en copia. Si alguna de sus decisiones fueren recurridas, habrá de conceder los recursos que tiene previstos la ley. Para el caso concreto, de modo alguno podía el juez superior resolver sobre revocatoria de un auto de detención en las copias y remitir el proceso original en comisión. Si esto hubiese ocurrido, la intervención simultánea de dos funcionarios con actuaciones diversas sujetas a pedimentos de las partes y con posibles pronunciamientos opuestos, haría inoperantes los fines del proceso.

Ahora bien. El trámite de toda solicitud de excarcelación es inmediato, pues el funcionario dispone de términos perentorios para su resolución. El atender memoriales de pruebas antes del curso normal al trámite de libertad, haría incurrir, esto sí, al acusado en la violación de la ley penal. En consecuencia, bien hizo el funcionario en resolver el memorial de pruebas una vez notificado el auto que negó la revocatoria de la detención, puesto que, este es un interlocutorio sujeto a los recursos de reposición y apelación que al parecer el memorialista no ejercitó.

Quiere decir lo anterior, que la actuación del doctor Arturo Gómez Aguirre se ajustó a las normas de procedimiento para tal efecto y por tanto no ha violado la ley en ninguno de sus imperativos procedimentales.

Sobre el segundo cargo consistente en haber proferido el funcionario en el auto de 8 de marzo de 1980, insultos contra el abogado, la Sala acoge los argumentos del Ministerio Público en esta instancia, cuando dice:

"... 2. En cuanto se refiere al delito de falsas imputaciones, por los calificativos que el juez utilizara en algunas de sus providencias, resulta cierto que al negar la revocatoria de la detención por auto de marzo 8 de 1980, en ese proveído el funcionario fustigó con rudeza la forma como los declarantes depusieron, que revelaba haber sido preparados para repetir de modo casi uniforme una idéntica versión de los hechos (folio 27).

"Sin embargo, como el artículo 166 del Código Penal enuncia entre los elementos de dicha infracción, el que los hechos punibles o contravencionales inexistentes se hubieren denunciado bajo juramento, en el caso examinado está demostrado que la crítica del juez sólo quedó consignada en el auto interlocutorio, y que en ningún momento el funcionario recurrió a la denuncia de que trata el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, ni siquiera bajo la forma que describe el artículo 12 del mismo ordenamiento. Por tanto en ese aspecto la conducta del Juez Tercero Su-

perior tampoco alcanza las características punibles que hagan posible su investigación ...".

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION

El Contralor General de la República no está obligado a constituirse en parte civil en todos los procesos que se adelanten por el delito de peculado, pues la ley, apenas, lo faculta para tomar esa determinación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 074.

Bogotá, D. E., agosto 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

La señora Consuelo Araújo de Molina presentó a la Corte escrito mediante el cual acusaba al doctor Aníbal Martínez Zuleta de la comisión de varios hechos delictuosos, que afirmaba cometidos por éste en ejercicio o con omisión de las funciones propias del cargo de Contralor General de la República que desempeñaba para entonces, uno de los cuales consistía en atribuirle la comisión del delito de abuso de autoridad, por omisión, a causa de no haberse constituido parte civil en algunos procesos por peculado cometidos por miembros o funcionarios de la Cámara de Representantes, como era su obligación hacerlo.

Por este cargo y en cumplimiento de lo ordenado por la Corte en auto de 23 de octubre del año pasado, se abrió investigación contra el doctor Martínez Zuleta, disponiéndose la práctica de algunas diligencias, cumplidas las cuales resultó plenamente demostrado que la omisión atribuida al Contralor no era constitutiva de delito alguno, de modo que se dispuso oír el concepto del Ministerio Público sobre la procedencia de hacer tal declaración y de ordenar la cesación del procedimiento por esa causa, que fue rendido en forma afirmativa por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Con base en esa situación, pasa la Sala a decidir.

Consideraudos

1. Como resultado de las visitas fiscales practicadas en la honorable Cámara de Representantes, que comprenden los períodos que van de julio a diciembre de 1971; del 15 de junio al 16 de julio, del 29 de septiembre al 5 de noviembre y del 13 de agosto al 10 de septiembre de 1976; del 3 al 9 de marzo, del 25 de agosto de 1976 al 24 de febrero de 1977; del 28 de julio al 10 de agosto y del 29 de julio al 26 de agosto de 1977; del 10 al 17 de abril de 1978; del 19 de septiembre de 1978 al 27 de febrero de 1979 y del 23 de octubre de 1978 al 2 de febrero de 1979, dice la correspondiente certificación del Director General de Examen de Cuentas, Juicios Fiscales, Investigaciones y Contabilidad Nacional, que "no se determinaron delitos contra la administración pública, ni faltantes de fondos, ni cargos fiscales" (folios 37 a 39).

Luego, si a raíz de las visitas fiscales practicadas en la Cámara de Representantes no se formuló denuncia alguna por peculado ni, por consiguiente, se inició investigación penal por tales hechos, mal podía el Contralor General de la República o persona alguna, constituirse parte civil en los correspondientes "procesos".

2. De otra parte, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 924 de 11 de mayo de 1976, "por el cual se establece la estructura orgánica de la Contraloría General de la República", corresponde a la Dirección de Examen de Cuentas, Juicios, Investigaciones y Contabilidad Nacional y no al propio Contralor General, "señalar los casos en que la Contraloría General de la República deba constituirse en parte civil en los

procesos penales", función que aquella dependencia no tuvo la oportunidad de ejercer en relación con las investigaciones fiscales realizadas en la honorable Cámara de Representantes a causa de que, como se deja visto, a raíz de aquéllas no se instauró denuncia penal alguna por los respectivos funcionarios investigadores, de suerte que en ningún momento se solicitó, ni podía pedirse al señor Contralor Martínez Zuleta, que se constituyera en parte civil.

3. Tampoco, aún de haberse iniciado las investigaciones por peculado, estaba el Contralor legalmente obligado a atender las indicaciones de la Dirección de Examen de Cuentas, Juicios, Investigaciones y Contabilidad Nacional, caso de que esta entidad las hubiese hecho al señor Contralor General porque, también por disposición expresa de la ley, tales indicaciones o recomendaciones no obligaban al superior jerárquico de la entidad.

Ninguna disposición legal o reglamentaria, en efecto, impone al Contralor General de la República la obligación de constituirse parte civil en todos los procesos por peculado, como lo ha afirmado la denunciante señora Consuelo Araújo de Molina, diciendo formular la denuncia por informes de espontáneos corresponsales suyos y sin precisar, por ello, los pormenores de tales hechos.

La Ley 20 de 28 de abril de 1975, "por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones", no obliga, sino que, apenas, faculta al Contralor General de la República para constituirse parte civil en los procesos por peculado:

"... Artículo 18. El Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, el Contralor del Distrito Especial de Bogotá y los Contralores Municipales, por sí mismos o por medio de sus agentes, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por el delito genérico de peculado que afecte los intereses de los institutos o entidades bajo su fiscalización ...".

Luego, si el Contralor General de la República no estaba legalmente obligado a ejecutar el acto que le ha atribuido la denunciante, de que omitiera, rehusara o retardara su ejecución, no se desprende la comisión del delito de abuso de autoridad omisivo sancionado en el artículo 172 del Código Penal anterior.

Como muy acertadamente lo ha advertido ya la Delegada de la Procuraduría en su concepto sobre la procedencia de ordenar la cesación del procedimiento:

"... al Contralor General de la República se le da una facultad discrecional que puede ejercerla según su arbitrio, en los casos en que estime necesario hacerlo, pues habida cuenta de la gravedad del delito y de la cuantía del peculado, no en todos los casos se hace necesaria la intervención de la parte civil, ni tampoco siempre existirá la disponibilidad suficiente de agentes del Contralor para que cumplan tal encargo. Por lo tanto, si se trata de una potestad conferida por la ley y no de un mandato imperativo, el ejercicio u omisión de tal potestad no puede constituir violación de las disposiciones penales ...".

"... ... ...".

"... Lo anterior permite concluir que la denunciante no faltó a la verdad cuando dijo que la Contraloría no se había constituido en parte civil dentro del proceso seguido contra uno de los expresidentes de la Cámara de Representantes y en otros procesos; sin embargo, tal como se dijo, los hechos a que alude esa afirmación carecen de significación jurídico penal y, por ello, es procedente ordenar la cesación de procedimiento porque la conducta atribuida al señor Contralor no está prevista en la ley como delito ...".

Conjuntamente con el cargo anterior y sin ninguna conexidad con él, la denunciante ha afirmado que el Contralor Martínez Zuleta realizó "contratos con abogados particulares, incluso con el Decano de Derecho de la Universidad Nacional", "cuando la ley orgánica de la Contraloría ordena que el Contralor se debe constituir en parte civil por medio de sus agentes", cargo que por no tener relación alguna con el que se ha investigado en esta actuación, deberá serlo por separado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con éste,

Resuelve:

1. Declarar, como declara, que los hechos materia de la investigación no son constitutivos de delito alguno y como resultado de tal declaración ordenar, como ordena, la cesación del procedimiento adelantado contra el doctor Aníbal

Martínez Zuleta, Contralor General de la República, por esa causa, y

2. Disponer, como dispone, que se compulse copia de lo pertinente en cuanto al cargo, también hecho al señor Contralor General, consistente en haber contratado abogados particulares para constituirse parte civil, siendo que la ley orgánica de la Contraloría le ordena hacerlo por medio de sus agentes, copia que será sometida a reparto entre los Magistrados de la Sala.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FRAUDE MEDIANTE CHEQUE

Criterios para determinar la competencia en esta clase de infracciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 74 de 4 de agosto de 1981.

Bogotá, D. E., agosto 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira en el proceso que, por el delito de fraude mediante cheque, se adelanta contra Fulvio Girón Zertuche.

Este mismo asunto ya había sido objeto de estudio por la Sala, pero como el conflicto fue planteado en forma irregular, se abstuvo de resolverlo (auto de 31 de marzo de 1981).

Propuesta ahora la colisión de competencias en forma debida, procede la Corte a decidirla.

Antecedentes

Fulvio Girón Zertuche giró a favor de Reinerio Zatizábal Reyes el cheque número 0252570 el 21 de abril de 1980 por $ 34.352.00, contra su Cuenta Corriente número 642247 que tenía en el Banco de Colombia Sucursal de Cerrito (Valle), título valor que, al ser presentado para su cobro por Luis Hernando Jaramillo, a quien le fue endosado por el primer beneficiario, fue devuelto por la mencionada entidad bancaria por la causal "fondos insuficientes".

En el cheque relacionado no se indicó el lugar donde fue girado ni las pruebas, al presente recogidas, permiten deducir con claridad esta circunstancia ni el sitio donde fue entregado.

En efecto, el denunciante Luis Hernando Jaramillo manifiesta que la transacción se llevó a cabo en la localidad de Ginebra, pero parece referirse a la que efectuaron él y Reinerio Satizábal, pues éste se lo endosó a él (folio 1). El sindicado indicó que el cheque lo firmó en blanco, sin decir en qué lugar, pero agrega que fue el beneficiario, Satizábal, quien lo elaboró en el Municipio de Cerrito (folio 4 vuelto).

En forma más explícita asegura en los cargos que entregó el cheque a Satizábal en dicho municipio y que lo hizo en presencia de los testigos Fredy Martínez, Juan Escobar y Daniel Montes (folios 29 a 33 y 54 a 56). Por su parte, Satizábal Reyes ha sostenido la versión de que este título valor fue girado en su finca "La Soledad" de la localidad de Ginebra por el procesado Girón Zertuche (folios 5, 30 vuelto, 31 vuelto). En esta afirmación lo acompaña Letícia Betancourt Rodríguez, mujer con quien convive (folios 52 y vuelto).

Las personas citadas por el sindicado para sacar verdadera su aseveración de que el cheque lo giró en El Cerrito, o no fueron lo suficientemente explícitas al respecto, o no se les indagó sobre este punto o no se les ha recibido aún declaración.

La denuncia se formuló ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ginebra, perteneciente al Circuito de Buga, despacho judicial que también fue el que inició la investigación y profirió el auto de detención contra el sindicado (folios 1, 3 y 9 a 12).

Vencido el término de instrucción fue remitido para reparto de los Juzgados de Circuito de Buga y le correspondió al Tercero, el cual, como se anotó al comienzo de esta providencia, propuso colisión negativa de competencias al Segundo Penal del Circuito de Palmira, la cual no pudo ser dirimida en esa ocasión por haber sido planteada irregularmente.

Nuevamente ahora, pero ya en debida forma.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira, mediante auto de 5 de junio de 1981, propuso colisión negativa de competencias al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga, pues, estima que no es el competente para conocer de estas diligencias, por cuanto "aún no se ha establecido dónde fue girado el cheque de marras, si en la localidad de Ginebra, jurisdicción territorial del Circuito de Buga como lo afirma José Reinerio Zatizábal Reyes y la señora Leticia Betancur Rodríguez o en la población de El Cerrito, jurisdicción de este Circuito de Palmira, como lo sostiene el implicado Fulvio Antonio Girón Zertuche", lo que significa que "en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, es competente para seguir conociendo de este informativo el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la ciudad de Buga a donde ya había correspondido el mismo, a prevención, puesto que fue en ese circuito donde se denunció el hecho punible y donde se inició la respectiva investigación penal" (folio 69).

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga, por su parte, considera que tampoco es el competente para conocer de este sumario, sino el Juzgado Segundo del Circuito Penal de Palmira, por estimar que fue dentro de su jurisdicción, en el Municipio de Cerrito, donde se libró el cheque materia de la investigación, al tiempo que rechazó la colisión propuesta y dispuso el envío de las diligencias a la Corte con el fin de que se dirima el conflicto.

Apoya su decisión, fundamentalmente, en la afirmación del propio sindicado en diligencia de careo con Reinerio Zatizábal Reyes, en la cual afirma haber entregado el cheque aludido en la galería de la población de El Cerrito (folio 71).

Se considera

Al resolver un caso similar al que ahora se decide, hizo la Corte las siguientes precisiones que conservan su vigencia, pues aunque la conducta delictiva que aquí se investiga y que se encontraba descrita en estatuto especial (Decreto 1135 de 1970) tiene ahora denominación jurídica propia en el Código Penal vigente (fraude mediante cheque —artículo 357—), y se encuentra ubicado en el título de los delitos que atentan contra el patrimonio económico, puede decirse que, habida consideración de la forma como se describe el tipo penal y de los verbos rectores que se emplean, siguen siendo idénticos los criterios para determinar el momento de comisión y, por ende, lo relativo a la competencia por el factor territorial, en tratándose de la hipótesis del giro de cheques sin provisión de fondos (este artículo 357 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia —Sala Constitucional—, mediante sentencia de dos de junio de mil novecientos ochenta y uno).

Dijo entonces la Sala:

"De tal manera que se impone recurrir a otros criterios que coadyuven a la solución del problema, en ausencia de elementos probatorios idóneos para concluir indefectiblemente dónde fueron girados y entregados los cheques en mención, circunstancia que desempeña papel importante para fijar, en este caso, la competencia por el factor territorial, como que esta Sala ha sostenido que el conocimiento del delito especial, denominado, de giro de cheques en las condiciones que menciona el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970 corresponde al Juez Penal del Circuito del lugar donde se emitió o transfirió el cheque (decisión de 5 de junio de 1971, Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII, números 2340 y 2345).

"En primer lugar, y por tratarse de títulos valores, cuyo régimen se consagra de manera especial en la legislación mercantil, se debe acudir al Código de Comercio como a la fuente más indicada para auscultar soluciones.

"Este estatuto, después de establecer que toda obligación cambiaria deriva su eficacia de la firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable (artículo 625), y luego de considerar como requisitos esenciales de todo título valor la mención del derecho que en él se incorpora y la firma de quien lo crea (artículo 621), entra a dar criterios supletorios para determinar dónde puede ejercerse la acción cuando no se menciona en el instrumento el lugar de su cumplimiento, y dónde se entiende creado éste, cuando tampoco se señala en el mismo el lugar en que lo fue.

"En esas hipótesis, permite ejercitar la acción en el domicilio del creador del título, y lo entiende creado en el lugar de su entrega.

"De estos dos criterios, el específico para determinar el lugar donde se cometió el hecho que es motivo de la presente investigación, sería el de la entrega, a través del cual se deduciría el de su creación, con lo cual se fijaría, combinándolos, la competencia por el factor territorial, de acuerdo con la citada doctrina de la Corte.

"No se tiene en cuenta, para esclarecer el asunto que se analiza, el criterio del domicilio

del creador del título valor, por ser específico para el cumplimiento de la obligación, y porque no es en el lugar en que ella deba cumplirse donde se perfecciona el delito de giro indebido de cheques, sino en aquel donde fue creado y entregado; en otros términos, donde fue emitido.

"No estando establecido con elementos probatorios suficientes en qué lugar entregó los cheques ... tampoco resulta idóneo el criterio específico tomado de la legislación mercantil.

"No queda, entonces, otro medio para desatar el punto litigioso que acudir a la norma de la competencia por prevención (artículo 42 del Código de Procedimiento Penal), ya que no es conocido el lugar de comisión del hecho investigado" (auto de 21 de mayo de 1980).

Lo único que cabe advertir respecto de la doctrina que se deja transcrita es que, al haber quedado ubicado el fraude mediante cheque en el título de los delitos contra el patrimonio económico, la cuantía entró a desempeñar respecto de este hecho punible el mismo papel regulador de competencia que tiene respecto de los demás delitos de este título, antes denominados "contra la propiedad". Así lo dejó establecido esta Sala en decisión de 7 de julio de 1981.

Como en el caso que se estudia se da el mismo supuesto del desconocimiento, hasta ahora, del lugar donde se expidió y entregó el título valor, y por cuanto fue en el territorio de la comprensión jurisdiccional de Buga donde se formuló la denuncia, se inició la instrucción, y hasta se decretó la detención preventiva del sindicado, la cual revocó el Tribunal Superior de Buga por razones diferentes de las de competencia, es a aquel despacho judicial y no al Juzgado del Circuito Penal de Palmira, a quien corresponde continuar la investigación. También es competente por razón de la cuantía, pues el cheque objeto material de la conducta que se investiga fue girado por valor de treinta y cuatro mil trescientos cincuenta y dos pesos ($ 34.352,00) (folio 17).

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIMA el conflicto de competencias planteado, asignando el conocimiento del asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga a quien se remitirán las diligencias. Infórmese lo resuelto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COSA JUZGADA

Pese a que el Código Penal actual (artículo 98) no aclara la extensión que contempla el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal, la Corte considera que sigue vigente el principio de cosa juzgada para los casos en que se haya proferido sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75.

Bogotá, D. E., agosto 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha de resolver la Sala el recurso de apelación interpuesto por la denunciante contra el auto inhibitorio que el Tribunal Superior de Bogotá emitió el 30 de abril pasado respecto de imputaciones hechas al doctor Víctor Manuel Guerra Martínez, Juez Primero Penal Municipal de Fontibón.

Hechos

Se acusa al doctor Guerra Martínez de no haber tramitado denuncia penal formulada por Aleira Morales contra un Comisario de Policía de Fontibón, de haberla maltratado de palabra cuando preguntaba por el curso de su denuncia y de haber dispuesto su captura en alguna ocasión.

Resultandos y considerandos

1. En la providencia recurrida sostiene el Tribunal que se impone auto inhibitorio porque en relación con los mismos hechos ahora denunciados por la señora Aleira Morales hubo ya investigación penal que culminó con cesación de procedimiento.

2. Visible en los folios 29 a 43 aparece fotocopia auténtica del auto de 22 de septiembre de 1980 en el que el Tribunal de Bogotá declara "que los hechos que dieron origen a esta investigación no existieron" y consecuencialmente ordena "el cese de todo procedimiento contra el Juez Primero Penal de Fontibón, Víctor Manuel Guerra".

Ahora bien, si se comparan los hechos investigados en aquella oportunidad por el Tribunal de Bogotá y de los cuales la providencia atrás mencionada hace amplia transcripción, con los que la señora Aleira Morales Cadena denuncia nuevamente ahora (folios 1 a 10) se verá que son los mismos.

3. *Señala el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal que "el procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta"; y agrega que "esta norma se aplicará igualmente en el caso de sobreseimiento definitivo y de la providencia especial del artículo 163, excepto cuando ésta se funde en querella ilegítima".*

Este principio se reitera en el actual Código Penal (artículo 98), pese a que en él no se aclara su extensión (como sí lo hace el artículo 14 del nuevo Código de Procedimiento Penal no vigente todavía, aunque con terminología diversa) a las providencias de sobreseimiento definitivo y cesación de procedimiento. No obstante tal omisión, la Sala considera que sigue vigente la segunda parte del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal, porque si bien los sobreseimientos definitivos y las cesaciones de procedimiento no configuran formalmente una sentencia

porque el momento procesal en que se emiten no corresponde al de aquélla —es siempre anterior— y porque en tales proveídos no se condena ni se absuelve al procesado, es indudable que en el plano sustancial son esencialmente sentencias en cuanto ponen fin al proceso iniciado, salvo cuando la cesación de procedimiento se funda e ilegitimidad de la personería del querellante, como lo indica la norma precitada del estatuto procesal penal. Y porque con su ejecutoria cesa definitivamente la potestad investigadora del Estado y su eventual poder sancionador respecto de ese mismo hecho —no importa que haya variado su denominación jurídica—, síguese que el apotegma de la cosa juzgada fundado en el viejo principio latino del non bis in idem, *es de forzosa aplicación en estas situaciones. El constituye, por lo demás, preciosa y vital garantía ciudadana de protección infranqueable contra cualquier intento de revivir judicialmente imputaciones por hechos que ya fueron definitivamente resueltos por autoridad competente.*

4. Como quiera que es esta la realidad procesal en el presente caso, le asiste razón al Tribunal al declarar que se abstiene de iniciar nueva investigación contra el doctor Víctor Manuel Guerra Martínez.

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

Resuelve:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

La causal tercera de recusación de que trata el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es aplicable al juez o Magistrado que esté unido al Fiscal por el parentesco señalado en la norma, en razón a que la actuación del Agente del Ministerio Público puede equipararse a la de los apoderados o defensores

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75.

Bogotá, D. E., agosto 6 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Dentro del presente proceso que por los posibles delitos de homicidio culposo y contra la salubridad pública se ha venido adelantando contra el Coronel (r) Francisco José Galindo Vargas y otros y al conocer, por consulta del sobreseimiento definitivo que, en favor de los sindicados, dictó el Juzgado Veintiséis Superior de este Distrito Judicial con fecha 30 de enero del año en curso, el Magistrado doctor Luis José Mojica Niño, a quien le fue repartido el asunto para sustanciación, manifestó en auto de 16 de junio del cursante año, que se encontraba impedido para intervenir en el proceso por ser hermano del doctor Gustavo Adolfo Mojica Niño, quien actuó en el mismo en su calidad de Fiscal del juzgado que se deja mencionado.

Los restantes Magistrados de la Sala, en providencia de 2 de julio, decidieron no aceptar el impedimento y enviar, por lo tanto, el proceso a esta Sala para que se definiera el incidente.

Para resolver se considera

Aunque es muy parca la manifestación que del impedimento hace el Magistrado Mojica Niño en la que se limita a expresar el parentesco que lo une con el Fiscal del Juzgado del conocimiento y a invocar la causal primera de recusación (artículo 78 del Código de Procedimiento Penal) se entiende que es con base en el dicho vínculo de consanguinidad que se declara impedido.

Ahora bien, aun cuando correspondía invocar, no la causal primera de recusación, sino la tercera, debe considerarse que, en el fondo, ésta es la que viene al caso por la razón expresada y así lo entiende la Sala que habrá de examinar la situación en el ámbito del dicho motivo de impedimento.

Sobre este planteamiento se tiene, entonces, que *aun cuando el Agente del Ministerio Público no es una de las partes, en el sentido estricto del término, sí ha sido tenido al par de ellas, así sea con la denominación de "parte sui generis" dentro del proceso, distinguiendo su función de la del juez o fallador y acercándola a la de los particulares que intervienen en el mismo.*

Y aunque, de otro lado no puede decirse representante de una de ellas, no es menos cierto que obra como personero de esta parte especial y, por tanto, su actuación puede equipararse a las de los apoderados o defensores.

En estas circunstancias, el parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil que una al Fiscal con el Juez o Magistrado a quien le corresponde conocer del proceso en una instancia posterior, impide a éstos para actuar por cuanto existe el mismo interés de parentesco que ha llevado al legislador a separar de los procesos a quienes se encuentren vinculados en esa forma a las demás partes.

No es equitativo ni conveniente, viniendo al caso de autos, que el Magistrado doctor Luis José Mojica Niño se vea obligado a intervenir en un proceso en que su hermano ya expresó su opinión como Fiscal y por eso debe aceptarse el impedimento que ha manifestado.

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

Resuelve:

DECLARAR fundado el impedimento que manifiesta el honorable Magistrado, doctor Luis José Mojica Niño, para intervenir en el presente proceso y ordenar que se proceda a completar la Sala en la forma prevenida por la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SUSTITUCION DE PRESIDIO EN PRISION

Artículos 41 y 377 del Código Penal. No se trata de conversión de penas, sino de cambio de denominación por haber desaparecido la llamada pena de presidio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 76 de 10 de agosto de 1981.

Bogotá, D. E., agosto 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte acerca de la solicitud de libertad formulada por el procesado Heliodoro Díaz Bello, apoyada en el artículo 72 del Código Penal y 453 del Código de Procedimiento Penal (Ley 17 de 1975, artículo 7º, numeral 6º).

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa desfavorablemente respecto de esta petición, pues el solicitante no ha cumplido el tiempo necesario para merecer el beneficio que invoca.

Se considera

Heliodoro Díaz Bello fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena principal de doce (12) años de presidio, como autor responsable de los delitos de homicidio consumado en la persona de José Javier Cangrejo y homicidio frustrado en Eudoro Castiblanco Salas (folios 30 a 37 del cuaderno del Tribunal).

Para ser acreedor al beneficio de libertad impetrado, el procesado debe haber cumplido, conforme al artículo 72 del Código Penal, las dos terceras partes de la pena impuesta que, en este caso, equivalen a *noventa y seis (96) meses.*

El peticionario se encuentra detenido, en razón de este proceso, desde el día 16 de mayo de 1975 (folios 38 y 39 del cuaderno principal), lo cual quiere decir que, hasta la fecha, ha descontado en privación efectiva de su libertad *setenta y cuatro (74) meses veinte (20) días.*

De acuerdo con el certificado que aparece a folio 635 del cuaderno principal, el solicitante acreditó haber trabajado en el establecimiento carcelario un total de seiscientos veintiocho (628) días, lo que significa, realizados los cómputos pertinentes, que Heliodoro Díaz Bello ha descontado por este aspecto *seis (6) meses veintinueve (29) días* de la pena impuesta.

Sumado el tiempo de redención por trabajo al que lleva en detención efectiva, se tiene que ha purgado un total de *ochenta y un (81) meses y diecinueve (19) días* de la pena, tiempo inferior al que corresponde a la proporción exigida en el artículo 72 del Código Penal.

Como el procesado invoca el artículo 60 del anterior Código Penal respecto de la sustitución de presidio en prisión, debe precisarse que no se trata de conversión de penas, sino de cambio de denominación por haber desaparecido la llamada pena de presidio (artículos 41 y 377 del Código Penal).

El alcance y sentido de la última norma citada, dicen relación a que el tiempo de presidio que se impuso a una persona bajo la vigencia del anterior Código, lo descontará como si le hubiera sido impuesto de prisión.

El texto que cita el peticionario (artículo 60 del Código Penal anterior), el cual quedó derogado, obedecía a finalidades muy diferentes de las que él pretende.

No es procedente, por tanto, el otorgamiento de la libertad que impetra Heliodoro Díaz Bello.

Visto lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con

el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NIEGA la libertad invocada por el procesado Heliodoro Díaz Bello.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Coyollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

En qué casos las informaciones periodísticas pueden motivar el cambio de radicación de un proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 077.

Bogotá, D. E., agosto 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El defensor del procesado ha solicitado al Gobierno Nacional el cambio de radicación del proceso que actualmente adelanta el Juzgado Primero Superior de El Espinal contra Eduardo Angarita Niño, por falsedad en documentos, en el que fue absuelto de todos los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder mediante sentencia de primera instancia, recurrida por el representante de la parte civil.

El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha pasado a la Corte el memorial y documentos presentados por el peticionario para solicitar el cambio de radicación, limitando a ese traslado su intervención.

Resultandos

1. El trámite dado hasta ahora al proceso ha sido el siguiente, según certificación expedida por el Juzgado Primero Superior del Círculo Judicial de El Espinal:

"... en este juzgado, cursa un proceso contra el señor Eduardo Angarita Niño, por el delito de *falsedad en documentos*, según hechos denunciados por el señor Carlos Noé Contento Amaya, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Saldaña —Tolima—, el veintiuno (21) de abril de mil novecientos setenta y nueve (1979). Aparece radicado bajo el número 3115, al folio 237 del Tomo 13 ...".

"... por auto calendado el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos ochenta (1980), fue reconocido el doctor Humberto Barrera Domínguez, como defensor del encausado Eduardo Angarita Niño, habiendo tomado posesión de su cargo el cuatro de junio del año acabado de citar, y desde esta fecha ha venido actuando como tal ...".

"... por auto datado el veintiséis (26) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979), emanado de este juzgado, se dispuso tener al doctor César Augusto Saicedo Murillo, como apoderado sustituto de la parte civil instaurada dentro del presente proceso, y que desde esa misma fecha de su reconocimiento entró a actuar como tal, habiendo intervenido en el acto procesal de la audiencia pública, que se cumplió el veintiocho (28) de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981) y que el treinta (30) del mes y año últimamente citados, recibió en la Secretaría de este Despacho unas copias que había solicitado dentro de la misma audiencia...".

"... dentro de estas diligencias figura como denunciante el señor Carlos Noé Contento Amaya, identificado con la cédula de ciudadanía número 3038606, expedida en Girardot ...".

"... este proceso finalizó en primera instancia mediante sentencia datada el ocho de junio de mil novecientos ochenta y uno, merced a la cual, se resolvió *absolver* a Eduardo Angarita Niño, de todos los cargos que se le formularon por el delito de *falsedad en documentos*. Contra esta decisión jurisdiccional, se interpuso el recurso de apelación, por el doctor Enrique Romero Rincón, en su calidad de actual representante de la parte civil, en el acto de su notificación personal, el cual, ya se concedió para ante la Sala Penal del honorable Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por auto de fecha veinticuatro de los corrientes ...".

(Folios 4 a 5).

2. Los motivos fundamentales invocados por el memorialista para solicitar el cambio de radicación son los siguientes:

"... d) La general amistad que por el doctor Salcedo Murillo existe entre las distintas esferas del poder judicial en Ibagué, ha dado lugar a que se haya creado un ambiente de franca animadversión contra la familia Angarita, particularmente entre quienes administran justicia en Ibagué, diciéndose que ellos le tendieron una celada al doctor Salcedo para llevarlo a la cárcel ...".

"... ... ...".

"... e) De otra parte, el día viernes, diez de junio último, el noticiero radial de 'Ecos del Combeima', dio cabida noticiosa a un comunicado de 'Conalbos', leído por el doctor Hernán Cardozo, del Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué, en el cual se decía de una 'encerrona que la familia Angarita le había hecho al doctor Salcedo, de quien ...', en esa misma comunicación, se hicieron altos elogios ...".

"... f) Estos hechos y particularmente la especie dada a la publicidad de una supuesta 'encerrona' contra el doctor Salcedo Murillo, por parte de la familia Angarita, ha creado, como se anotó, un desambiente en las esferas judiciales, francamente perjudicial para una recta administración de justicia, particularmente en el proceso en el que intervino dicho doctor Salcedo y es acusado el señor Eduardo Angarita Niño, del que va a conocer el Tribunal Superior de Ibagué, al ser apelada la sentencia absolutoria ya dicha ...".

Considerandos

Las pruebas presentadas por el defensor del procesado para sustentar su petición, cinco declaraciones extrajuicio no producen, sin embargo, ni la certeza sobre la existencia real de los factores de perturbación que alega, ni la convicción, tampoco, respecto de la gravedad que le atribuye.

1. La prueba testimonial acompañada a la petición es, en efecto, notoriamente insuficiente para acreditar la gravedad de los hechos con fundamento en los cuales la Corte puede rendir concepto favorable sobre la solicitud, en parte porque aquella prueba se refiere, sustancialmente, a simples opiniones o temores de los testigos sobre el futuro del proceso y en parte, también, porque la copia de la sentencia dictada por el juzgado a favor del procesado, absolviéndole "de todos los cargos que se le formulaban por el delito de *falsedad en documentos*, denunciado por el señor Carlos Noé Contento Amaya", acompañada a su solicitud por el memorialista contradice, de manera evidente, la situación de hostilidad, envidia y antipatía existentes para entonces entre los funcionarios judiciales del Distrito en contra de aquél.

Gustavo Lozano Bocanegra, en efecto, sólo afirma que si antes había hostilidad contra la familia Angarita Niño, ahora "mucho peor" y que, por lo tanto, "la ciudad de Ibagué no es sitio ideal o normal para hacerse justicia sobre dicho caso" (folio 8); Álvaro Niño Espinoza se limita a señalar que "en este momento hay un ambiente muy tenso contra ellos (los Angarita), especialmente después de algún problema que han tenido con el doctor Salcedo", por lo que opina que "es obvio que con un ambiente tan adverso contra la familia Angarita, ellos tengan todos los derechos a pedir los cambios que sean necesarios con el fin de que se les haga justicia" (folio 9); Armando Restrepo Vivas, por su parte, manifiesta que no sabe por qué motivo "tratándose de unas personas de la calidad moral de los socios de Crediauto (los Angarita) se ha creado dentro de cierto medio social una situación de envidia y antipatía particularmente con la denuncia presentada contra el doctor Augusto Salcedo" (folio 10) y Héctor de Jesús Restrepo Toro (folio 11) y José Antonio Acosta Polanco (folio 12), finalmente, declaran en análogo sentido.

No obstante, si la justicia pudo ser correctamente aplicada en una población relativamente pequeña, como El Espinal, no se ve qué pueda turbarse en una gran ciudad, como la capital del departamento, menos propicia que aquélla para el predominio de intereses lugareños.

2. *Las solas informaciones periodísticas —habladas o impresas— o los comentarios —radiales o escritos— sobre la existencia del proceso, las determinaciones adoptadas en éste u otras circunstancias procesales o extraprocesales es función legítima de los medios de comunicación, que en nada puede afectar el desarrollo normal de la investigación o del juicio.*

Para que el ambiente social de un lugar pueda considerarse influido por las publicaciones periodísticas —de la radio o de la prensa— en la propia ciudad o en otras regiones del país, es nece-

sario que en ellas se ejerza, con despliegue de titulares y en forma más o menos constante, una indebida presión sobre los funcionarios para inclinar sus decisiones en un determinado sentido o para criticarlas y atacarlas cuando han sido proferidas en uno diferente, creando de tal modo una situación de zozobra inconveniente para la aplicación de la justicia.

No tiene tal carácter, por supuesto, el hecho de que el noticiero radial de "Ecos del Combeima", diera cabida noticiosa a un comunicado de "Conalbos", leído por el doctor Hernán Cardozo, del Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué, en el cual se decía de una "encerrona que la familia Angarita le había hecho al doctor Salcedo, de quien ...", en esa misma comunicación, se hicieron altos elogios.

3. No puede admitir la Corte, finalmente, que los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué estén expuestos a sufrir presiones insalvables o encuentren dificultades para la correcta aplicación de la ley en este caso, por el hecho de que el padre del procesado Angarita Niño haya formulado queja disciplinaria contra los integrantes de la Sala Civil y un tanto tangencialmente contra los de la Sala de Decisión Penal.

La Corte, en efecto, no encuentra relación alguna entre ese hecho y el injustificado temor que asalta al memorialista en el sentido de que las determinaciones futuras del Tribunal no se ajustarán a la más estricta interpretación y aplicación de la ley en este asunto.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, RINDE CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA OMISION DE EXAMEN PSIQUIATRICO A SUJETO INIMPUTABLE GENERA NULIDAD SUPRALEGAL

Cuando a sujeto inimputable por trastornos mentales, no se le practica examen psiquiátrico y se adelanta en su respecto proceso con jurados, se incurre en nulidad constitucional, no así cuando en el decurso de la actuación procesal no se evidenció ninguna alteración psicosomática que impusiera su reconocimiento médico

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 77.

Bogotá, D. E., agosto 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Vistos

Habrá de resolver la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Gloria Mercedes Hernández de Vásquez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que la condenó junto con su hermana Martha a pena principal de 15 años de presidio como responsable de la muerte violenta de su esposo Jaime Vásquez Melo.

Hechos

En las primeras horas del 30 de abril de 1977 en el inmueble distinguido con el número 30-A-82 de la Calle 5ª de Bogotá fue muerto con armas contundentes Jaime Vásquez Melo. El homicidio se imputó a su esposa Gloria Hernández, a su hermana Martha y a Gustavo Bernal Alfonso, habitante de la misma casa donde los hechos ocurrieron.

Actuación procesal

Iniciada la investigación por el Juzgado Cuarenta y Siete de Instrucción Criminal de Bogotá, fueron vinculados a ella Gustavo Bernal Alfonso y las hermanas Gloria y Martha Hernández. Los tres fueron llamados a juicio por el Juzgado Dieciséis Superior de Bogotá en calidad de coautores de homicidio agravado, en providencia confirmada por el Tribunal.

Al culminar la audiencia pública el jurado respondió a los cuestionarios con absolución para Gustavo Bernal y veredictos positivos de responsabilidad para las dos mujeres. El juzgado declaró contraevidente la primera veredicción, pero apelada tal decisión fue revocada por el Tribunal, con lo que el juzgador de primera instancia emitió sentencia de acuerdo con las tres respuestas del jurado. Este fallo fue confirmado por el Tribunal, en providencia del 26 de agosto de 1980.

Demanda de casación

Al amparo de la causal cuarta de casación e invocando nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta Fundamental, el recurrente formula tres cargos, así:

1. No se practicó examen psiquiátrico al procesado Bernal Alfonso, a pesar de que de los testimonios recogidos en la investigación se desprende que actuó en condiciones anormales y de que el propio funcionario investigador decretó la práctica de tal prueba y remitió el sumario a Medicina Legal para que la realizara. Se incurrió en nulidad, dice el recurrente, porque dicho examen psiquiátrico "era indispensable para la validez del juicio de imputabilidad (auto de proceder) y para la validez de la etapa posterior al juicio y la sentencia". Y luego advierte "podría argumentarse, a favor de la sentencia acu-

sada, que Bernal Alfonso fue absuelto. Mas la absolución del procesado no puede confundirse con el saneamiento de las nulidades constitucionales en que se haya podido incurrir, desde luego que no se trata de la observancia de preceptos en que esté comprometido el interés particular sino de normas en que está comprometido el orden público. Lo que se trata de definir es si debe respetarse o no la plenitud de las formas propias del juicio. El hecho de que el asunto haya terminado en absolución o condena no tiene relación necesaria con la validez o invalidez del proceso. Son normas de orden público, como ya se dijo, que deben ser respetadas en los juicios, independientemente de que los procesados resulten condenados o no. Aceptar otra cosa sería hacer depender la validez de las actuaciones judiciales, no de la observancia de la plenitud de las formas, sino del resultado final, lo cual desvertebraría la lógica jurídica en que debe apoyarse el sistema.

"Podría decirse, además, que Gloria Hernández carece de interés jurídico, ya que el artículo 26 de la Constitución no se violó en su perjuicio. Pero debe recordarse, al respecto, que se infringió una norma fundamental de derecho público en cuyo respeto están, pueden y deben estar interesados —no solamente la procesada—, sino todos los ciudadanos, de donde resulta el derecho de doña Gloria a demandar que se observe la plenitud de las formas propias del juicio. Si tiene la enjuiciada un interés jurídicamente tutelado y la tarea de la Corte, por otra parte, no está limitada a la defensa de los intereses particulares y específicos de las personas, sino que tiene como objetivo, además, velar porque en el trámite de los procesos se respeten la Constitución y las leyes".

2. No se observaron las formas propias del juicio porque se condenó a la procesada Martha Elena Hernández como responsable de homicidio agravado en la persona de su cuñado, sin que esta relación parental hubiese sido demostrada en el proceso; para fundamentar el cargo, cita apartes del auto de proceder y menciona como afectados los artículos 8º, 19, 105, 310 y 481 del Código de Procedimiento Penal.

3. Se vulneraron las formas propias del juicio porque, habiendo sido llamados a responder los tres procesados como "coautores" de homicidio, en los cuestionarios aparecieron como "autores" del mismo. Pretende demostrar este cargo con la tesis de que los fenómenos de la autoría intelectual, autoría material, coautoría y complicidad necesaria son distintos aunque puedan ser sancionados de la misma manera.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita negar las pretensiones del recurrente, en cuanto al primer cargo porque carece de interés para proponerlo porque no es apoderado de Bernal Alfonso, y además, éste fue absuelto y, por lo mismo, no resultó afectado por la omisión del dictamen pericial; respecto del segundo, porque se propuso en favor de una procesada que tampoco está representando, porque en él impugna la prueba, lo que no es de recibo en los juicios con intervención del jurado, y porque hay prueba testimonial y confesional que acredita el parentezco referido entre el occiso y la procesada Martha Hernández; y en relación con el tercer cargo, porque el error en que se incurrió al formular los cuestionarios respecto de la palabra "autoría" en vez de "coautoría", es insustancial en razón de la equivalencia punitiva de ambos fenómenos.

Alegato de la parte no recurrente

El defensor del procesado absuelto Gustavo Bernal Alfonso presenta memorial como parte no recurrente para oponerse a las pretensiones del casacionista con argumentos semejantes a los expuestos por el Ministerio Público.

Considerandos

Primer cargo. De conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal el funcionario dispondrá reconocimiento psiquiátrico al procesado respecto del cual existan elementos de juicio que permitan fundadamente suponer que cuando realizó el hecho se hallaba en situación de trastorno psicosomático. La razón de esta norma es la de que la alteración biosíquica de quien, afectado por ella, realiza comportamiento punible, puede configurar inimputabilidad cuando haya sido de tal naturaleza que le hubiese impedido comprender la antijuridicidad de su conducta o autorregularse conforme a dicha comprensión; y reconocida la existencia de tal fenómeno en el procesado a quien se le imputa hecho típico y antijurídico y a quien, por lo mismo, se le llama a responder, de él despréndese dos consecuencias importantes: una de orden procesal, en cuanto la audiencia del plenario se hará siempre sin intervención de jurado aun respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra

de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que sólo podrán imponérsele medidas de seguridad.

*Cuando a sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen psiquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario —con intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera— incúrrese en nulidad constitucional porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con preterm*isión *de las formas procesales legalmente preestablecidas, independientemente de que el juicio culmine con sentencia absolutoria o condenatoria. Pero cuando la omisión de examen psiquiátrico ocurre respecto de sujeto en relación con el cual en el decurso de la actuación procesal no se evidenció ninguna alteración psicosomática que hubiese influido en la realización del hecho punible que se le imputó, y sometido a juicio ordinario con intervención del jurado de conciencia se le absuelve por falta de pruebas o porque se demostró que actuó en situación de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad, no hay lugar a reconocimiento de nulidad, porque la supuesta irregularidad resultó a la postre jurídicamente irrelevante.*

No quiere esto significar que las nulidades de rango constitucional hayan sido creadas en beneficio particular, ni que el cumplimiento de las formalidades propias del juicio sea exigencia de interés individual; lo que ocurre es que el interés público en el dispensamiento de una justicia ceñida a formas procesales preestablecidas para garantizar la equidad entre las partes y para proteger el derecho del sindicado a un juicio justo, no sufren menoscabo por alteraciones u omisiones del rito procesal que dejan incólumes aquella garantía y este derecho.

Y es eso lo que ha sucedido en el presente caso. No se realizó el examen psiquiátrico decretado respecto de Bernal Alfonso y sobre el supuesto de su imputabilidad, fue llamado a juicio con intervención de jurado para responder junto con otras personas; las mujeres Gloria y Martha Hernández por el homicidio de Jaime Vásquez; pero a la postre resultó favorecido con sentencia absolutoria apoyada en veredicto que no lo halló responsable del delito que se le atribuía y no por razones atinentes a su estado psicosomático —cuestión ésta que ni siquiera se planteó en la audiencia pública—, sino porque los jueces de conciencia y el de derecho creyeron su versión sobre los hechos. Frente a esta inobjetable realidad procesal, la omisión del examen psiquiátrico, no constituye irregularidad capaz de subvertir el orden jurídico que gobierna el desarrollo de las actividades de sumario y juicio, y por lo mismo, de conducir a declaratoria de nulidad supralegal.

No prospera, pues, esta pretensión del recurrente.

Segundo cargo. Surge ostensible de su examen un error de técnica en la formulación de este cargo, porque *se capa* de nulidad constitucional subsumible extensivamente en la causal cuarta de casación, el recurrente plantea un hecho —se le dedujo a Martha Helena Hernández una agravante no demostrada— que debió ser expuesto con fundamento en la causal primera, segunda parte, como que él se asienta en presuntos errores probatorios, concretamente en la supuesta omisión de prueba idónea para establecer la relación parental entre esta mujer y el esposo de su hermana.

Esta equivocada presentación del cargo impone su desestimación, aunque en lo sustancial tampoco le asistiría razón al recurrente porque hay en el proceso al menos prueba testimonial de este hecho que seguramente el jurado encontró suficiente para reconocer la agravante, y porque aún aceptando la afirmación del recurrente, habiéndose deducido otra agravante específica del homicidio —la del abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido, expresamente señalada en los cuestionarios— se le impuso pena de 15 años de presidio (hoy prisión) que es la mínima prevista en el artículo 363 del Código Penal de 1936, aplicable al caso; con lo que el hipotético reconocimiento de este cargo ningún influjo tendría sobre la dosificación punitiva precisada en la sentencia.

Tercer cargo. Llámase autor a quien realiza la conducta típica; si lo hace de manera directa y personal, recibe el nombre de autor material; *si, en cambio actúa por interpuesta persona a la que se conecta mediante orden, coacción, mandato, consejo, instigación o acuerdo, se le denomina* determinador o autor intelectual. *Cuando son varias las personas que mancomunadamente ejecutan el hecho punible, reciben calificación de* coautores, *en cuyo caso lo que existe, obviamente, es una pluralidad de autores. Por manera que llamar autores a los coautores no constituye incongruencia alguna, ni sustancial error. No sobra agregar a estas elementales consideraciones que en razón de ellas la consecuencia punitiva del delito cometido por autor material, autor intelectual y coautores, es idéntica.*

Revisados, por lo demás, los cuestionarios formulados a los tres procesados, encuéntrase que en ninguno de ellos se emplean las palabras *autor* ni *coautor*, aunque de su contexto integral y conjunto se desprende inequívocamente respecto de cada uno de ellos la calidad de coautor material de un mismo homicidio.

Tampoco prospera este cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRUEBA DE LA CALIDAD DE EMPLEADO OFICIAL

La calidad de empleado oficial puede acreditarse por medio de probatorios distintos a la copia del acta de nombramiento, acta de posesión y certificación de estar desempeñando el cargo al tiempo de la infracción

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 77.

Bogotá, D. E., agosto 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Al calificar el sumario dentro del proceso seguido al doctor Mario Marenco Reales por delitos de falsedad documentaria y abuso de autoridad al ejercer el cargo de Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, el Tribunal Superior del mismo Distrito resolvió, mediante providencia de 3 de diciembre de 1980, enjuiciar a aquél por la primera de esas infracciones, al paso que declaró prescrita la acción penal y dispuso la cesación del procedimiento en lo relativo a la segunda.

Contra tal determinación propuso recurso de apelación el defensor del procesado, quien al sustentarlo demanda la revocación de ella, pues en su sentir no tienen existencia los delitos a que alude el proceso, por cuyo motivo el Tribunal no debió haber tomado la determinación impugnada, sino sobreseer definitivamente.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, sin hacer referencia al supuesto delito de abuso de autoridad, encuentra razonables las motivaciones del enjuiciamiento por estar acordes con las pruebas recogidas y de ahí que solicite su confirmación.

Corresponde a la Corte ahora decidir la apelación.

Hechos y actuación procesal

El doctor Mario Marenco Reales, revestido del carácter de Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, y mediante oficio número 425 de 23 de agosto de 1974, en que transcribe la parte resolutiva de un supuesto auto del juzgado de 16 del mismo mes, ordenó al almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana en esa ciudad "la entrega real y material de las mercancías relacionadas en el acta de ingreso número 048-1048 de fecha febrero 27 del año en curso, a excepción de 680 cartones de cigarrillos americanos, a los señores: Juana Pérez y Teófilo A. Barragán L., identificados con las cédulas de ciudadanía números 22369678 y 7461897, expedidas en Barranquilla, respectivamente", a pesar de que el proceso aduanero a que dio lugar el decomiso de las mercancías mencionadas en dicha acta, había sido enviado por competencia al juzgado homólogo de Santa Marta, en obedecimiento a lo dispuesto en auto de 15 de marzo de 1974.

El Tribunal inició la investigación el 7 de febrero de 1980 y la cerró el 1º de septiembre siguiente, dejando establecido en el expediente la calidad de juez en el acusado para la época de los hechos, la realidad del oficio 425 de 23 de agosto de 1974 y que como el proceso respectivo había salido del despacho del inculpado mucho antes de esa fecha, no podía ser cierta la resolución inserta en tal oficio. El sumario fue calificado el 20 de abril del presente año, con la determinación a que se contrae el recurso, en la cual el *a quo*, con salvamento de voto de uno de sus miembros, precisa que "está claramente demostrado en los autos que el ex Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, Mario Marenco Reales, adecuó su conducta a la infracción descrita en el ordinal 7º del artículo 231 del Código

Penal, pues, expidió el oficio mencionado transcribiendo una providencia inexistente" y que "respecto a la infracción descrita en el artículo 171 del Código Penal, que en el presente caso concurre con el delito de falsedad en documento público, la Sala estima que dado el tiempo transcurrido desde la época en que se cometió la infracción (marzo de 1974), hasta la fecha, se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 105 de la misma obra".

Concepto del Ministerio Público

Glosa las apreciaciones del Magistrado que salvó su voto y los argumentos traídos por el recurrente en sustento de la apelación, para rebatirlos y concluir solicitando la confirmación del enjuiciamiento. Dice, en efecto, el Procurador Delegado:

"En cuanto a la primera glosa del salvamento de voto por no haberse allegado al expediente el acta de posesión ni la constancia sobre el ejercicio del cargo del procesado, no fue negligencia del funcionario comisionado, pues en repetidas oportunidades las pidió y la Secretaría General de la Alcaldía contestó (folio 92) que no era posible dar respuesta favorable, por cuanto que algunos libros de actas de posesión del año de 1974 se extraviaron.

"Pero la inadvertencia de esos documentos se encuentra subsanada con la copia del acuerdo que designó en interinidad al doctor Mario Marenco Reales como Juez Superior de Aduanas de Barranquilla de fecha 18 de enero de 1974 (folio 36); con la copia del auto de 15 de marzo de 1974, que ordenó remitir las diligencias al Juez Superior de Aduanas de Santa Marta y que confirmó el procesado (folio 39) y con la copia del oficio número 425 del 23 de agosto de 1974, que transcribió un auto, ordenando entregar las mercancías (folios 9 y 48) y que también firmó el doctor Marenco.

"En cuanto al segundo punto del salvamento de voto el mismo número del memorial del defensor, es verdad que al procesado no se trajo el original del oficio 425, ni se reconoció por el funcionario de instrucción tal como la ley lo determina, pero no es menos cierto como lo preceptúa el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal que en materia penal existe libertad probatoria, ya que lo importante en este caso es saber la realidad de lo ocurrido. Con base en un documento público, la copia que expidió el almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana y que no se ha redargüido de falsa, está demostrando que por orden del procesado se entregó esa mercancía y así lo acepta éste en la diligencia de indagatoria. También refuerza este hecho, el acta de egreso y la declaración del almacenista, señor Juan Muñoz Abumada. Bien vale la pena por economía procesal y para un mejor perfeccionamiento del proceso, que en la etapa probatoria del juicio se allegue a las diligencias el original del oficio 425 o se reconozca por medio de una inspección judicial.

"La falta de la prueba grafológica en el oficio 425, no incide en la demostración de los hechos, pues el acusado reconoció como suya la firma. Si esta circunstancia no se hubiere presentado, tal vez se haría necesario el cotejo de firmas.

"Con relación al punto 4º y que a su vez lo aduce el defensor de que el cuerpo del delito no está probado, basta con remitirnos a la respuesta dada en la segunda glosa; se repite que el cuerpo del delito quedó probado por todos los medios de convicción que allí se anotaron, pues el hecho de haberse entregado una mercancía de la cual conoció en un principio el procesado, pero que al momento de su devolución no tenía esa facultad, pues era de competencia del Juez Superior de Aduanas de Santa Marta y se la tomó con pleno conocimiento de causa, no justifica el predicado error en que pudo incurrir, porque el proceso número 275, donde se dice se profirió el auto de devolución, hace relación a un automóvil y la mercancía ordenada a entregar es de variada especie y es obvio que para redactar la anotada providencia, tuvo que tener el Despacho esas diligencias y no es fácil confundir un bien (vehículo) con latas de sardinas, termos, cenceros de vidrio, radio, radiolas, planchas eléctricas, patines, pistas de carro, aviones de juguetes, loncheras, adornos de bar y pantalonetas, que fueron los objetos que se entregaron.

"En relación con la prueba de responsabilidad del acusado, a que se alude en el punto quinto, este Despacho se remite a las observaciones hechas en precedencia.

"Glosa 6ª Es verdad que no se oyó en declaración al Secretario del juzgado, sería conveniente escucharlo en la etapa probatoria del juicio, para una mejor ilustración, así como averiguación sobre el posible incendio del juzgado y la radicación del expediente. Dice así mismo el defensor que el secretario inescrupuloso le pasó a su defendido el oficio transcribiendo un auto inexistente el que firmó y que no se estableció el resultado de la investigación contra ese empleado.

"Carece por completo de sustento la afirmación del señor defensor; en el proceso no se ha establecido que el secretario haya elaborado por su cuenta el oficio que ordenó la entrega de la mercancía. Todo lo contrario, el procesado reconoció haber firmado el oficio que ordenaba la entrega de la mercancía, precisamente contra una costumbre establecida. El hecho de que no se haya oído el testimonio del secretario en nada favorece al juez sindicado, pues, además, esta declaración podrá válidamente apartarse en el período probatorio de la causa.

"Con relación al segundo del señor defensor, quedó contestado, cuando se habló sobre el mismo aspecto que se comentó en el salvamento de voto. La tercera nota del señor abogado, o sea que la figura del numeral 7º del artículo 231 del Código Penal de 1936, no la reprodujo el Código actual, carece de respaldo, pues el artículo 219 del Código Penal vigente, expresa: 'El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad ...', y este fue el comportamiento que realizó el doctor Mario Marenco Reales, quien para la época de los hechos, era Juez Superior de Aduanas y en tal ejercicio extendió el falso oficio número 425 en el que ordenaba entregar una mercancía, ya que con base en un auto inexistente se logró la ilícita disposición de los bienes incautados.

"Anota en su cuarta glosa el señor defensor que en el auto de proceder se sostiene que el juez no tenía competencia para dictar el auto de entrega de la mercancía y si lo hubiese dictado, explica el abogado, que estaría usurpando funciones. Justamente en ello se fundamenta la falsedad que dio lugar al enjuiciamiento, pues el funcionario no sólo supuso un auto para librar el oficio falaz, sino que entregó unas mercancías que se hallaban a disposición de otro juzgado.

"En quinto lugar anota el señor defensor que el doctor Marenco no dictó el auto de 15 de agosto de 1974 (del 16) ni confesó que lo hubiera dictado. En la indagatoria se le preguntó sobre el contenido del oficio 425 donde se transcribió parte del auto del 16 de agosto de 1974, al cual se refiere el señor defensor y que ordenaba el remate de unos cigarrillos y la entrega de otras mercancías, contestó el acusado: 'La verdad que la providencia de entrega y remate de la mercancía, pudo ocurrir un error, de buena fe, de parte del suscrito ...'.

"Las anteriores expresiones no son otra cosa, sino el fiel reconocimiento del procesado de haber dictado el ameritado auto a pesar de que atribuye este hecho a un posible error, el cual realmente no existió habida cuenta de los razonamientos que se hicieron en precedencia.

"Señala el apoderado que el oficio 425 supuestamente originario del Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, no podía constituir para el almacenista del Fondo Rotatorio una prueba atendible por cuanto la mercancía estaba por cuenta del Juez de Santa Marta.

"Sea lo primero repetir que la orden impartida por el juez en el oficio que remitió al almacenista si tenía el carácter de obligatoria para él, pues en ese documento se citó el acta de ingreso número 048-1048, donde precisamente se relacionaba la mercancía que se ordenaba devolver y que estaba bajo la custodia del almacenista desde hacía ya unos seis meses, largo tiempo para que ese empleado se acordara que esos bienes estaban por cuenta de otra autoridad. Si a esta circunstancia se agrega que generalmente la mercancía que se deposita en un almacén de la Aduana, corresponde a la respectiva jurisdicción del juez, donde funciona ese almacén, es otra particularidad que hace obligatorio para un almacenista dar cumplimiento a lo que los jueces ordenan, pues cabe presumir que ellos obran correcta y cuidadosamente al disponer la entrega de bienes ...".

Se considera

El concepto fiscal en precedencia excusa el examen del salvamento de voto hecho por uno de los Magistrados firmantes de la resolución que se revisa o, igualmente, de la alegación del recurrente, puesto que en él se hicieron las debidas referencias a uno y otro.

Ahora bien: en relación con los reparos hechos a la investigación y a la providencia materia del recurso, cabe anotar:

I. *No es cierto que el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal exija perentoriamente que en la investigación de todo delito atribuido a empleado oficial, con ocasión de sus funciones o en ejercicio de ellas, se demuestre esa calidad con copia del acto de nombramiento o elección, con la del acta de posesión y con certificación del cargo al tiempo de la infracción. Lo que esa norma claramente señala es que así debe hacerse, pero "en cuanto fuere posible". De forma que si en el asunto sub examine no pudo ser recogida la copia del acta de posesión ni la certificación sobre el ejercicio del cargo de Juez de Aduanas*

por el acusado a la fecha de los hechos, ello no significa que no esté plenamente acreditada su calidad de tal en esa oportunidad, obrando como obra copia del acuerdo de elección y de diligencias judiciales que evidencian el ejercicio del empleo.

Tampoco el artículo 347 del ordenamiento que regla el proceso penal reclama la necesaria agregación al expediente, cuando se investiga un delito de falsedad documentaria, del original del documento sobre el que hubiese recaído la falsificación, desde luego que tal precepto prescribe que así se hará "si fuere posible".

De suerte que si la evidencia recogida muestra que el exfuncionario procesado sí libró el oficio cuestionado, como él mismo lo reconoce en su indagatoria, no se alcanza a advertir de qué manera la situación puede ser diferente por no haberse traído el original de la comunicación del juez al almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana, si copia de ella, debidamente autenticada, obra en el sumario y siendo así que conforme a preceptiva procedimental la copia está llamada a suplir la falta del original con todos sus efectos, más cuando en este caso el inriminado reconoció haberlo suscrito.

De forma que si en esa comunicación, con inmutación de la verdad, se hizo cita de providencia inexistente para sustentar el pedido de entrega de la mercancía incautada, es evidente que se faltó a la verdad y se creó una prueba falsa con quebranto de la fe pública. Así, pues, la conducta del procesado se adecuó al precepto del numeral 4º del artículo 231 del Código Penal de 1936, que no al del numeral 7º ibídem como lo predica la decisión de primera instancia, por cuanto al ejecutar el acto judicial que implica el oficio, el juez no estaba dando copia ni estaba certificando sobre documentos existentes o no. Es más, el proceder del acusado no resulta beneficiado con la nueva legislación penal (Decreto 100 de 1980), porque el artículo 219 de ésta reprime como "falsedad ideológica en documento público" al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad", con pena igual a la fijada por el dispositivo vigente a la fecha de los hechos.

II. Es verdad, como lo afirma el recurrente, que la determinación recurrida no precisa en qué consiste el abuso de autoridad en relación con el cual declara extinguida la acción penal. Pero en el entendimiento de que hubiera sido tomado por tal la indebida orden de entrega de la mercancía a los señores Juana Pérez y Teófilo Barrogán, precisa puntualizar que esa conducta del funcionario judicial configura un peculado concurrente con la falsificación ideológica del oficio 425. Es que si los objetos a que alude esa orden habían sido puestos a su disposición al conocer inicialmente del proceso penal aduanero a que dio lugar el decomiso, bien puede decirse que continuaban bajo su disponibilidad jurídica como juez de aduanas, como lo evidencia el simple hecho de poder ordenar su entrega, por más que al verificar ésta ya el proceso no se encontrara en el despacho a su cargo. Los bienes en depósito en el Almacén del Fondo Rotatorio de la Aduana de Barranquilla se encontraban entonces bajo su custodia jurídica; y al disponer de ellos, en beneficio de terceros, prevalido de documento falsificado, lesionó la probidad, fidelidad y decoro debidos a la administración pública, incurriendo así en el hecho punible descrito en el artículo 3º del Decreto 1358 de 1951 a la sazón vigente, sin que tampoco por este aspecto se encuentre situación favorable en el estatuto penal que rige, puesto que el artículo 133 de éste no introduce cambio fundamental alguno en el tipo del peculado, salvo que mientras el primero de tales preceptos señala pena de cuatro a quince años de presidio cuando el valor de lo apropiado no excede de tres mil pesos, el segundo, con referencia a prisión, establece los mismos límites de punibilidad, pero cuando la apropiación sobrepasa los quinientos mil pesos.

En suma, debe ser revocada la declaratoria de prescripción de la acción penal hecha por el *a quo* en relación con el supuesto abuso de autoridad y confirmarse el enjuiciamiento, pero con la adición del delito de peculado, al cual se extenderá así mismo la detención.

III. El Tribunal reconoció al procesado el derecho a disfrutar de libertad provisional con aplicación del artículo 68 del Código Penal que rige y sobre la base de que "un cálculo provisional de la pena imponible en *caso de condena* sería de tres (3) *años de prisión*, dado que en los autos no aparece contra el procesado ninguna circunstancia de agravación punitiva genérica (artículo 66 ídem) y sí una de atenuación, cual es la buena conducta anterior (artículo 64 ibídem)". Mas al quedar establecido que el inriminado no sólo incurrió en el delito de falsedad a cuyo mínimo de pena se refiere el Tribunal, sino también en un concursante delito de peculado, es claro que conforme a los criterios que para fijar la pena señala el artículo 61 del nuevo es-

tatuto penal, en el evento *sub examine* ella habrá de ser necesariamente superior a tres (3) años, por cuyo motivo no procede la aplicación del mencionado artículo 68, desde luego que éste sólo autoriza su aplicación cuando la pena impuesta no exceda de tres años de prisión. De suerte que al no concurrir el evento de libertad provisional que disciplina el ordinal 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, debe cancelarse la gracia otorgada en primera instancia y, consecuencialmente, disponerse la captura del procesado para que cumpla detención preventiva por los delitos de falsedad y peculado.

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

Resuelve:

1. REVOCAR la declaratoria de prescripción que contiene la providencia recurrida con respecto a supuesto delito de abuso de autoridad.

2. CONFIRMAR el enjuiciamiento del doctor Mario Marenco Reales, por el delito de falsedad documental.

3. LLAMAR a juicio al mismo doctor Mario Marenco Reales por el delito de peculado que se contempla en el Título III, Capítulo I, Libro II del Código Penal de 1936 en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1358 de 1951 y en el Capítulo I del Título III del Libro II del Decreto 100 de 1980.

4º REVOCAR la libertad provisional concedida en primera instancia al exfuncionario procesado y disponer su captura para que cumpla detención preventiva por los delitos a que se contrae el enjuiciamiento.

5. ORDENAR que en el momento de notificársele el nuevo enjuiciamiento, se le hagan las prevenciones que dispone la ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMPETENCIA POR RAZON DEL TERRITORIO

Cómo se establece

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 077.

Bogotá, D. E., agosto 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá, por auto de 10 de abril del año en curso, se declaró incompetente para conocer de este proceso, que envió al Primero Superior de Palmira, fundado en la consideración de que los documentos públicos falsos materia de la investigación fueron usados por la procesada en esta última ciudad y, por consiguiente, en el supuesto de que la competencia para el conocimiento correspondía, territorialmente, a este juzgado.

El de Palmira, por el contrario, mediante auto de 16 de mayo pasado, consideró que la competencia concernía al de Bogotá, pues, a su juicio, la falsificación de los documentos se había producido en esta capital y era aquí donde debía radicarse el asunto por razón del territorio.

Para sustentar su determinación, sostuvo el Juzgado Superior de Bogotá:

"... resulta a todas luces absurdo, que (la procesada) hace algunos años, se *valiera de un desconocido 'Leonidas N.'*, de quien suministra filiación con la que cuenta más de un tercio de la población colombiana, pagándole la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) por tal delicada gestión, argumentando de otra parte su buena fe. Simplemente, Leonidas N., es el producto de la coartada de la procesada y como tal no puede recibir los trámites del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, sino los previstos en el 482 ibídem, en presencia de los requisitos de esta última normatividad. Lo contrario, es equivocamente resolver por calificación la situación jurídica de Leonidas N., debiendo sobreseerlo temporalmente por no estar debidamente establecida su identidad, lo cual constituye a luces un contrasentido ...".

"... Quedando descartada la existencia de este personaje señalado por la procesada, resulta indudable que el conocimiento de las diligencias radica en Palmira, donde se remitirán si se acepta este criterio, al Juzgado Primero Superior. Es obvio que en dicha ciudad se cometió el delito de *falsedad de uso* de los documentos tantas veces relacionados. Pero si hubiere discusión, por estar demostrado en los folios del pasaporte, que en años anteriores se usó dicho documento en lugares diferentes, sigue siendo el señor Juez Primero Superior de Palmira el competente, de manera preventiva, como lo indica el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal ...".

(Folio 87).

Para apoyar la suya, dijo el juzgado de Palmira:

"... No cree el juez, que el considerar mentirosa la confesión calificada de un sindicado se puedan tener como evidencia absoluta algunas de las circunstancias por él reveladas, y, se rechacen otros, atribuyéndolas a su imaginación, cuando en realidad no son inverosímiles y constituyen elementos integrales de la conducta punible, por lo cual se le culpa, con ese procedimiento serán omitidas, y quedarán latentes al no haberlos destruido con prueba en contrario ...".

"... *Entonces* al ser usado un documento argüido de falso, éste en algún lugar habrá sido falsificado. Así en este caso la sindicada, señora Luz María Ortiz Alarcón, aseguró que en Bogotá contrató los servicios de Leonidas N., para la tramitación del *pasaporte* y viajar a los Esta-

dos Unidos de Norteamérica, y éste le cumplió, entregándole la cédula de ciudadanía número 20501438 a nombre de Sofía Díaz de Quintero, expedida en esa misma ciudad y aquel otro documento en el Departamento de Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores ...".

(Folio 107).

De este modo debidamente planteada la colisión entre los funcionarios, pasa la Corte a decidir.

Considerandos

La disparidad de criterios suscitada entre los Jueces Superiores de Bogotá y de Palmira se ha centrado, inútilmente, en el hecho de la existencia real o ficticia de "Leonidas N.", de quien la procesada dice haber recibido los documentos falsos, para usarlos, con olvido de que ésta, como consta en el proceso, no limitó su comportamiento delictuoso a su uso, con el propósito de salir del país por el aeropuerto de Palmira, sino, también, a su falsificación en la ciudad de Bogotá.

En el proceso aparece, en efecto, que para obtener el pasaporte ideológicamente falso, la procesada se atribuyó nombre, condición y particularidades que no le correspondían, presentó cédula de ciudadanía que no era la suya, suscribió varios escritos con su falsa identidad e hizo otras gestiones (imprimió su huella dactilar en el pasaporte) con el propósito, logrado, de producir el documento y como quiera que el uso del pasaporte falso así obtenido por la sindicada, está, de otra parte, íntimamente ligado a tal falsificación, resulta ineludible su conexidad y, por lo mismo, su conjunta investigación por el juzgado de Bogotá.

El fundamento para establecer la competencia territorial —como lo ha dicho la Corte— no se determina por el resultado u objeto perseguidos por el delincuente, ni por el lugar donde se encuentran sus víctimas, ni por el sitio donde se produce o se pretende producir la finalidad buscada con el delito (Palmira u otra ciudad del país o del exterior) sino, como lo establecen los artículos 41 y 42 del Código de Procedimiento Penal, por "el territorio donde se cometió la infracción" (que, como se deja visto, ocurrió en Bogotá).

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME la colisión de competencia negativa presentada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento corresponde al Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá, al que, en consecuencia, se enviará el proceso, enviando copia de esta providencia al Primero Superior de Palmira.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMPETENCIA

Factores que la determinan en el campo penal militar. La comisión transitoria no afecta la competencia funcional (artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar), lo que ocurre, en cambio, cuando aquélla es permanente. Incidencia de la dependencia jerárquica en la fijación de la competencia en el campo militar

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 79.

Bogotá, D. E., agosto 20 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Ayudantía General del Comando General de las Fuerzas Militares y el Comando del Batallón número 1 de Policía Militar, en su condición de jueces de primera instancia castrenses, respecto del proceso seguido contra el Sargento Viceprimero del Ejército Nacional, Indalecio Báez Valderrama, por el delito de lesiones personales cometido en persona del particular Félix Moreno Acosta.

Hechos y actuación procesal

De las pruebas recogidas hasta ahora se desprende que hacia el mediodía del 15 de febrero de 1980, el Suboficial del Ejército Nacional, SVP Indalecio Báez Valderrama, cuando conducía el vehículo particular del Jefe del Estado Mayor Conjunto y se dirigía, por orden del mismo, hacia la residencia del alto oficial, atropelló, a la altura de la calle 100 con carrera 35 de esta ciudad, al particular Félix Moreno Acosta, causándole heridas que le ameritaron una incapacidad definitiva de 60 días.

La investigación la inició el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá (folio 10), pero después, a instancias de la solicitud formulada por el propio sindicado, estimó que debía proseguirla el Comando General de las Fuerzas Militares, a donde la remitió (folio 18).

La Ayudantía General del Comando General de las Fuerzas Militares, avocó el conocimiento del asunto y comisionó para la práctica de las diligencias ordenadas en el auto cabeza de proceso, al Juzgado de Instrucción Penal Militar (reparto) adscrito a la Brigada de Institutos Militares (folio 17).

El asunto correspondió, por disposición del Comando de la misma Brigada, al Juzgado 106 de Instrucción Penal Militar (folio 19), despacho que, después de practicar varias diligencias, decreta la detención preventiva del Suboficial sindicado y reconocerle el beneficio de libertad provisional, lo devolvió a la citada Ayudantía General (folio 90).

Como el Ayudante General del Comando General de las Fuerzas Militares consideró que, para la fecha en que ocurrieron los hechos que se investigan, el sindicado pertenecía orgánicamente al Batallón número 1 de Policía Militar, ordenó remitir el expediente, por competencia, al Comando de la mencionada unidad (folio 91).

El Comando del Batallón número 1 de Policía Militar avocó el conocimiento pero ordenó, al mismo tiempo, que se estableciera si, para la época en que ocurrieron los hechos, el Sargento Viceprimero Báez Valderrama cumplía alguna comisión del servicio en la Ayudantía General del Comando General de las Fuerzas Militares (folio 93).

Se estableció, en efecto, que cuando ocurrió el accidente el sindicado pertenecía orgánicamente al Batallón número 1 de Policía Militar,

pero había sido destinado, por orden de ese Comando, desde el 18 de agosto de 1979, a prestar sus servicios como Escolta en la Línea de Mando del Jefe del Estado Mayor Conjunto (folio 95).

A instancias del Auditor 22 de Guerra, el Comando del Batallón número 1 de Policía Militar, para efectos de esclarecer la competencia, comisionó al Juzgado Séptimo de Instrucción Penal Militar con el objeto de que se estableciera definitivamente a qué unidad pertenecía orgánicamente el sindicado, el tiempo que llevaba en comisión en el Comando General de las Fuerzas Militares y si los hechos ocurrieron cuando el Suboficial se encontraba en ejercicio de funciones inherentes al cargo o por razón de las mismas (folios 101 y 102).

En ampliación de indagatoria el SVP Indalecio Báez Valderrama, manifestó que para esa época "llevaba en comisión del servicio en el Comando General de las Fuerzas Militares seis meses", y que "cuando me accidenté me encontraba cumpliendo órdenes de mi General Landazábal y en horas del servicio" (folio 110).

El Comando del Batallón número 1 de Policía Militar ordenó, en consecuencia, remitir las diligencias al Comandante General de las Fuerzas Militares, por competencia, en razón de que "el Suboficial sindicado al momento de los insucesos se encontraba en comisión de carácter permanente, superior a noventa días" (folio 115).

La colisión de competencias

La Ayudantía General del Comando General de las Fuerzas Militares actuando como Juzgado de Primera Instancia, mediante auto de 22 de mayo de 1981, declaró que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Comando del Batallón número 1 de Policía Militar a quien, al mismo tiempo, le provocó colisión negativa de competencias para el caso de que no la aceptara.

Aduce como razones de su determinación, de una parte, el hecho de que, tal como está acreditado en el proceso, el sindicado para la época de los hechos pertenecía y pertenece orgánicamente al Batallón número 1 de Policía Militar y que, en consecuencia, "de conformidad con lo señalado en el artículo 332 del Código de Justicia Penal Militar" (debió haber hecho alusión al artículo 331), su juzgamiento corresponde al Comandante de dicha unidad, y de otra, porque "el Suboficial no se encontraba en comisión del servicio por cuanto no hay disposición que así lo ordene" (folios 122 y 123).

Por su parte, para afirmar que no es el competente, el Comando del Batallón número 1 de Policía Militar, razona de la siguiente forma:

El sindicado, cuando ocurrió el accidente, se encontraba en comisión del servicio en el Comando General de las Fuerzas Militares por un tiempo superior a los noventa días, lo cual quiere decir que, no puede aplicarse el artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar que dispone que "para efectos de determinar la autoridad que debe juzgar a los militares o civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria", pues la mencionada comisión transitoria no puede exceder de los noventa días, de donde deduce, y para ello se apoya en una decisión de la Corte del año de 1962, que la competencia radica en tal caso en el Comando donde cumplía la comisión, esto es, el Comando General de las Fuerzas Militares.

Consideraciones de la Corte

No se discute, en el caso que se examina, la competencia de la Jurisdicción Penal Militar para el juzgamiento del Sargento Viceprimero Indalecio Báez Valderrama, pues el delito común que se le atribuye lo cometió estando en servicio activo (folio 63), encontrándose el país en estado de sitio, el que aún subsiste (Decreto 2131 de 7 de octubre de 1976), en horas de servicio y en momentos en que cumplía instrucciones impartidas por su superior jerárquico, como lo manifiesta él mismo en su ampliación de indagatoria (folio 110). Su situación queda comprendida, entonces, dentro del marco de competencia que establece el artículo 308, inciso 2º del Código de Justicia Penal Militar.

Se trata es de determinar a qué funcionario de los de esa jurisdicción especial le corresponde conocer de este caso concreto, y al efecto, la controversia se centra entre el Ayudante General del Comando General de las Fuerzas Militares y el Comandante del Batallón número 1 de Policía Militar, pues el sindicado, al tiempo de los hechos, prestaba sus servicios en la primera unidad citada, pero pertenecía orgánicamente a la segunda.

Está acreditado en el expediente (folio 95) que el Sargento Viceprimero Báez Valderrama, para el día en que ocurrieron los hechos (15 de febrero de 1980), se encontraba, desde el 18 de agosto de 1979, cumpliendo comisión del servicio en el Comando General de las Fuerzas Militares

como Escolta del Jefe del Estado Mayor Conjunto, por orden del propio Comando del Batallón al que pertenece orgánicamente. Llevaba, entonces, en comisión 177 días, aparte de que ésta venía precedida de otra comisión como Escolta del Comandante del Ejército, la que se cumplió entre el 19 de agosto de 1978 y el 7 de agosto de 1979, lo que indica que este Suboficial permanecía más tiempo en otras unidades que en la propia.

De acuerdo con el texto del artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar no debe tenerse en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria para efecto de determinar la autoridad que debe juzgarlo. En otros términos, que la comisión transitoria no afecta la competencia funcional.

No obstante que la comisión es por esencia temporal, transitoria, la norma permite deducir que existe comisión de carácter permanente, en cuyo caso ésta sí afectaría la competencia.

No hay norma dentro del Código de Justicia Penal Militar que permita determinar la duración de la comisión transitoria, pero sí existe el Decreto 0612 de 15 de marzo de 1977 "por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", el cual fue expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 60 de 1976 (Diario Oficial número 34759, página 53), el cual, en su Capítulo II, artículos 93 a 102 reglamenta lo atinente a las destinaciones, traslados, comisiones y licencias.

El artículo 93 define así la comisión: "Es el acto de autoridad militar competente por el cual se asigna al Oficial o Suboficial a una unidad o repartición militar o civil con carácter transitorio, para el desempeño de funciones dentro de ellas". El 94 hace su clasificación y, al respecto, determina: "Comisiones transitorias: las que tienen una duración hasta de 90 días. Comisiones permanentes: las que exceden de 90 días".

En cuanto a la forma como se disponen las comisiones, dice el artículo 95 que las conferidas a Oficiales subalternos y Suboficiales se hacen "por orden administrativa del Comando General y de los Comandos de Fuerza".

Aplicando esta norma, se tiene que la comisión impartida al SVP Indalecio Báez Valderrama se hizo por el medio adecuado (orden del Comando) —folio 95— y que ella, en razón del tiempo (177 días) dejó de ser transitoria, para convertirse en permanente.

En tales condiciones, no tiene aplicación, para el caso que se examina, el artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar y debe corresponderle, por tanto, el juzgamiento a la Ayudantía General del Comando General de las Fuerzas Militares (artículo 351 ibídem), ya que el prolongado tiempo de la comisión, superior a 90 días que es el límite de las transitorias, rompió prácticamente el vínculo de dependencia que el sindicado tuvo con su unidad originaria para pasar a establecerla respecto de la nueva, donde venía prestando sus servicios en forma ininterrumpida desde el 18 de agosto de 1979.

No puede olvidarse que, como lo ha dicho la Corte, la dependencia jerárquica es factor predominante en la fijación de la competencia en el campo militar. En auto de 24 de marzo de 1981 expresó esta Sala a ese respecto: "Es esa dependencia jerárquica el factor fundamental que orienta en el campo penal militar las normas de competencia, pues aunque el Código enuncia como fuentes de la misma la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el territorio (artículo 305), es aquél el que prevalece según se desprende de la categórica afirmación que contiene el artículo 2º del mismo estatuto, y de la forma como distribuye luego la competencia entre los diferentes funcionarios".

Igual solución dio la Corte en el año de 1962 a un caso similar:

Dijo entonces: "El Código de Justicia Penal Militar dispone en el artículo 331 que 'los comandantes de Batallón conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los suboficiales y personal de tropa y civiles sin categoría de oficiales de su respectivo Batallón'.

"Y si bien es cierto que los procesados fueron dados de alta en el Batallón de Infantería número 10 'Girardot', el hecho de encontrarse bajo las órdenes del Comando del Batallón de Artillería número 4 'San Mateo' desde hacía más de noventa días los vincula, en cuanto a su juzgamiento por el delito que se les imputa, a la competencia de este último.

"El artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar señala que 'para efecto de determinar la autoridad que debe juzgar a los militares o civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria'. Y en la Ley 126 de 1959 (artículo 72) se indica que el término máximo de una comisión transitoria respecto de los miem-

bros de las Fuerzas Militares es el de noventa días. De lo anterior se desprende que los soldados Polindara Zúñiga y Plazas Rodríguez, cuando consumaron los hechos de que se les sindica, ya no podía considerárseles como pertenecientes al Batallón de Infantería número 10 'Girardot' que los dio de alta, sino al Batallón número 4 de Artillería 'San Mateo', atendido que el plazo máximo para que se los tomara en cumplimiento de una comisión transitoria estaba más que vencido, en cuanto a la fijación del juez de primera instancia que debe juzgarlos.

"Si 'para el efecto de determinar la autoridad que debe juzgar ... no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria', a contrario sensu *debe aceptarse que si el hecho fue consumado cuando ya no se está cumpliendo una comisión transitoria, el cambio de batallón sí habrá de tomarse en consideración para señalar la autoridad competente para conocer del juzgamiento.*

"Esta conclusión se acomoda al espíritu mismo que informa el precepto de procedimiento penal militar que busca el juzgamiento de los miembros de 'las Fuerzas Armadas' precisamente por el Comando del batallón a que pertenecen, estimándose que ese vínculo queda roto cuando por un término mayor de tres meses (lapso máximo de las comisiones transitorias) el procesado o los procesados han hecho parte de un batallón distinto del que los dio de alta" (auto de 12 de abril de 1962, Gaceta Judicial, Tomo XCVIII, páginas 499 y 500).

Son suficientes las anteriores consideraciones para decidir que, con los elementos de juicio que hasta ahora contiene el expediente, la competencia en este caso le corresponde al Ayudante General del Comando General de las Fuerzas Militares (artículo 351 del Código de Justicia Penal Militar).

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto negativo de competencias de que se ha hecho mérito en esta providencia, originando el conocimiento del asunto al Ayudante General del Comando General de las Fuerzas Militares. Comuníquese esta decisión al Comando del Batallón número 1 de Policía Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL. EMERGENCIA JUDICIAL. LEY 22 DE 1980

Los documentos nulos pueden ser objeto material de un delito de falsedad. Los dos años a que se refiere el artículo 5º de la Ley 22 de 1980 se cuentan a partir de la primera indagatoria y no con base en las ampliaciones posteriores de la misma

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 26903.

Aprobado: Acta número 79 de agosto 20 de 1981.

Bogotá, D. E., agosto 21 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Sincelejo su providencia de 27 de febrero de 1981, mediante la cual, al calificar por segunda vez el sumario seguido al doctor Carlos Barros Salgueda por supuesto delito contra la fe pública cometido al ejercer el cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad (Sucre), optó por sobreseer definitivamente.

La primera calificación lo fue el 16 de noviembre de 1979 con decisión de igual naturaleza. Pero esta Corporación, al resolver la consulta correspondiente, revocó aquélla para, en su lugar, decretar sobreseimiento temporal, puesto que el expediente no mostraba "todos los elementos probatorios indispensables para valorar en su integridad la conducta del funcionario acusado".

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal encuentra la nueva calificación desavenida con la realidad procesal y solicita sobreseer temporalmente una vez más, porque "no obstante los esfuerzos realizados en orden a un completo esclarecimiento de los hechos denunciados la situación jurídica del procesado sigue siendo la misma que se tuvo en cuenta para sobreseerlo temporalmente".

Hechos

En el auto de 29 de abril de 1980, proferido por esta Sala al conocer con anterioridad del proceso, fueron presentados, así:

"... El Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería (Córdoba) comisionó mediante despacho número (sin) de 7 de junio de 1976, al Juzgado Promiscuo Municipal de San Benito Abad con el fin de que practicara la diligencia de secuestro provisional sobre la finca El Descanso, ubicada en esa jurisdicción, la cual había sido ordenada dentro del juicio sucesorio intestado de Roberto Montes de la Ossa, por auto de 1º de junio de 1976. Los linderos de la finca fueron señalados de modo preciso en el despacho comisorio, según se desprende de las transcripciones que, al respecto, se hacen en diferentes actuaciones que obran en el expediente.

"El día 5 de julio de 1976 el Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad, doctor Carlos Barros Salgueda, en cumplimiento de la comisión impartida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, llevó a cabo la diligencia de secuestro provisional sobre el inmueble rural mencionado. Para tal actuación, sin embargo, no tuvo en cuenta los linderos indicados en el despacho comisorio, sino otros, tomados de las versiones de varias personas que habitaban el lugar, quienes, de algún modo, tenían interés en la diligencia.

"En la transcripción que, de un aparte de esta diligencia quedó consignada en el acta de visita

practicada al juzgado por la Procuraduría Regional de Sincelejo, se observa que el juez hizo entrega real y material del inmueble materia de la misma al secuestre, Marco Benítez Muñoz, quien la recibió a entera satisfacción (folio 19 del cuaderno de la Procuraduría). Allí mismo se lee lo siguiente: 'Se deja expresa constancia que al momento de practicar la presente diligencia se puso de presente el objeto de la misma al señor Alfonso Martínez Martínez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1555960 de Chinú, quien accedió a la práctica de la misma'.

"El juzgado comitente, mediante proveído de 13 de noviembre de 1976, decretó la nulidad de la diligencia de secuestro practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Benito Abad, por cuanto 'si el bien materia del secuestro para el cual se comisionó al señor Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad, es la finca denominada 'El Descanso', la cual está comprendida dentro de los linderos expresados en el Despacho Comisorio y en la diligencia de secuestro, se describe otra finca, es claro deducir que el bien secuestrado por el comisionado no es el mismo que aparece en la diligencia de secuestro, pues los linderos no son los mismos señalados en dicho proceso'. Y, además, porque 'el funcionario comisionado no cumplió con los requisitos mínimos de que habla la ley para esta clase de diligencias, pues al comienzo de la misma nada se dice a quién se le informó que se iba a practicar la misma, ya al final es donde se dice que se le puso de presente el objeto de la misma al señor Alfonso Martínez Martínez, pero no se dice en calidad de qué se le puso de presente esa diligencia' (folio 20 del cuaderno de la Procuraduría) ...".

Se considera

Al revocar el sobreseimiento definitivo a que apuntaba la primera calificación, esta Corporación dejó dicho que *la circunstancia de haberse anulado por el juzgado comitente la diligencia de secuestro efectuada por el juez acusado, no comportaba necesariamente la inocuidad de la falsedad que afectaba esa diligencia, porque "un documento público afectado de nulidad puede ser objeto material de un delito de falsedad, pues en tanto no sea invalidado puede producir, además del daño que entraña a la fe o confianza públicas depositadas en esta clase de documentos y a su valor probatorio, perjuicio a los intereses particulares en él amparados" y "en el caso que se estudia, la diligencia de secuestro produjo de inmediato efectos jurídicos, como la entrega real y material al secuestre del fundo mal delimitado, el cual lo dio por recibido y al parecer ejerció efectivamente sus funciones, pues en el expediente hay fotocopia de las comunicaciones que dirigió a Eugenio Martínez Percy y a Rafael Román (folios 15 y 16), en las cuales los conmina para que, en el término de dos días, saquen de la finca 'El Descanso' los ganados de su propiedad y la desalojen junto con sus familias"*.

En el nuevo período probatorio se practicaron las diligencias dispuestas con ocasión del sobreseimiento temporal, con el siguiente resultado que relieva la Procuraduría:

"El ex juez Barros Salgueda explicó que los linderos que aparecían en el despacho comisorio eran los antiguos de la finca 'El Descanso', siendo costumbre de todo juez extraño en la región 'enterarse previamente por todos los medios que tenga a su alcance de cuáles son los linderos, la ubicación y todas las demás características que distingan a un inmueble para proceder posteriormente a practicar esta clase de diligencias o de inspecciones judiciales, especialmente a los vecinos más viejos o más antiguos de estar en la región' (folio 127).

"Agrega que una vez informado sobre la ubicación y linderos de la finca por parte del Tesorero Municipal Hernán Román y de los señores Carlos Montes y Fulgencia Abad, procedió a secuestrarla.

"Sin embargo, llamadas a declarar dichas personas negaron categóricamente haberle suministrado datos al juez sobre la ubicación y linderos de la finca 'El Descanso' en razón de que los desconocían (folios 138, 139 y 144).

"De otra parte, Alfonso Martínez Martínez y José María Román de la Ossa (folios 106 y 111), coinciden en afirmar que el juez Barros Salgueda no recorrió por sus linderos la finca secuestrada por cuanto sólo demoró media hora en casa del primero de ellos mientras se escribía la respectiva diligencia y que tampoco hubo entrega real y material del inmueble al secuestre Marcos Martínez viéndose este obligado a solicitar la entrega del predio a los ocupantes ...".

En suma, la nueva fase instructiva tampoco ofrece los elementos probatorios indispensables para afincar el enjuiciamiento, ni menos para el sobreseimiento definitivo, pues para esto último el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal requiere la plena comprobación de los eventos que lo autorizan.

Mas a pesar de que la situación haría aconsejable un segundo sobreseimiento temporal como lo solicita el colaborador Fiscal, *no puede perderse de vista que el procesado rindió indagatoria el 26 de enero de 1979, por cuyo motivo cabe la aplicación del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, en la medida en que éste dispone, en su inciso segundo, que "cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o ésta hubiese sido revocada, el juez procederá de oficio, y sin el previo concepto del Agente del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado".*

Es que *desde la fecha de indagatoria han transcurrido más de dos años, sin que valga alegar en contra que esa diligencia fue ampliada el 4 de julio de 1980, porque como lo precisó esta Sala en auto de 29 de julio de este año, al resolver asunto similar, "el espíritu de la norma es el de disponer que, si desde el momento de la vinculación del sindicado por medio de la indagatoria, han transcurrido más de dos años sin que se hubiere dictado contra él auto de detención ni existiere mérito para hacerlo, se decrete la cesación de todo procedimiento", porque "es ese, en realidad, el momento de su efectiva vinculación al proceso, no el de las ampliaciones de la misma, que así las llame la ley nuevas indagatorias (artículo 383 del Código de Procedimiento Penal), no pasan de ser un complemento de la inicial".*

Por lo demás, la Corte tiene establecido igualmente que, al actuar como Tribunal de segunda instancia, posee implícitamente capacidad funcional para aplicar el precepto del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, porque "la objeción que podría resultar de la pretermisión de la instancia, es obvia si se considera que los objetivos que se buscan mediante el recurso o la consulta, que son la revisión por parte del superior jerárquico de las decisiones del inferior en orden a enmendar posibles desaciertos, quedan asegurados, hay que presumirle, cuando es el máximo organismo judicial el que conoce ...".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, REVOCA la providencia consultada y, en su lugar, conforme al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, ordena la cesación del procedimiento seguido al doctor Carlos Barros Salgnedo, ex Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad (Sucre), en razón de los hechos ameritados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para su archivo.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero. Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía (Salva voto), *Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Me aparto del criterio de la mayoría en cuanto considera que el término de dos años a que se refiere el artículo 5º de la Ley 22 de 1980, debe contarse siempre a partir de la diligencia inicial de indagatoria cuando se han practicado una o varias ampliaciones de la misma.

Considero, en cambio, que la dicha diligencia de ampliación es sustancialmente la misma de indagatoria cuando versa sobre los hechos que se investigan para determinar su real existencia y la situación jurídica del indagado en relación con ellos.

La razón de ser de la Ley 22 de 1980 en relación con estas cesaciones especiales de procedimiento, no fue otra que la de evitar que sigan adelantándose procesos respecto de los cuales no hay posibilidad de éxito investivo.

En el presente caso la ampliación de la diligencia de indagatoria fue importante porque sirvió para que el exjuez sindicado precisara su actuación en la acción judicial (diligencia de secuestro) que determinó la iniciación de este proceso.

Es pues a mi juicio la fecha en que se realizó esta diligencia de ampliación, la que debe ser tenida en cuenta para contar el término de dos (2) años mencionado por el artículo 5º de la Ley 22 de 1980.

Alfonso Reyes Echandía
Magistrado.

Fecha ut supra.

CAMBIO DE RADICACION

La conmoción colectiva no es síntoma de un entorpecimiento de la justicia, sino de la existencia de una capacidad moral para reaccionar ante sucesos reprochables, y ésto no puede mirarse como defecto o vicio sino como virtud y factor reconfortante

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 80 de 25 de agosto de 1981.

Bogotá, D. E., agosto 26 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Por segunda vez se busca el cambio de radicación del proceso seguido a Jorge Luis Cano Giraldo y otros, por el delito de "homicidio" en la persona de la doctora Perlabetty Vélez de Prada, a quien se dio muerte cuando era Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

El expediente se encuentra en etapa de juicio.

Ahora el Fiscal Cuarto Superior, el Procurador Regional y el Magistrado que ha servido de ponente cuando el Tribunal ha conocido de estos autos, consideran conveniente, para la recta administración de justicia, que se cambie su radicación.

Al respecto se argumenta:

Las amenazas directas e indirectas que un supuesto grupo "Organización por los Derechos del Pueblo", ha dirigido a varios funcionarios.

La conmoción que el hecho originó en todos los estamentos judiciales y en la sociedad misma, tanto por sus modalidades como por la calidad de la persona escogida como víctima.

La posible intimidación que se ejercerá sobre los jurados de conciencia.

La precaria defensa que han tenido los inculpados.

La inseguridad del establecimiento de reclusión en donde se encuentran los procesados y el severo régimen de aislamiento que se les ha impuesto, en especial al señor Cano Giraldo, hasta el punto de decirse que se trata de "métodos injustos y abiertamente ilegales", y

La protesta del esposo de la doctora Perlabetty Vélez de Prada, por el sobreseimiento definitivo con el cual se amparó a dos de los sindicados.

Para resolver se considera:

Muy poca es la variante que este último cuestionamiento ofrece con relación a la primera de las peticiones que al respecto se hiciera y que la Sala despachó en auto de diecisiete de febrero del año en curso.

La Corte vuelve a insistir en los puntos allí relacionados y estima conveniente que en el propio lugar de los hechos, en donde se ejerce un más severo control del juzgamiento, se cumpla éste. No es Cúcuta, precisamente, una ciudad que guarde muchas y fundamentales diferencias con las posibles localidades en donde podría radicarse este proceso. Tampoco es del caso esperar que varias de las circunstancias que se toman ahora como determinantes de la comentada solicitud, no continúen incidiendo en otros lugares y para otros jueces de hecho y de derecho. Es así como la intimidación general que, en forma anónima, ha dirigido el grupo clandestino, puede, por la índole nacional de ese supuesto movimiento, extender su radio de acción a cualquier sitio del país. Tal vez el mejor disuasivo, a este respecto, es la manifestación de firmeza, de serena e imparcial administración de justicia y la voluntad firme de llevar ésta a sus últimas y legales consecuencias.

Resulta una indebida e injustificada intromisión en el fuero propio de los defensores, atribuir a éstos, inidoneidad, falta de interés o la existencia de obstáculos invencibles para la realización de su función, todo porque son de oficio, han dejado transcurrir la etapa instructoria sin mayores obstáculos de su parte y porque reservan para la audiencia el caudal de su intervención. No se sabe de apremios para estimular su eficacia en el sentido que se desea, ni menos que ellos hayan expuesto motivos para querer separarse de esa misión o para denunciar un ambiente impropicio.

Es claro que un insuceso como el que se ha investigado y va a juzgarse, puede no ser, para abogado alguno del país, la clase de negocio en que desearía participar, como tantos otros que proliferan en la confusión moral reinante, pero es igualmente diáfano que tales procesos suelen atenderse en razón a imperativos profesionales o a encargo oficial. Es necesario, para determinar un cambio de radicación, motivos más calificados de mayor fuerza y que realmente impidan, por obra de un específico ambiente, la asistencia forense.

Algo similar debe decirse de la supuesta interferencia de la misión de los jurados de conciencia. Se anticipa la debilidad de éstos y la malsana presión que sobre los mismos podrá ejercerse. Igual fenómeno puede acontecer con juzgadores de hecho de otras partes del territorio. Lo que se cuestiona, entonces, es el sistema y la forma como él opera y la ninguna tentativa por modificar legalmente sus defectos o deficiencias. En todo caso es necesario esperar fenómenos concretos y determinados.

Muy reducida es la entidad del argumento que tiene que ver con el señor Luis Ernesto Prada. Los duelos tienen derecho a expresar sus desacuerdos y también a controlar, por los medios adecuados, la actividad judicial. Todo parece indicar que el comportamiento del esposo supérstite no ha logrado, en lo más mínimo, impedir que se tomen las decisiones pertinentes. Y hay numerosos y exitosos medios para cortar el desafuero que al respecto se intente ejecutar.

En lo que atañe a las condiciones de reclusión de uno o varios de los procesados, debe advertirse que tanto la Procuraduría, el Ministerio de Justicia como la Rama Jurisdiccional, disponen de recursos efectivos para conjurar abusos o arbitrariedades. El que se omita su cabal ejercicio o se pretenda dejar impune una ilícita actividad penitenciaria, no es razón para imponer un cambio de radicación como el que se pretende, ni este es el remedio para esa clase de procederes. Las soluciones deben tomarse en la órbita propia y no mudar éstas ni desvirtuar las instituciones.

La esencia de esta clase de juzgamientos, bien miradas las cosas y guardándose el respeto por los derechos de todos, es que en el propio lugar donde se ha quebrantado el orden con la comisión del delito, sea allí en donde se produzca su reparación. La conmoción colectiva no es síntoma de un entorpecimiento de la justicia, sino de la existencia de una capacidad moral para reaccionar ante sucesos de esta índole. Y esto no puede, conservándose en su ámbito adecuado, mirarse como defecto o vicio sino como virtud y factor reconfortante. Además, la justicia hoy en día, habida cuenta de cómo prolifera el delito, cómo se perfecciona éste, cómo trasciende a zonas que se creían variadas, es un riesgo mayúsculo y un compromiso singularmente azaroso. Todos los organismos judiciales están asediados, perseguidos y enfrentan casi que iguales problemas y peligros. Lo sensato no es recargar a unos para alivio de otros, ni demostrar que las amenazas consiguen su objetivo de constituir algunas zonas del país en lugares prohibidos para administrar justicia por jueces o jurados. La mejor política criminal está en la situación contraria, exteriorizándose así un ánimo indeclinable de dar a cada cual lo que merece, sin ser causa de infortunios particulares ni tener interés o beneficio en sus resultados, reclamando y propiciando la solidaridad de la comunidad y el acopio de instrumentos hábiles por parte del Ejecutivo, una de las ramas que más puede ayudar en este propósito nacional de recuperar para el país el respeto y confianza en sus instituciones.

De ahí, que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONCEPTÚE ADVERSAMENTE el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Con todo respeto por la opinión mayoritaria, nos apartamos de ella por las razones que, brevemente, exponemos a continuación.

Destaca la providencia los factores de carácter nacional que están influyendo en el juzgamiento de los sindicados Jorge Luis Cano Giraldo y otros y que, por el carácter que se les atribuye, se presentarían en cualquier lugar del territorio de la República a donde fuera trasladado el presente proceso para su juzgamiento.

Tales son las amenazas que contra los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público que han intervenido en este caso, dirigen los miembros de una llamada "Organización por los Derechos del Pueblo", real o supuesto grupo clandestino que bien puede llevar adelante esa misma actitud en cualquier lugar donde se encuentre el proceso.

Por la misma razón se rechaza la influencia que las amenazas puedan tener tanto en los defensores como en los jurados de conciencia para decir que lo mismo ocurriría en cualquier otro distrito.

También se desecha, como fundamento para el cambio de radicación, la actitud del esposo de la occisa, del cual se dice que su conducta no ha logrado impedir que se tomen las determinaciones pertinentes.

Y por último, se señala que, respecto al tratamiento que se ha dado a los procesados y que es otro factor con base en el cual se ha pedido el cambio de radicación del proceso, no cuenta porque la Procuraduría, el Ministerio de Justicia y la Rama Jurisdiccional tienen a su disposición con recursos adecuados para remediar las posibles arbitrariedades que se hayan cometido o puedan cometer contra aquéllos.

Ciertamente que las situaciones mencionadas pueden presentarse en cualquier otro lugar del país a donde se traslade el proceso. Pero es que, además de ellas, existen otras de carácter específico, propias del medio en que se está adelantando el proceso y que tienen sobre el desarrollo del mismo tanto o mayor influjo que las citadas.

Esas circunstancias las destacan tanto el Procurador Regional como el Fiscal del juzgado y pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El hecho de que la occisa, doctora Perlabetty Vélez de Prada ocupara una posición destacada, como la de Presidente del Tribunal Superior de Cúcuta, le atraía el aprecio no sólo de todos los miembros de la Rama Jurisdiccional sino, especialmente, de los de Cúcuta y de toda la sociedad de esa capital. De allí que la indignación por su muerte de que dan cuenta esos funcionarios no sólo fuera un fenómeno nacional, sino, particularmente local como lo destacan tanto el Fiscal como el Procurador al citar el sentido de las intervenciones que se hicieron con motivo, primero, de su sepelio y, luego, al colocarse su retrato en el salón de audiencias del Juzgado Superior, lugar donde necesariamente serían juzgados estos procesados;

b) El hecho de que los Jueces Superiores de Cúcuta se hayan venido declarando impedidos para conocer de este proceso y que muestra, bien a las claras, que no hay en la ciudad mencionada un ambiente propicio para el juzgamiento, al punto que uno de dichos funcionarios fue sancionado con multa equivalente a cinco (5) días de sueldo por haber manifestado dentro del proceso, la animosidad que sentía contra los sindicados, según informa el Procurador Regional, quien, comentando ese hecho dice que él "traduce inequívocamente los sentimientos y pasiones de que antes se hizo alusión" (folio 17);

c) Las demoras que por esas situaciones que se pudieran llamar "regionales" o "locales" ha venido sufriendo el proceso, que, según los referidos funcionarios, ha llegado a estar paralizado hasta por tres meses, mientras se tramitaban los múltiples impedimentos manifestados por los funcionarios;

d) La falta de adecuada asistencia profesional y los tratos restrictivos de los derechos humanos de los procesados, de que dan cuenta los documentos allegados a las presentes diligencias, son en buena parte, producto de factores locales. En efecto, los abogados se sienten cohibidos para ejercer la defensa por las presiones de que han venido siendo objeto, obviamente por la posición tanto social como oficial de la víctima, llegándose al extremo, como lo advierte el juez de la causa, de que ninguno de ellos, hasta el momento de redactar su oficio al Fiscal del mismo juzgado, había interpuesto ni sustentado recursos, o solicitado pruebas dentro del proceso (folio 53).

Y en cuanto al trato que se ha dado a los procesados en la cárcel, bien se ve a través de los diversos documentos aludidos, que proviene, en buena parte, de factores locales, debido a la presión que se ejerce sobre toda clase de funcionarios intervinientes en el proceso.

Además, como lo destaca el Fiscal Cuarto en su petición, la cárcel local es insegura (folio 14), lo cual obliga a extremar las medidas de vigilancia con menoscabo de los derechos de los procesados, especialmente de Cano Giraldo, quien es el que más se ha quejado sobre el particular.

Significa lo anterior que, trasladado a otra cárcel, donde puedan tomarse esas medidas sin detrimento de sus derechos y no haya la presión anotada, se remediará, al menos en buena parte, esta situación.

En síntesis: si bien los factores generales anotados en la providencia seguirán ejerciendo su influjo sobre el juzgamiento en el presente proceso, otros, como los atrás señalados, desaparecerían al cambiarse éste de radicación, como creemos que debió hacerse, en beneficio de una administración de justicia más recta e imparcial.

Por esas razones no estamos de acuerdo, como lo manifestamos en un principio, con la decisión mayoritaria y consideramos que debió cambiarse la radicación del proceso tal como lo han pedido muchos destacados funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público residentes en Cúcuta.

Luis Enrique Romero Soto (Magistrado), *Fabio Calderón Botero* (Magistrado), *Darío Velásquez Gaviria* (Magistrado).

Bogotá, septiembre 2 de 1981.

TITULOS VALORES

Conforme al nuevo Código Penal, tienen la naturaleza de documentos privados. Aplicación del principio de favorabilidad en relación con el estatuto penal anterior que asimilaba los títulos valores a documentos públicos

---

CONCURSO DE DELITOS. NULIDAD

Cuando el juzgador deja de considerar un extremo de la conducta delictuosa en un concurso de tipos, no puede afirmarse la existencia de nulidad por errónea calificación de conformidad con el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 80 de 25 de agosto de 1981.

Bogotá, D. E., agosto 28 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Palermina.*

Vistos

Corresponde decidir el recurso de casación propuesto por la parte civil contra la sentencia de 27 de noviembre de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla, al resolver apelación interpuesta contra el fallo condenatorio del Juzgado Segundo Superior del mismo distrito, absolvió a la procesada Argent Maloof del delito de uso de documento privado falsificado.

El recurso se admitió por auto de 17 de febrero de 1981, y, dentro del término legal, el recurrente presentó la correspondiente demanda de casación, la que en su oportunidad se declaró ajustada a las formalidades de ley.

Hechos y actuación procesal

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ceñido a la realidad procesal, presenta aquéllos y ésta, así:

"... En el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla cursa el proceso de sucesión de Luis Heberto Alvarez Muñoz, quien murió intestado el 21 de marzo de 1976. A más de la cónyuge sobreviviente, señora Bernarda Torres, dejó herederos legítimos y naturales. Argent Maloof de Sliba, mujer con quien convivió en los últimos años y con quien constituyó la sociedad 'Hotel Real Maloof y Alvarez Limitada', se hizo parte en el proceso, mediante apoderado, y presentó algunas acreencias contra el patrimonio del causante, representadas en cuatro (4) letras de cambio que aparecían aceptadas por él y giradas el 17 de febrero de 1976, a favor de Argent Maloof de Sliba, por valor de $ 500.000.00 cada una y pagaderas a su presentación. Figuraron también dos (2) cheques por valor de $ 60.000.00 y $ 3.000.00 respectivamente, girados por Alvarez Muñoz contra el Banco Comercial Antioqueño de Barranquilla.

"Bernarda Torres viuda de Alvarez tachó de falsos esos documentos al notificársele las acreencias, por cuanto en su sentir la firma que aparecía como la del aceptante de las letras de cambio no era la de su esposo, como tampoco la del girador de los cheques. Y pocos días después, en enero de 1977, presentó denuncio penal contra

Argent Maloof de Sliba por el delito de falsedad en esos documentos.

"La investigación la inició el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Barranquilla, según auto del 19 de enero de 1977, estableciéndose que la firma que en las letras de cambio figuraba como de Luis Heberto Alvarez Muñoz, no era de su puño y letra, como tampoco su grafía correspondía a la de Argent Maloof de Sliba. El ordenador o girador de los supuestos títulos valores tampoco los firmó. En relación con la firma del girador de los cheques, se comprobó que efectivamente correspondía a Luis Heberto Alvarez Muñoz.

"Correspondió el conocimiento al Juzgado Segundo Superior de Barranquilla, el que por auto de 30 de abril de 1979 calificó los hechos como falsedad por uso de documento privado falso —Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo III—, y llamó a responder en juicio a Argent Maloof de Sliba, como responsable de ese delito, decretó su detención y dispuso simultáneamente su libertad por considerarla acreedora a la condena condicional.

"En firme el auto de proceder, que no fue impugnado por las partes, se negó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el señor defensor de la procesada, al considerarse inconducentes.

"La audiencia pública se celebró el ocho de mayo de mil novecientos ochenta. Durante ella, verbalmente y por escrito, intervinieron el señor Fiscal del juzgado y el defensor de la procesada. El primero solicitó se dictara sentencia condenatoria, toda vez que estimó encontrarse comprobado el delito de falsedad por uso de documento privado falso, normado en el artículo 241 del Código Penal, en armonía con el artículo 231, ibídem, así como la responsabilidad de Argent Maloof de Sliba. Por su parte el defensor de la procesada solicitó fallo absolutorio a su favor, por cuanto en su sentir no existe la prueba plena y completa que para condenar se necesita. Los hechos podrían constituir, en su adecuación típica, más bien el delito previsto en el artículo 243 del Código Penal, pero nunca el normado en el artículo 241, o sea el uso de documento privado falso, a sabiendas de su falsedad, tanto más cuanto que el enjuiciamiento se fundamentó solamente en el experticio grafotécnico, que no es exacto y menos plena prueba.

"El Juzgado Segundo Superior de Barranquilla dictó sentencia el 13 de mayo de 1980 y condenó a Argent Maloof de Sliba a la pena principal de doce meses de prisión y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de falsedad por uso de documentos privados falsos —artículo 241 del Código Penal—.

"Apelado el fallo por el defensor de la procesada y el representante de la parte civil, aquél sustentó el recurso y demandó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a Argent Maloof de Sliba, toda vez que tratándose de letras de cambio, que son en sí documentos privados y sin embargo, equiparados a documentos públicos por disposición de los artículos 233 y 234 del Código Penal, al faltarles requisitos como la firma del girador y la del aceptante, que fue falsificada, no pueden convertirse en documentos privados, ya que es imposible averiguar cuál fue el fin perseguido por uno y otro. Entonces ni son documentos públicos ni privados, y su uso no corresponde ni a los unos, ni a los otros. Hay ausencia de antijuridicidad. Subsidiariamente solicitó declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, por quebranto del debido proceso, lo que constituye nulidad de carácter constitucional, pues que el juzgador de primera instancia al calificar el mérito del sumario no sobreseyó en forma definitiva a Argent Maloof de Sliba en relación con la falsedad de los dos cheques, en los que la firma del girador no fue falsificada como se denunció, y al omitir referirse a esa parte de la imputación quebrantó el debido proceso. De prosperar la nulidad, pidió en definitiva aplicar el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por no existencia del delito, cesación de procedimiento que se puede dictar 'en cualquier estado del proceso'. El señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Barranquilla opinó que el fallo de primera instancia debía revocarse y en su lugar dictar sentencia absolutoria a favor de la procesada, por no existir plena prueba ni de la objetividad del delito, ni de la responsabilidad de Argent Maloof de Sliba.

"El Tribunal Superior de Barranquilla, mediante fallo del veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta, ahora objeto del recurso extraordinario de casación, negó declarar la nulidad solicitada, revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar absolvió a Argent Maloof Sliba 'de los cargos que se le formularon en el auto de proceder'. Consideró el juzgador de segunda instancia que la conducta de la procesada no fue antijurídica por cuanto si su intención fue la de cometer el delito de falsedad en instrumento negociable, por uso —artículo 233 del Código Penal, en armonía con el 234, ibi-

dem—, 'al presentar en el juicio de sucesión los cuatro formatos de letra de cambio, con la firma suplantada del girador-aceptante, los documentos en referencia por ausencia de un requisito esencial, cual es la firma del girador del instrumento, que es el creador del mismo, no adquirieron la categoría jurídica de letras de cambio ... y por lo tanto no gozaba del trato preferencial que la ley les asigna en los procesos de sucesión'. Entonces no tenían la virtualidad de vulnerar, ni real ni potencialmente. El comportamiento humano es por tanto inocuo y en consecuencia no antijurídico. Por lo demás, 'en materia penal no existe la conversión del dolo, es decir que no puede condenarse, en tratándose de ilícitos dolosos, a una persona, por un delito que no quiso cometer ... la procesada no tuvo la intención de cometer el delito de falsedad en documento privado simple, en la modalidad de uso (artículo 241 del Código Penal, en armonía con el 240 ibídem) que es el ilícito por el cual se le residenció en juicio'. Entonces se da también en el presente caso la ausencia de culpabilidad ...".

La demanda

Impugna la sentencia del Tribunal bajo el ámbito de las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

A) *Causal primera. Primer cargo.* "... es del caso pedir la infirmación del fallo de segunda instancia ... debido a violación indirecta de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 241 del Código Penal derogado en concordancia con el artículo 240 de la misma obra, partiendo de que fueron usados documentos privados simples, falsificados".

En sentir del recurrente no acertó el *ad quem*, al referir los hechos al artículo 241 del Código Penal de 1936 para de esa manera predicar la no tipicidad de los mismos frente al nuevo dispositivo, porque "si la sindicada Argent Maloof de Sliba, indiscutiblemente, tuvo la intención dañada y punible de usar unos documentos falsificados que ella estimó como títulos valores (instrumentos negociables) y que trató de hacer valer dentro del proceso sucesorio de su amante Luis H. Alvarez", adecuó "su acción al artículo 234 del Código Penal derogado, en concordancia con los artículos 233 y 231 de la obra citada", puesto que "los formatos usados son los que comercialmente se usan, y la falta de firma del acreedor, no fue obstáculo para que el abogado apoderado de dicha señora los introdujera en el proceso sucesorio e intentara cobrarlos como letras de cambio, y aún hoy se encuentran dentro de dicho proceso esperando ser incluidos como pasivo en el inventario y avalúo. Y aún el Juez Sexto Civil del Circuito está estudiando, si realmente hay letras de cambio o no".

Agrega que no comparte la afirmación de la defensa sobre que los documentos falsificados, en ausencia de firma giradora, no son instrumentos negociables (hoy títulos valores), porque conforme a opinión del tratadista Luis Enrique Romero Soto, derivado del texto de los artículos 621 y 709 del Código de Comercio, si bien la firma del librador es requisito esencial de la letra de cambio, si tiene la del aceptante vale como pagaré por concurrencia del fenómeno denominado "conversión del negocio jurídico", por cuya razón "cuando se altera un documento nulo pero que puede convertirse en otro distinto, como el caso de "la alteración de la letra que se convierte en pagaré", el hecho no deja de ser punible, puesto que subsiste la alteración de la fe pública. Por eso, concluye, a la "acción destinada a falsear los instrumentos negociables (hoy títulos valores) se debió aplicar sin lugar a dudas el artículo 231 en concordancia con el artículo 233 del Código Penal y a quien haga uso de tales documentos el artículo 234 de la citada obra; y si así se hubiera hecho, la sindicada hubiera sido condenada por ley preexistente a su acto".

Segundo cargo. "Impugno la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal ... por ser violatoria en forma directa de la legislación penal vigente por falta de aplicación del artículo 234 del Código Penal derogado en concordancia con los artículos 231 y 233 de la misma obra".

En demostración aduce que "en el caso de autos, lo falsificado son cuatro letras de cambio, esto es, títulos valores", que "si no se tomaron como tal, por faltar la firma del girador, serían pagarés en virtud de la doctrina de la 'conversión del negocio jurídico' y con base en los artículos 621 y 709 del Código de Comercio"; que "la doctrina siempre ha estimado que la falsificación no tiene que ser perfecta para que se sancione, basta con la apariencia. No se puede, por ejemplo, exigir que un billete de banco sea elaborado igual que el original", pues "sólo se requiere que su apariencia exterior pueda engañar, como en el caso que se analiza". Así, pues, si "a sabiendas" de la falsedad de los documentos y "con el propósito de lucrarse o perjudicar a terceros", Argent Maloof de Sliba acreditó

aquéllos en el proceso sucesoral de Luis H. Alvarez cuando "tenía que saber que su amante no le había firmado tales documentos como se demuestra claramente con su dicho al no poder explicar el origen del documento falso satisfactoriamente y dar razones de que fue hecho en la oficina de la doctora Miriam Llinás y con el concurso de su exmarido Luis H. Alvarez", infringió así el artículo 234 del antiguo Código Penal, en concordancia con lo dispuesto en el 233 y 231 ídem, por lo que, como consecuencia, la decisión del Tribunal debe infirmarse y, en su lugar, proferirse fallo condenatorio que incluya la orden de pagar" los daños y perjuicios causados a doña Bernarda Torres viuda de Alvarez y sus menores hijos legítimos como lo autoriza el artículo 92 del Código Penal derogado".

B) *Causal cuarta. Cargo único.* La sentencia del Tribunal fue dictada en un juicio viciado de nulidad, porque en ella "se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción ... al no haberse llamado a juicio por estafa, de acuerdo con el artículo 408 del antiguo Código Penal en concurso (artículo 31 del Código Penal) con falsificación de títulos valores según los artículos 234 en concordancia con el artículo 231 y 233 de la obra citada".

El libelo arguye en sustento que el expediente permite advertir que "Argent Maloof de Sliha, ideó, preparó, ejecutó y consumó en un proceso psicofísico todos los actos indispensables para tratar de obtener de la sucesión ilíquida de Luis H. Alvarez, una cuantiosa suma para su provecho y en perjuicio de doña Bernarda Torres viuda de Alvarez y sus hijos legítimos, a quienes trató de inducir en error por artificios y engaños, tales como la elaboración de cuatro (4) letras, presentarlas al cobro, a través de abogado, en la sucesión ilíquida de Luis H. Alvarez, adelantar conversaciones sobre este tema en la oficina de la ex Magistrada doctora Llinás de Ovalle, etc.", pero que, sin embargo, "en el llamamiento a juicio del proceso comentado, no se hizo una calificación jurídica de los artificiosos y maniobras engañosas empleados por la sindicada para cobrar unos documentos falsos y en consecuencia la calificación jurídica ha debido ser estafa, utilizando como un medio de falsedad demostrada, cometiéndose un concurso de hechos punibles, pues con varias acciones conjuntamente infringió las disposiciones legales sobre estafa (408 del Código Penal derogado y 356 del Código Penal nuevo) y falsedad en documento privado, asimilado en la antigua legislación a documento público (artículos 234 en concordancia con el artículo 233 y 231 del Código Penal derogado) o no asimilado en la legislación actual, pero sancionado por el artículo 221 del Código Penal vigente".

Solicita, en conclusión, la anulación de la actuación a partir del auto de proceder inclusive, para que el juzgado del conocimiento produzca una calificación sumarial acorde con los hechos probados.

Respuesta del Ministerio Público

Después de la referencia a los hechos y actuación procesal en la forma recogida por esta Corporación, analiza cada uno de los motivos de impugnación, pero aludiendo a las causales de casación en orden inverso al propuesto, en el entendimiento de que así lo exige la metodología inherente al recurso, pues de prosperar la censura hecha bajo la esfera de la causal cuarta, es innecesario el estudio de las otras.

Causal cuarta. Cargo único. Su formulación, dice, peca contra la técnica de casación, porque, conforme a sentencias de esta corporación de 20 de marzo y 27 de septiembre de 1973, cuando se invoca tal causal debido a nulidad del juicio por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica del delito, son menester dos argumentaciones concurrentes: "la primera referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se aplicó fue indebida, y la segunda, también suficientemente demostrada, en el sentido de cuál debió ser la norma aplicable, o, por mejor decir, cuál la infracción que debió reconocerse por el juzgador". Pero si bien, en este caso, "el censor procuró la segunda de las argumentaciones olvidó la primera, quedando, por tanto, la proposición jurídica incompleta, y no es posible suplirla con consideraciones sin entrar al plano de la conjetura". Agrega que si bien merece objeciones la calificación específica que de los hechos se hizo en el auto de enjuiciamiento, "sin embargo la parte resolutiva de esa providencia contiene la denominación genérica de la falsedad documental, con indicación del libro, título y capítulo respectivos, que es lo obligante de conformidad con las previsiones del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal". No expresa los reparos que a su entender cabe hacer al vocatorio a juicio, pero afirma que en todo caso es improcedente la nulidad pretendida, puesto que "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional y en el 6º del actual Código Penal, 'la ley permisiva o favorable, aún

cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable ...'. Entonces, el pretender, mediante una declaratoria de nulidad del proceso, que se califiquen los hechos como uso, a sabiendas de su falsedad, de documentos públicos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 234 del Código Penal derogado, pues que a ellos se asimilaban los títulos valores expresamente, sería tanto como pedir que se llame a juicio a Argent Maloof de Sliba por un delito que dejó de serlo, lo cual, a más de ilógico, iría contra el principio de favorabilidad enunciado, puesto que en la nueva legislación los títulos valores recobraron lo que por naturaleza les correspondía, o sea el que se los considerara como documentos privados, tutelados en relación con la falsedad que en ellos o con ellos se cometiere con las normas a ellos concernientes, cual es la del artículo 221 del Decreto 100 del 23 de enero de 1980".

Por ello, concluye, el cargo no puede prosperar.

Causal primera. Primer cargo. Expresa que "si bien aparentemente asiste razón al impugnador, sin embargo la conclusión y petición final es ilógica y pugna contra el principio de la favorabilidad antes enunciado, al dar respuesta al cargo formulado a través de la causal cuarta, toda vez que el uso de títulos valores falsos, a sabiendas de su falsedad, de que trata el artículo 234 del Código Penal derogado y en el que se asimilaba al de los documentos públicos, ha dejado de ser delito, para dar paso a que tal hecho sea considerado como falsedad en documento privado, en la forma prevista en el artículo 221 del nuevo Código Penal que dice: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años". En consecuencia, en su opinión, "tampoco este cargo está llamado a prosperar".

Causal primera. Segundo cargo. Estima que no está llamado a tener éxito por ser complementario del anterior y merecer la misma respuesta, toda vez que la conclusión y petición final son idénticas.

Alegación de la defensa

Solicita desestimar la totalidad de la demanda, por improcedencia de los cargos. Coincide con el Agente del Ministerio Público en cuanto a las razones para desechar la causal primera de casación, la considera desavenida con lo realmente resuelto, porque si la sentencia acusada absolvió a la procesada, mal podría alegarse aplicación indebida de los artículos 241 y 240 del Código Penal derogado, en la medida en que sólo existe aplicación indebida de la norma sustancial cuando el fallador se funda en ella para dictar sentencia. Y en lo que atañe al segundo cargo que la demanda formula también bajo el marco de la causal primera, afirma que la petición de que la procesada sea condenada por una conducta que dejó de ser delictuosa, comporta violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues el artículo 378 del Decreto-ley número 100 de 1980 deroga el 234 del Código Penal de 1936 y, según el artículo 221 del nuevo estatuto, "Argent Maloof de Sliba resultaría autora de la falsedad de las cuatro letras de cambio, si en el proceso se hubiera cosechado la prueba de que ella fue la autora de la falsificación de la firma de Luis Heberto Alvarez Muñoz, quien figura como aceptante de las mencionadas letras de cambio", pero "el estudio grafológico descartó a la procesada de ser la autora material de la falsedad. Y ninguna prueba reveló la investigación indicativa de que ella hubiera determinado al autor material a que cometiere la falsedad". De forma que "como el simple uso de un documento privado falsificado no es delito autónomo dentro del nuevo Código Penal, como sí lo era en el anterior, por cuanto el uso actualmente es apenas un elemento estructurador de la falsedad de documento privado (artículo 221 del Código Penal de 1980), quiere ello decir que debe aplicarse el Código Penal vigente, por ser más favorable que el anterior, y porque la derogatoria de su artículo 234" envuelve indulto y rehabilitación (artículo 45 de la Ley 153 de 1887).

Consideraciones de la Corte

La acusación a la sentencia del Tribunal, la sustenta el apoderado de la parte civil en las causales de casación que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en sus ordinales 1º y 4º y, cuyo estudio, como con acierto lo puntualiza el concepto de la Procuraduría Delegada, procede hacer en el orden lógico, esto es, empezando por la última, pues de tener éxito la censura de nulidad, haríase innecesario realmente el examen de la otra.

Causal cuarta. Un solo cargo se propone con base en esta causal, según la cual la sentencia es casable cuando su proferimiento ha tenido lugar en un juicio viciado de nulidad. El hecho consiste en que el auto de proceder predica la existencia del delito de uso de documento privado falsificado regido por el artículo 241 del esta-

tuto penal de 1936, cuando en opinión del censor la calificación sumarial debió apuntar a delitos concursantes de estafa (artículo 408 ídem) y uso de títulos valores falsificados (artículo 234, en concordancia con el 231 y 233, ídem).

La demanda parte del supuesto de que el juzgador *a quo* al residenciar en juicio a la incriminada valoró equivocadamente los documentos falsificados, pues debiéndolos estimar títulos valores, los reputó documentos privados de naturaleza distinta, circunstancia que le impidió ubicar el hecho punible dentro del marco del artículo 234 del Código Penal entonces vigente, como correspondía; además, al desatender los artificios y maniobras utilizados por la procesada en procura del pago de los documentos de crédito materialmente falsificados, dejó de lado el delito de estafa, incurriendo por todo ello en la causal de nulidad señalada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien: *como desde el 29 de enero del presente año rige un nuevo dispositivo penal que, entre otras innovaciones, dejó de considerar los títulos valores como asimilables a los documentos públicos, para los efectos de la represión punitiva, mal podría pretenderse ahora el retraimiento de la actuación con una declaratoria de nulidad, en busca de calificación sumarial que reconozca esa asimilación, la cual, aunque vigente a la fecha de los hechos, resultaría violatoria del principio de favorabilidad que norman los artículos 26 de la Carta Política y 6º del nuevo Código Penal, porque referido el artículo 234 del estatuto anterior a las normas que le son concomitantes, tendríase que la sanción mínima para el evento delictual en él previsto es superior a la que establece el artículo 241 ibídem e, inclusa, a la que señala el 221 del Decreto 100 de 1980 al acriminar a título de "falsedad en documento privado" a quien "falsifique documento privado que pueda servir de prueba", "si lo usa".*

Por lo demás, *aún en la hipótesis de que la falsificación apuntara a títulos valores y que fuera admisible la reposición del proceso para que un nuevo auto de proceder reconociera esa situación, sólo en el evento de que igualmente se aceptara que la procesada fue copartícipe de la inmutación de la verdad contenida en esos documentos, podría predicarse el concurso de la falsedad y la estafa, puesto que el artículo 234 del anterior estatuto, al sancionar el exclusivo uso del documento público falso o de los instrumentos negociables asimilados a tales, no obstante su connatural carácter privado, pero exigiendo que aquél fuese a sabiendas y con propósito de lucro o de perjuicio a terceros, implícitamente demandaba como elemento integrante del tipo la no participación del agente en el proceso de la falsedad misma. Mas, sin embargo, si bien el libelo reclama la existencia del concurso, no demuestra que la acusada hubiera sido, de alguna manera, copartícipe en la elaboración de los falsos. Empero, en el supuesto de haberlo sido, no por eso podría afirmarse que porque el calificador sumarial dejare de considerar un extremo de la conducta delictuosa, es decir, se refiriera tan sólo al punible de falsedad, y no al de estafa, estaría dando lugar al vicio de nulidad por errónea expresión del* nomen juris *del delito, porque ni en el Código Penal de entonces ni en el que rige, existe infracción que, como consecuencia del concurso de hechos punibles, tenga una denominación determinada que deba expresarse así en el auto de proceder. El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal disciplina como causal de nulidad, sólo tiene ocurrencia cuando los hechos probados no se califiquen genéricamente conforme a la denominación acordada por el Código Penal en su respectivo capítulo o título, si éste no se divide en capítulos.*

Es evidente, entonces, que la demanda no acierta en el cargo de nulidad que endereza contra el fallo del Tribunal. No obstante, debe decirse que el juicio es nulo por no estar el auto de enjuiciamiento ajustado a la preceptiva perentoria del último inciso del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. Esta Corporación viene afirmando de tiempo atrás que el referido auto "no es un acto procesal de forma libre, que el juez pueda realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento", desde luego que debe ceñirse en lo esencial a la citada disposición. De ahí que paralelamente haya admitido que la imperfección sustancial de esa providencia, v. gr. la imprecisa o ambigua definición del delito imputado o la deficiente formulación del cargo, de modo que perturbe o imposibilite el normal ejercicio de la defensa, o haga imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, genere la nulidad supralegal consagrada en el artículo 26 de la Constitución, en la medida en que éste demanda, para la legalidad del juzgamiento, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Pues bien, el proveído enjuiciatorio, después de admitir con base en dictámenes grafotécnicos

recogidos en la investigación que son falsificadas las aparentes letras de cambio (que por lo bajo serían un documento privado con mérito ejecutivo) que la procesada llevó al proceso sucesoral del difunto Luis H. Alvarez en procura de su pago y que aquélla nada tuvo que ver con la falsificación *material* de las mismas, pasa a sostener que por falta de firma giradora los documentos falsificados no tienen la apariencia que es propia de esos títulos valores, pero que, sin embargo, la contrafacción de la firma del aceptante les daba relevancia jurídica al punto de suponer la existencia de una accesoria, y, concluye, por último, en que "no se considera posible que la persona que presenta unas falsas letras de cambio, en las cuales es beneficiaria, *no haya sido su primer motor o no haya cooperado para fabricarlo* (sic)", lo que "no es una presunción, sino un *hecho ilícito necesariamente lógico*". Subraya la Sala.

Lo anterior significa que el pliego de cargo sienta como premisa la participación de la procesada en el proceso de la falsificación, aunque haya sido un tercero el *autor material* de la misma. Es decir, admite que ella no es sólo usuaria de los documentos privados falsificados, sino que necesariamente participó en la falsificación misma. Luego, mal podía predicar la existencia del resto de falsedad normado en el artículo 241 de la Ley 95 de 1936, sólo referible al sujeto que usa el documento privado falso y que no intervino para nada en la falsedad. Lo lógico, entonces, habría sido la ubicación del punible dentro del marco del artículo 242 ibidem, en cuanto su previsión está dirigida al que habiendo falsificado el documento también lo usa; y tanto es autor de la falsedad, quien materialmente la ejecuta, como aquél que convino en que se hiciera para posteriormente usar el documento falsificado con propósito de lucro.

De consiguiente, siendo ostensible el vicio de nulidad constitucional que aqueja al proceso, debe la Corte reconocer su existencia, así no hubiese sido alegado en la demanda bajo el ámbito de la causal cuarta de casación, porque, como ya ha sido expuesto en otras oportunidades, no se compadecería con la lógica que si justamente el haberse dictado sentencia en juicio violado de nulidad es causal de casación, pudiera, no obstante, desatarse el recurso, a sabiendas de que al haberlo estaríase dictado sentencia en juicio viciado de nulidad.

La declaratoria de nulidad, como es apenas obvio, debe cobijar la actuación a partir del auto de proceder, inclusive, para que por el juez de la causa se haga la calificación acorde con la realidad sumarial y jurídica, pues la falsedad en documento privado, cuando el agente lo usa, sigue siendo comportamiento delictuoso a la luz de la codificación punitiva de 1980 (artículo 221).

Las precisiones en precedencia excusan a la Corte de entrar al análisis de los motivos de impugnación propuestos al amparo de la causal primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, en desacuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de origen y fecha indicados en las motivaciones de esta providencia y DECLARA, en consecuencia, la nulidad de la actuación surtida a partir del auto de proceder, inclusive.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario

LIBERTAD CONDICIONAL

Para conceder la libertad condicional, o una libertad provisional con fundamento en ella, no basta solamente el presupuesto cronológico, sino que es necesario un análisis de la personalidad y antecedentes de quien la solicita

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 83.

Bogotá, D. E., septiembre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto por el procesado José Segundo o Segundo José Tránsito de las Angustias Sáenz Salas contra el auto de siete de julio del presente año, por medio del cual se le negó la libertad provisional que impetrara.

El recurso fue presentado oportunamente, fundamentado por escrito y se le dio la tramitación que prescribe el procedimiento.

El auto impugnado no accedió a la petición de Sáenz Salas debido a que, si bien había descontado a esa fecha, en detención efectiva y por razón de reducción de pena por trabajo y estudio, un tiempo superior a las dos terceras partes de la sanción que le correspondería purgar en caso de llegar a ser condenado, no reunía en cambio los otros requisitos que exige el artículo 72 del Código Penal en relación con el artículo 453, numeral 6º del Código de Procedimiento Penal.

Por eso se dijo en ese proveído: "Si bien es cierto que la conducta de José Segundo o Segundo José Tránsito de las Angustias Sáenz Salas en el establecimiento carcelario ha sido ejemplar, no lo es menos que su personalidad, los antecedentes que registra, el número y naturaleza de los delitos por los que fue condenado en primera instancia dentro del presente proceso permiten dudar todavía de su readaptación para vivir en sociedad" ... "Los delitos por los que se encuentra procesado son los de peculado (2) y falsedad en documentos públicos (2), cometidos cuando desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Togüí por vacaciones del titular. Es decir, traicionando los deberes que le correspondían como ocasional administrador de justicia. La forma misma de comisión de esos ilícitos, expresión de su personalidad, revela en él especial capacidad delictiva".

Se mencionó, además, el antecedente que le resultaba de la condenación impuesta en el proceso número 39456 por otro delito contra la administración pública (peculado), con la anotación que, al respecto, hizo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en relación con este hecho, al comentarlo en la sentencia que está pendiente de revisión en la Corte en razón de la apelación interpuesta por Sáenz Salas. Dijo el Tribunal: "... lo que nos hace creer que se trata de un individuo con tendencias a la comisión de esta clase de punibles. Por esta razón su conducta anterior no puede tenerse como simplemente buena".

Para refutar estas apreciaciones de la Sala, el señor José Segundo Sáenz hace especial énfasis en que, a su juicio, para el otorgamiento de la libertad condicional y, por ende, de la libertad provisional con fundamento en ella, solamente se precisa atender al factor tiempo, de tal manera que si éste se encuentra cumplido, procede indefectiblemente la concesión del beneficio. Así se aprecia en diferentes partes de su memorial (folios 153, 154, 160, 161). En uno de esos apartes dice: "En tercer lugar, como único requisito para otorgarse el beneficio comentado, es el de que el procesado haya sufrido en detención pre-

ventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, circunstancia que en el caso *sub judice* se cumple satisfactoriamente".

Censura el que se hubiese ocupado la Corte de otros factores diferentes del simple transcurso del tiempo, tales como el análisis de su personalidad, la consideración del número de delitos por los que está respondiendo y las modalidades de su comisión, e igualmente del antecedente que le resulta de una condenación anterior también por delito de peculado.

Para él, la personalidad solamente se debe analizar al momento de dictar sentencia para efectos de la individualización de la pena. El número de delitos solamente juega papel frente al fenómeno del concurso. El tener en cuenta los antecedentes es atender a la reincidencia, la cual quedó abolida en el nuevo Código Penal. Y todo ello se reduce a considerarlo persona peligrosa, siendo que la peligrosidad también desapareció del nuevo estatuto.

Para acreditar que su personalidad y conducta nunca han dejado de ser buenas, recuerda el número de cargos (no pocos) que ha desempeñado en la Rama Jurisdiccional; aporta varios certificados de conducta o recomendaciones que le dieron en veces sus superiores y también personas que lo conocían y que exaltan sus cualidades. Todos estos certificados son anteriores a la época de comisión de los delitos por los que viene respondiendo ante la justicia. Y finalmente transcribe un párrafo de la sentencia de primer grado para comprobar que su juzgador de instancia no lo considera peligroso.

Agrega a su memorial copia del auto de 19 de diciembre de 1978, por medio del cual la Corte le otorgó el beneficio de la libertad en el negocio por peculado en el cual fue condenado a la pena de treinta meses de prisión, oportunidad en la cual no se analizó factor diferente del tiempo que llevaba en detención.

Recuerda, igualmente, que tampoco se ocupó la Sala de análisis distintos de los derivados del factor cronológico en los autos anteriores al que ahora recurre, cuando le negó el beneficio de libertad que reitera. Solamente en el último de esos proveídos, esto es, en el que es objeto del recurso que se desata, estudió también la Sala aspectos de índole personal.

Se considera

Afirmar que para la concesión de la libertad condicional y, por ende de la libertad provisional con fundamento en ella, solamente hay que considerar el aspecto cronológico, esto es, que el solicitante haya descontado las dos terceras partes de la pena, es desconocer el sentido y alcance obvios de las disposiciones que se citan para apoyar el pedimento: artículos 453, numeral 6º del Código de Procedimiento Penal y 72 del Código Penal. Y remitir únicamente al artículo 697 del Código de Procedimiento Penal los requisitos a que alude el 453, numeral 6º, inciso 2º, es hacer una referencia recortada, pues fundamentalmente hay que llenar las exigencias que establece la norma básica que es el artículo 72 del Código Penal.

Si para obtener los beneficios de que se trata bastara el simple transcurso del tiempo, así lo habría establecido perentoriamente la ley, con lo cual se habría consagrado llanamente una rebaja de pena y no un sustitutivo de ésta, o lo que es lo mismo, un subrogado penal. Es, si se quiere, un cambio de parte de la pena por un período de buen comportamiento presente y futuro.

Tanto en el anterior Código Penal (artículo 80) como en el actual (artículo 72), se requiere, además del factor cronológico, el análisis de otros aspectos que permitan al juez suponer fundadamente la readaptación social del peticionario, tales como su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden. Esto es, factores de los cuales se pueda inferir que la conmutación de pena por buena conducta descansa en presupuestos de previsible cumplimiento.

De allí que no es caprichoso ni arbitrario el análisis de la personalidad y antecedentes de quien solicita una libertad condicional o una libertad provisional con fundamento en ella.

Y como la actividad humana, en especial la delictiva, es expresión de la personalidad, para eso hubo necesidad de aludir en el caso de José Segundo Sáenz Salas a la forma como cometió los delitos por los que ahora responde, esto es, traicionando los deberes que le incumbían como ocasional administrador de justicia. Simulando un auto inexistente como medio para ordenar después la entrega de dineros que no llegaron a su legítimo dueño. Induciendo en error a un incauto secuestre para la entrega de los recibos parciales que el juzgado le había otorgado sobre dineros depositados en el despacho, con la fementida promesa de extenderle un recibo total, lo cual no se hizo, desde luego después de haber roto los anteriores. Esa es la forma de comisión de los delitos atribuidos a Sáenz Salas, según se

desprende de los procesos acumulados seguidos en su contra y que terminaron en sentencia condenatoria, apelada ante la Corte, pero cuya revisión no ha sido posible aún por haber tenido que atender las reiteradas peticiones que de tiempo atrás viene haciendo el sindicado, generalmente sobre los mismos hechos con diferente presentación.

También hubo necesidad de aludir en el auto recurrido al antecedente que le resulta a Sáenz Salas de una condenación anterior por delito de peculado, en primer término por requerirlo así la norma que regula el beneficio (artículo 72 del Código Penal), y también porque la reiteración en el delito indica propensión o inclinación al mismo, máxime si es de idéntica naturaleza, y revela una personalidad que necesita del tratamiento penológico para reencontrar las sendas del debido comportamiento ciudadano.

Si la Corte no se ocupó en las oportunidades anteriores que reseña el memorialista de aspectos como los de personalidad, conducta, antecedentes, ello se debió a que, en el primer caso, esto es, cuando le otorgó el 19 de diciembre de 1978 el beneficio de la libertad, ya él había cumplido en su totalidad la pena impuesta (había sido condenado a 30 meses de prisión y llevaba descontados en detención efectiva y por reducción en virtud de trabajo y estudio 30 meses y 7 días). No se trataba, por tanto, de una libertad sobre la base de la libertad condicional, sino de una libertad por tiempo cumplido (folios 138 y 139 del cuaderno de la Corte).

En los otros casos, esto es, los antes relacionados con la misma petición de libertad que ahora impetra, la ausencia del estudio de factores diferentes del cronológico obedeció a que, como ni siquiera se daba éste, no se imponía el estudio de los otros (folios 15 a 22 y 83 a 89 del cuaderno de la Corte).

Cuando el factor cronológico se cumplió, se entró, como era obvio, a analizar los demás aspectos para ver si procedía el otorgamiento de la libertad provisional sobre los supuestos de la libertad condicional. Eso ocurrió precisamente en el auto del que ha pedido Sáenz Salas reposición (folios 107 a 110 ibídem).

No se trata, pues, de posiciones contradictorias de la Sala, como pretende hacerlas aparecer el recurrente, ni se le ha querido tener por reincidente y persona peligrosa, sino que se ha dado simplemente cumplimiento a las disposiciones legales que exigen analizar la personalidad y antecedentes del procesado para saber si se puede o no suponer fundadamente su readaptación social.

Los cargos judiciales desempeñados con anterioridad a la comisión de los hechos por los que ahora se encuentra condenado en primera instancia y las recomendaciones sobre buena conducta que le fueron expedidas con antelación a los mismos, lo que están demostrando, frente a las sindicaciones que pesan sobre él, es que no respondió al compromiso que implicaba tan reiterada confianza de sus superiores en él, ni a la buena fe de quienes lo recomendaron ampliamente.

Finalmente, cabe recordar que si bien es cierto que el Tribunal consignó en su sentencia el párrafo favorable a su personalidad que transcribe José Segundo Sáenz en su memorial, esto lo hizo para descartar la posibilidad de imponerle como accesoria la pena de relegación a colonia agrícola de dos a diez años que establecía el anterior Código Penal para el caso de concurso delictual en número igual o superior a cuatro delitos (artículo 33, inciso 2º), quizás por estimar suficiente la sanción de cinco años y seis meses de presidio (hoy prisión) que en ella le impuso. Pero en aparte anterior del mismo fallo había hecho la consideración sobre propensión al delito que se transcribió en el auto que ahora recurre Sáenz Salas (folio 620 del cuaderno principal). Y como si esto no bastara, ya al referirse en concreto, en fecha posterior a la de la sentencia, a una solicitud de libertad provisional de Sáenz, dijo el Tribunal:

"En el caso presente, no están acreditados los presupuestos exigidos por la ley para otorgar a Sáenz Salas la libertad provisional por posible pena cumplida en los términos del ordinal 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, disposición que requiere, además, los requisitos para obtener libertad condicional, de los cuales estaría demostrado solamente la conducta observada en el respectivo establecimiento carcelario, según el acta del Consejo de Disciplina, pues los antecedentes de todo orden del implicado, el género, modalidad y circunstancias en que se cometieron los delitos que son precisamente contra la administración de justicia y contra la fe pública cometidos por quien tenía la misión de administrar justicia y en ejercicio de esas funciones, no permiten a la Sala Decisoria suponer fundadamente su readaptación social si se tiene en cuenta, atendiendo las constancias y antecedentes procesales que el incriminado persistió en la comisión de esta clase de punibles, no te-

niendo entonces la calidad de un delincuente ocasional'' (folio 672 del cuaderno principal).

Pero de todas formas, quien debe apreciar esas circunstancias de diverso orden para establecer si se reúnen o no los requisitos para el otorgamiento de una libertad provisional con fundamento en la libertad condicional, es quien tiene a su estudio la petición y debe resolverla.

La Sala estima que las apreciaciones que hizo en el auto recurrido y que en cierta forma ha repetido en el presente, se mantienen y son valederas como indicativas de que no se tiene aún la fundada convicción de la readaptación social de Segundo José o José Segundo Tránsito de las Angustias Sáenz Salas. Los documentos que aportó y las argumentaciones que adujo en nada desvirtúan los elementos de juicio que sirvieron para aquella decisión, por lo cual se sostendrá.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, decide NO REPONER el auto recurrido.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INDAGACION PRELIMINAR

En esta etapa no existen partes procesales

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 83.

Proceso número 26771.

Bogotá, D. E., septiembre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En memorial presentado el catorce (14) de agosto del año en curso, el abogado, doctor Yesid Rodríguez Velandia, solicita se le reconozca como apoderado del doctor César Moreno Salazar "en el sumario de la referencia conforme al poder conferido que adjuntó".

Así mismo pide se ordene la expedición de copias o fotocopias de toda la actuación en el citado asunto.

A dicho escrito acompaña, en original y copia, un poder que le fue conferido, desde el mes de marzo del corriente año, por César Moreno Salazar para que lo represente en todo lo relacionado con el poderdante dentro de unas sumarias que se originaron en un proceso penal que cursa en el Juzgado Penal del Circuito de Leticia contra funcionarios del Fondo Educativo Regional (FER) del Amazonas.

Para resolver, se considera

El sumario a que hace referencia el memorial, poder no existe hasta el momento, ya que esta Sala, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, dispuso, por medio de auto de nueve (9) de marzo del año en curso, la práctica de algunas diligencias que se han venido llevando a cabo sin que la Sala haya decidido abrir el correspondiente proceso o abstenerse de hacerlo.

Significa lo anterior que aún no se ha decidido si se ejercita por el Estado, la acción penal y, por consiguiente, no puede afirmarse que haya personas vinculadas a ningún proceso y que necesiten representación judicial dentro del mismo.

Y es que *las diligencias de indagación preliminar de que trata el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal sólo tienen por objeto despejar las dudas que haya sobre la procedencia de la apertura de investigación, como se dice en el texto del mismo, de manera que no puede decirse que en ellas haya personas acusadas ni que se haya llegado al convencimiento razonable de que se ha cometido una infracción penal, ni menos, de quiénes pueden ser sus autores o partícipes.*

De ahí que, aun cuando se disponga la práctica de pruebas con el fin indicado, no puede ordenarse, por ejemplo, que se reciba indagatoria a una persona o se la emplace, o en fin, que se la vincule en cualquier otra forma a la actuación y tampoco puede considerarse que haya un imputado ni un perjudicado con el fin de permitir que aquél o éste constituyan apoderado.

En estas circunstancias resulta, pues, improcedente la petición que hace el abogado Rodríguez Velandia de que se le reconozca como apoderado del doctor César Moreno Salazar y se le expida copia de la investigación preliminar que se está llevando a cabo.

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

Resuelve:

NEGAR las peticiones a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese al Ministerio Público y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTOS

En los juicios con jurado no cabe acudir a la causal primera, cuerpo 2º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 83.

Bogotá, D. E., septiembre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por los procesados Jesús María Zapata González y Manuel Antonio Rodríguez Estrada, así como por el defensor del último, contra la sentencia de dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó, sin modificaciones, la proferida el veintidós de octubre de mil novecientos setenta y nueve por el Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad, en la cual se condenó a Zapata González a la pena principal de veintiún años y cuatro meses de presidio (hoy prisión) por el delito de homicidio en su modalidad de agravado cometido en persona de Hugo de Jesús Arrubla Calle, y a Rodríguez Estrada a la pena principal de diez años y seis meses de presidio (hoy prisión) en razón del mismo homicidio, pero sin circunstancias de agravación, y por el delito de violencia carnal cometido en Luz Dary Giraldo Alzate, del cual respondió también ante el jurado en virtud de la acumulación de ambas causas.

Concedido el recurso por el Tribunal y admitido por la Corte, sólo el defensor de Manuel Antonio Rodríguez Estrada presentó la respectiva demanda de casación, la cual se declaró ajustada a las prescripciones legales en su aspecto formal. Respecto de Jesús María Zapata González se declaró desierto el recurso (fólios 2 y 17 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Los hechos los presenta de la siguiente manera el Tribunal con sujeción a la realidad procesal:

"El veinticinco (25) de diciembre de mil novecientos setenta y siete (1977), entre las doce y media y la una de la madrugada, Arrubla Calle, individuo de oscuros antecedentes, ocupante del inmueble número 39-14 de la calle 72, barrio Manrique de esta ciudad, se sentó a ingerir cerveza en el andén de la casa de habitación de su vecino Humberto Suárez Muñoz, distinguida con el número 39-93, de donde salió hacia la parte de abajo para comprar cigarrillos. No habían transcurrido más de quince minutos cuando algunas personas residentes en ese sector observaron que Arrubla Calle regresaba en lamentable estado, manando sangre y teniéndose el abdómen con las manos, en tanto que dos sujetos de muy definidas características morfológicas, uno de ellos adulto, alto, pelo indio, etc., y el otro de baja estatura, delgado y con apariencia de ser 'menor de edad', acosaban al indefenso y beodo herido, provistos de sendos cuchillos, y cuando lo tuvieron a su alcance el mayor de la pareja instigó a su compañero a que lo atacara, recibiendo así tremenda puñalada por la espalda (a la altura de la región interescapular izquierda). Después de irrogarle varios puntapiés y de dejarlo casi exánime, los agresores limpiaron sus armas en una sábana o 'manga' de los alrededores y abandonaron el trágico escenario, difundiéndose de inmediato entre las gentes del lugar la noticia de que los autores del cobarde acontecimiento eran 'Gazuza' y 'El Zurdo', temibles

malhechores por las repetidas depredaciones que venían ejecutando en dicho barrio" (folios 358 y 359 del cuaderno principal).

La investigación estuvo a cargo del Juzgado Cuarenta y Cuatro de Instrucción Criminal y el juzgamiento correspondió al Cuarto Superior, ambos del Distrito Judicial de Medellín.

Por auto de dos de febrero de mil novecientos setenta y nueve fue acumulada a la causa por homicidio, la que se seguía contra Manuel Antonio Rodríguez por el delito de violencia carnal, en la cual fue llamado a responder en juicio por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín (folios 264 y 265 del proceso por homicidio y 36 a 42 del expediente por la violencia carnal).

Aparte de unas declaraciones sobre la conducta de Rodríguez Estrada, ninguna otra prueba se practicó en el período probatorio de la causa (folios 284 a 286 del cuaderno principal).

Los siguientes fueron los cuestionarios sometidos a consideración del jurado y sus respectivas respuestas:

"*Cuestión primera.* El acusado Jesús María Zapata González (alias Gazuza), habiendo obrado en concurso recíproco de voluntades y de acciones con Manuel Antonio Rodríguez Estrada (alias El Zurdo), ¿es responsable de haber lesionado intencionalmente y con el propósito de matar, empleando arma cortopunzante (cuchillo) y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad mediante la alevosía, a Hugo de Jesús Arrubla Calle (alias Chulo), a consecuencia natural y directa de lo cual falleció éste? Los hechos ocurrieron así: el lesionamiento, a eso de la una de la madrugada del 25 de diciembre de 1977 en la calle 72 con la carrera 40, barrio Manrique de esta ciudad; y la muerte, minutos después cuando el herido era trasladado a la Policlínica Municipal. *Respuesta del Jurado: Sí es responsable*".

"*Cuestión segunda.* El acusado Manuel Antonio Rodríguez Estrada (alias El Zurdo), ¿es responsable de haber lesionado intencionalmente y con el propósito de matar, empleando arma cortopunzante (cuchillo), colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad mediante la alevosía, y obrando en concurso recíproco de voluntades y acciones con Jesús María Zapata González (alias Gazuza), a Hugo de Jesús Arrubla Calle (alias Chulo), a consecuencia natural y directa de lo cual falleció éste? Los hechos ocurrieron así: el lesionamiento a eso de la una de la madrugada del 25 de diciembre de 1977 en la calle 72 con carrera 40, barrio Manrique de esta ciudad; y la muerte, minutos después cuando el herido era trasladado a la Policlínica Municipal. *Respuesta del Jurado: Sí es responsable, sin agravante*".

"*Cuestión tercera.* El acusado Manuel Antonio Rodríguez Estrada (alias El Zurdo), ¿es responsable de haber accedido carnalmente a la joven Luz Dary Giraldo Alzate, sin el consentimiento de ésta, empleando violencia física y con la coautoría de otros dos individuos? Los hechos ocurrieron en la calle 72 con la carrera 43, barrio Manrique de esta ciudad, la noche comprendida entre el 27 y el 28 de abril de 1977. *Respuesta del Jurado: Sí es responsable*" (folios 318 a 320 del cuaderno principal).

Los juzgadores de instancia acogieron estas veredicciones, y con fundamento en ellas se profirió el fallo que ahora es objeto del recurso.

La demanda

El recurrente seleccionó como causales de casación para censurar el fallo que impugna las consagradas en los numerales 3º y 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o sea, el haber sido dictada la sentencia, de un lado, con fundamento en un veredicto contradictorio; y de otro, en un juicio viciado de nulidad.

Al amparo de la causal tercera le formula dos cargos, dirigido el primero a la condenación por el delito de homicidio y el otro por el delito de violencia carnal, pero estructurados ambos sobre idénticas consideraciones.

Dentro del ámbito de la causal cuarta alega, o mejor insinúa, un solo cargo.

Causal tercera. Cargo primero. En la enunciación lo presenta como si se tratara de una tacha por haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contraevidente; en la fundamentación alude al veredicto contradictorio; y el desarrollo de la argumentación es la propia de una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, referido a la falta de apreciación de la prueba.

Pertenecen a la demanda, en este punto, los siguientes apartes:

"Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Medellín ... 'por haberla (la sentencia) fundamentado en un veredicto notoriamente contraevidente, toda vez que tal veredicto, en cuanto a la responsabilidad penal de Manuel A. Rodríguez E., es contrario a la real situación del indicado condenado, en esta causa, y habiéndose dejado

a un lado la aplicación del artículo 23, numeral 1º del Código Penal, de acuerdo con el haz probatorio de autos'.... 'La acusación que por medio de la presente demanda me permito formular, la *fundamento* en la causal tercera (3ª) del artículo 580 del Código Penal (sic) colombiano, el cual reza ... 'cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio'. 'Efectivamente los veredictos del *jurí*, y en cuanto al caso del homicidio agravado, resolvió en cuanto a la responsabilidad de Rodríguez Estrada, que *sí es responsable*, sin agravante''.

''*Error de hecho*. Se cometió, en el veredicto, un notorio error de hecho al apreciar la responsabilidad de Rodríguez, y no haber considerado la real y verídica o exacta situación en la cual obró este encartado penal, el momento de propinar, como dicen los testimonios, la última lesión sufrida por el occiso''. ''Esa situación fue la de 'un estado de insuperable coacción ajena', causado por la grande y decisiva influencia que el sí delincuente nato, Jesús María Zapata González (alias Gazuza) ejercía, desde hacía meses, y ejerció expresamente, en tal noche y momento''.

''En ese mismo error incurrió el honorable Tribunal y de allí que, en lugar de declarar la *contravidencia* del veredicto en lo tocante a la responsabilidad penal del sindicado Rodríguez Estrada, por el homicidio, lo que hace en su fallo es argumentar y apoyarse en los testimonios que cita, de los cuales copia partes, para llegar a la misma conclusión de que hay responsabilidad penal en mi defendido''.

Como conclusión del cargo afirma: ''Se impone *casar* la sentencia por este aspecto, y en su lugar declarar la *contravidencia* del veredicto, con sus acuelas legales''.

Segundo cargo. También del veredicto relacionado con el delito de violencia carnal afirma que es contradictorio. Apoya la censura en que el jurado de conciencia incurrió en un error de hecho que hace consistir en que ''de acuerdo con la declarante, *única persona* que a su modo acusa, Rodríguez la usó primero, pero no tuvo en cuenta el honorable jurado, el hecho muy cierto de que Jesús María Zapata González ordenó a Rodríguez a obrar, y esa obediencia, tuvo como causa esencial, la dependencia psicológica de Rodríguez hacia o de Zapata G., toda vez que se había apoderado, digámoslo así de su voluntad''. Concluye también respecto de este hecho delictuoso que obró su defendido ''por coacción moral insuperable'' y que como esta situación fue desconocida por el jurado y por los falladores de instancia ''se cayó en un error de hecho y por lo tanto resulta contravidente ese veredicto''. Pide que se case la sentencia porque se apoya en ''un veredicto que respetuosamente considero contradictorio''.

Causal cuarta. Cargo único. Lo hace consistir en que se condenó a su patrocinado por el delito de violencia carnal en persona de Luz Dary Giraldo Alzate, y en cambio no lo fue el verdadero responsable que fue Jesús María Zapata G., ''quien no sólo ejecutó actos carnales contra la ofendida y que moralmente obligó a Rodríguez a realizar lo mismo y que obligó a la ofendida a desnudarse'', el cual ''no fue llamado a juicio, ni residenciado en la audiencia, ni condenado, etc.''.

La fundamentación la deriva de transcripciones que hace de la sentencia del Tribunal acerca de lo defectuoso y lento de la averiguación por ese hecho punible, contenida en la causa que se acumuló a la de homicidio.

Su pedimento final en punto a este cargo es el siguiente:

''Quizás esas deficiencias que el mismo Juez Superior anota en su fallo en cuanto a la investigación por el delito contra la libertad y el honor sexuales, dan lugar a una nulidad, y si la encuentra real la honorable Corte le ruego decretarla''.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso por cuanto la demanda, en sus diversos cargos, no se ajusta a la técnica que lo rige.

En la parte central de su concepto expresa:

''Sorprende a esta Procuraduría Delegada que todavía hayn abogados en Colombia que confunden los conceptos de veredicto contradictorio y veredicto contravidente y, que, con semejante dislate jurídico fundamenten una impugnación ante el más alto Tribunal de Justicia de nuestro país''.

''Desde la vigencia del Código de Procedimiento Penal —julio de 1938— tanto la jurisprudencia como la doctrina han precisado la naturaleza jurídica de un veredicto contravidente y la de un veredicto contradictorio y las repercusiones de uno y otro en el recurso extraordinario de casación. En célebre sentencia de 3 de noviembre de 1944 —*Gaceta Judicial*, Tomo LVII, números

2010 a 2014, páginas 742 y siguientes—, aparecen las razones jurídicas por las cuales un veredicto considerado contraevidente es intocable en casación, razones que hasta hoy aparecen incólumes ... 'y en cuanto al motivo de nulidad al cual se hace referencia al final del libelo, baste decir que el demandante no menciona y ni siquiera insinúa disposición legal al respecto'" (folios 22 y 23 del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Dadas las consecuencias de llegar a prosperar un cargo por el vicio de nulidad, se impone empezar el análisis de la censura por este aspecto, así no lo haya hecho en idéntica forma el impugnante.

El recurrente se limita a mencionar una posible nulidad que ni expone en debida forma, ni precisa tampoco, de tal manera que sitúa a la Sala en condiciones de interpretarlo, lo cual no se compadece con su función en tratándose de la casación, ni consulta la estricta técnica que regula el recurso.

Pero si lo que pretendió fue estructurar la nulidad en el supuesto del rompimiento de la unidad del proceso, por haberse enjuiciado por el delito de violencia carnal solamente a su defendido y no haberlo hecho también respecto de Jesús María Zapata González, quien, a su juicio, no sólo lo cometió igualmente, sino que obligó a Rodríguez a cometerlo, conviene recordar, que el Código de Procedimiento Penal permite esa escisión en la investigación, cuando al momento de calificar el sumario se encuentra mérito para enjuiciar a unos y sobreseer temporalmente a otros por no existir respecto de ellos la prueba exigida para llamarlos a juicio, o cuando hubiere serios motivos para temer que exista otro u otros partícipes que aún no han sido descubiertos (artículo 482 del Código de Procedimiento Penal).

Fue esto último lo que exactamente hizo el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín en el auto calificatorio, como puede observarse a folio 41 del expediente relacionado con la violencia carnal. Allí se lee al sobreseer temporalmente a Manuel Antonio Rodríguez por el delito de lesiones personales" "mismo proceso que se aprovechará para continuar la averiguación por el concurso de delitos de violencia carnal y lesiones personales respecto a los cosindicados no identificados y conocidos con los apodos de 'Gazuza' y 'Chiqui' ".

El cargo no prospera.

Causal tercera. Cargos primero y segundo. Como el recurrente les da la misma presentación y acude a la misma fundamentación, se hará referencia conjunta a ellos.

Como lo anota el Procurador, el censor confunde lo que es un veredicto contradictorio con el contraevidente, y termina solicitando que se case la sentencia por haber sido dictado sobre veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando ésta no es causal de casación, ni puede referirse a la causal tercera, pues ésta alude al veredicto contradictorio que es distinto del contraevidente.

No existiendo causal propia de invalidación de la sentencia por haberse fundamentado en un veredicto contradictorio, evidencia de los hechos, habría que acudir, si eso se fuera a hacer, a la causal primera, cuerpo segundo, o sea a la violación indirecta de la ley por falta de apreciación de la prueba, que es cabalmente el centro de la argumentación del recurrente, y bien sabido es que en los juicios en que interviene el jurado no es procedente este motivo de casación, no solamente por la razonable apreciación que de los elementos probatorios puede hacer el jurado de acuerdo con su íntima convicción, sino también porque de llegar a prosperar una tal impugnación habría que entrar a dictar el fallo sustitutivo (artículo 583, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal), con lo cual se estaría incurriendo en otro motivo de casación, pues se proferiría sentencia sin su presupuesto procesal que, en esta clase de juicios, es el veredicto (artículos 519 y 580, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal).

En sentencia de 6 de mayo de 1947 diferenció con toda claridad la Corte los veredictos contradictorio y contraevidente, en pronunciamiento que posteriormente ha venido reiterando:

Dijo, al efecto:

"No es lo mismo veredicto contradictorio que veredicto contraevidente. El veredicto contradictorio es el que consta de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, sin que puedan conciliarse sus voces, por ejemplo, cuando se niega la ejecución del hecho y se afirma que se hizo con determinado propósito, o si se dice que un procesado es responsable de un asesinato, pero que procedió en legítima defensa, etc. La contradicción debe encontrarse en el veredicto mismo y no entre el veredicto y las partes del proceso. El veredicto contraevidente, en cambio, es el que no tiene respaldo en las pruebas procesales, el que no está basado en de-

mostraciones que hayan podido llevar la convicción racional de los jueces de hecho. El veredicto contradictorio está erigido en causal de casación porque la sentencia, en los juicios en que interviene el jurado tiene que basarse en el fallo del Tribunal popular (artículo 480, Código de Procedimiento Penal); y es claro que si las proposiciones de que puede constar son contradictorias, se destruyen mutuamente y entonces la sentencia carecería de toda base racional y legal. Por eso se ha dicho que el veredicto contradictorio equivale a veredicto inexistente. En cambio, el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no está erigido en causal de casación, entre otras razones porque este recurso extraordinario es fundamentalmente un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado, para ver si la ley penal se ha aplicado rectamente, y el fallo del jurado se hace tan sólo en conciencia o por íntima convicción (*Gaceta Judicial*, Tomo LXII, página 780).

La declaratoria de la contraevidencia de un veredicto es propia de las instancias (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal) y así lo intentó sin éxito el recurrente ante el juzgado del conocimiento (folios 321 y vuelto, del cuaderno principal).

La confusión en el planteamiento de los cargos y la falta de claridad y precisión jurídica en sus fundamentaciones, unida a las consideraciones precedentes, llevan a su desestimación.

No prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD POR INDEBIDA REDACCION DEL AUTO DE PROCEDER

El juzgador está obligado a calificar las pruebas sobre el cuerpo del delito y sobre la responsabilidad del procesado. La omisión de este deber, acarrea nulidad constitucional

FACULTADES DEL JUEZ DURANTE LA AUDIENCIA PUBLICA

El juez puede tomar las medidas necesarias para evitar que las partes distorsionen el contenido de las providencias dictadas en el proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 26500.

Aprobado: Acta número 83.

Bogotá, D. E., septiembre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En sentencia de 13 de agosto de 1980, el Tribunal Superior de Pereira, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la de 22 de agosto del mismo año, en que el Juzgado Primero Superior de ese mismo Distrito Judicial, condenó a Abadía Ruiz Giraldo o Alberto Abadía Ruiz, a la pena principal de ocho (8) años de presidio por el delito de homicidio cometido en la persona del agente de policía Manuel José Obando Obando, hecho ocurrido el 29 de abril de 1979 en la población de Belén de Umbría, confirmó sin modificaciones dicha decisión.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso oportunamente el defensor del procesado recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala en la que se ha tramitado, hasta su agotamiento, el mencionado recurso.

Hechos y actuación procesal

Aquellos tuvieron ocurrencia en el sitio y día que se dejan mencionados. En este y a eso de las nueve de la mañana se encontraba recostado a la puerta de entrada de la cafetería "Capibar" en el área urbana de Belén de Umbría, el agente de policía Manuel José Obando Obando cuando, al verlo Alberto Abadía Ruiz o Abadía Ruiz Giraldo, quien venía caminando por la calle, le hizo tres disparos de pistola, cuyos proyectiles le penetraron uno en el tercio interno de la clavícula izquierda, otro en el quinto espacio intercostal del mismo lado, el cual le perforó el corazón y el tercero en la décima vértebra dorsal del lado que se viene mencionando. Estas heridas ocasionaron la muerte inmediata del ofendido.

Adelantada la investigación y una vez perfeccionada, se profirió por el Juzgado Primero Superior de Pereira, auto de fecha veinticuatro de septiembre de 1979, por medio del cual se llamó a juicio a Alberto Abadía Ruiz o Abadía Ruiz Giraldo "como autor responsable del delito de homicidio" (folio 174, cuaderno principal), en la persona del ya mencionado Obando Obando.

Adelantado el juicio y llegada la audiencia pública, los jurados respondieron al respectivo cuestionario diciendo: "Sí es responsable, pero obrando en legítima defensa subjetiva de su vida" (folio 203 ibídem).

Este veredicto no fue aceptado por el juzgado que, en providencia de 4 de febrero de 1980, lo declaró contradictorio porque, según se manifestó, "en la primera parte de la respuesta declaró enfáticamente (el jurado) la responsabilidad del procesado y en la segunda lo exoneró de tal responsabilidad", hipótesis que, a juicio

del fallador, se contraponen, por lo cual, determinó que se convocara nuevamente a los jueces del pueblo.

Esto se hizo el cinco de mayo del año últimamente mencionado y el veredicto del jurado fue, esta vez: "Sí es responsable".

Durante la audiencia pública y en momentos en que el defensor criticaba el auto de proceder, lo interrumpió la juez para decirle (folio 141) que estaba incurriendo en "algunas imprecisiones las que podían dar idea diferente al verdadero sentido del auto de proceder", por lo cual el defensor reaccionó en forma enérgica diciendo que se le pretendía coartar el derecho de defensa a su patrocinado, ante lo cual la juez, según dice el acta de la audiencia, "optó por no polemizar con el abogado y permitió que continuara en el uso de la palabra".

Aceptado el veredicto por el juzgado, se profirió, en su desarrollo, la sentencia que se deja mencionada al comienzo de la presente en la que, como también se expresó, se encontró al procesado responsable del delito por el que se le estaba juzgando y se le condenó a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las correspondientes sanciones accesorias, todo lo cual fue confirmado por el Tribunal en la providencia que es materia del presente recurso extraordinario.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Dos cargos formula el censor contra la decisión recurrida, expuestos ambos en el marco de la causal cuarta de casación y sobre la base de otras tantas nulidades de carácter constitucional en que, según dice, incurrió el juzgador.

Se resumen a continuación y con cada uno de ellos se hace lo mismo con la correspondiente respuesta del Ministerio Público representado, en esta oportunidad, por el Procurador Primero Delegado Penal.

Primer cargo. Se le hace consistir en que, de acuerdo con el actor, se violó el artículo 26 de la Carta Política al manifestarse en el auto de proceder que se llamaba a juicio al procesado como "autor responsable" por el delito de homicidio.

Esa expresión, según el demandante, "implica una clara y manifiesta desviación de poder, grabando (sic) de una vez la responsabilidad del procesado, produciendo un auténtico prejuzgamiento, que desde luego iba en contra del debido proceso, generando nulidad constitucional. El juez de la causa, continúa diciendo, con esta actuación vulnera el derecho de defensa y de paso inducía al jurado de conciencia a dar por sentada la responsabilidad del procesado señor Abadía Ruiz Giraldo ...".

Replica la Procuraduría que no tiene fundamento la censura porque el auto de proceder apenas es un pliego de cargos que el Estado formula al sindicado para que se defienda de ellos dentro del período de la causa y que la expresión criticada por el actor debe ser entendida dentro del contexto del auto de proceder, como una afirmación de que había en el proceso prueba suficiente para incriminar el procesado por el delito que se estaba juzgando.

Segundo cargo. Considera el censor que la intervención de la juez durante la audiencia pública "afectó, de manera sustancial, la plenitud de las formas propias del juicio criminal que se adelantaba contra el enjuiciado" cuyo derecho de defensa fue vulnerado con violación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional. Califica de prejuzgamiento la intervención de la juez y asevera que en igual vicio incurrió el Tribunal al confirmar la sentencia de primera instancia.

Al referirse a este cargo, la Procuraduría expresa que no encuentra razón alguna para criticar la actuación de la juez, puesto que, según el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, al funcionario del conocimiento corresponde la dirección de la audiencia y que, en el presente caso, la titular del juzgado se limitó a hacer una observación tendiente a impedir que se extralimitara el derecho de defensa, lo que no representa violación ni desconocimiento del mismo.

Pide, en consecuencia, que también se declare infundado este cargo.

Consideraciones de la Corte

La Sala procede a examinar, a continuación, y también en forma separada, los dos cargos formulados contra la sentencia materia del recurso:

Primer cargo. La aseveración que en el auto de proceder se hace, ya sea en la parte motiva o en la resolutiva, de ser el sindicado responsable por el delito materia del proceso, no es un prejuzgamiento como lo insinúa el actor ni constituye inducción a que los jurados se formen un juicio errado sobre la cuestión sometida a su examen.

El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 482, obliga al juzgador a emitir su concepto sobre el cuerpo del delito y acerca de la res-

ponsabilidad del procesado y es ésta una afirmación que aquél no puede eludir porque sin ella no podría tomar la determinación de abrir causa criminal ya que si llega a una conclusión negativa sobre cualquiera de los dos extremos (cuerpo del delito, responsabilidad) o sobre uno de ellos, ya no puede llamar a juicio sino que debe sobreseer temporalmente (artículo 489 ibídem).

Así pues, no es facultativo del juez expresar u omitir esa opinión funcional sobre la existencia de la responsabilidad, sino que está obligado a manifestarla y existiría, entonces sí, verdadera nulidad constitucional si no lo hiciera.

De otro lado y como lo dice la Procuraduría, tal afirmación de responsabilidad hay que entenderla en su contexto, o sea situarla en las circunstancias procesales en que se le obliga al juez a consignarla. Yo que, tratándose de un auto de proceder, tiene la categoría de un cargo que se formula contra el procesado con el objeto de que sepa de qué se le acusa y pueda defenderse.

En este plano es, además, imperativo para el juez no sólo que afirme la responsabilidad del procesado, sino que, en la parte motiva de la providencia, singularice la especie de la misma, a saber, si es en calidad de autor principal, de cómplice, o sí, por otra parte, debe responder de un delito perfecto o de una tentativa, etc.

En conclusión, no se advierte que en el presente caso los juzgadores de derecho hubieran quebrantado norma alguna legal o constitucional y carece de fundamento la censura que en este punto se le hace a la sentencia, por lo cual el cargo debe ser desechado.

Segundo cargo. La Sala está plenamente de acuerdo, como en el cargo anterior, con la Procuraduría.

En efecto, *el artículo 512 da al juez facultades para dirigir la audiencia pública que, si bien no son ilimitadas, deben entenderse suficientes para que lo que en ella suceda se encamine al fin primordial de la diligencia cual es el recto juzgamiento de las personas llamadas a juicio. En esa misión el juez debe tomar las medidas del caso, entre las cuales es indudable que se encuentran las que tienden a evitar que se distorsione el contenido de las providencias dictadas hasta entonces en el proceso. El cabal entendimiento de estas es factor importante para que los jurados formen rectamente su juicio y a ello debe estar atento el juez sin extralimitar, desde luego, sus funciones, lo cual, ciertamente, no ha sucedido en este caso.*

En efecto, el reproche que la juez hiciera durante la audiencia al defensor diciéndole, como se deja consignado, que estaba incurriendo en algunas imprecisiones que podían dar al auto de proceder un significado diferente al que verdaderamente tenía, no es un acto extralimitado sino legítimo y necesario de acuerdo con el espíritu que, como se deja dicho, debe inspirar esas actuaciones.

Tampoco prospera 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,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS

A pesar de la posición especial que ofrece el Ministerio Público dentro del proceso, no puede negarse a éste la condición de parte o interviniente y, por tanto, la existencia respecto de él, de la causal de recusación del numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 83 de 1º de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Juzgado Veintiséis Superior de Bogotá, en auto de mayo veintiséis del año en curso, sobreseyó definitivamente en favor de Florentino Torres Sanabria, a quien se imputa la comisión de un presunto delito de "homicidio" en Jesús Antonio Acevedo Morales.

El Fiscal de esa instancia, doctor Gustavo Adolfo Mojica Niño, recurre en apelación, porque encuentra motivos suficientes para un llamamiento a juicio.

En el Tribunal, el Magistrado Luis Mojica Niño se declara impedido invocando al respecto el numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, apreciación que la Sala Dual rechaza porque el agente fiscal no obra "en representación propia o por poder conferido por alguna persona o entidad, sino en representación de la sociedad y, por ende, la función que cumple no es *in pectore* sino como vocero del Ministerio Público" (julio 23 de 1981).

Para la mayoría de la Sala, en caso igual, la excusa es viable porque a pesar de la posición especial que destaca la Sala Dual, en relación con el Ministerio Público, no puede negarse a éste la condición de parte en el proceso, denominación que el propio procedimiento penal emplea para referirse a él. Ahora, si se recurre a la más amplia expresión de "personas que intervienen en el proceso", con lo cual el ordenamiento mencionado pretende marcar un distingo en cuanto a la estructura del proceso y en relación con el de índole civil, la situación sería idéntica, porque en este evento se borraría, para todos, la restringida y hasta antitécnica condición de "partes", pero seguiría operando con igual mérito y extensión la comentada causal de impedimento o recusación.

Otros no dejan de considerar que el concepto fiscal integre la providencia misma, de donde la solución sería la misma aunque por causal distinta, pues se estaría en el caso del parentesco incidente en quien ha emitido o contribuido a emitir la resolución, observándose el interés, por los nexos de sangre, en que prevalezca una determinada opinión.

Por último, no faltan quienes llevan el caso a una situación de antiprocesalismo, pues el aspecto comentado es factor que por sí destruye o deteriora las bases mismas del proceso, entre las cuales está el que los organismos de justicia, en su doble instancia, no ofrezcan motivos legales de incertidumbre sobre su imparcialidad. También en esta hipótesis se impondría la separación del funcionario.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, admite como procedente la alegación de impedimento invocada por el Magistrado *Luis José Mojica Niño* y, en consecuencia, ordena su separación del conocimiento del mencionado proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONTRABANDO POR LAS ADUANAS

El delito de contrabando por las aduanas no exige la prueba previa de las falsedades cometidas, ni su reconocimiento por la autoridad aduanera. Análisis estructural de esta infracción: los bienes jurídicos tutelados

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 82 de 27 de agosto de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior de Aduanas, en sentencia de veinticuatro de noviembre del año próximo pasado, adoptada por mayoría, impuso a Jesús Antonio Orozco Osorio, por el delito de contrabando por las aduanas —hoy de primer grado—, veinticuatro (24) meses de prisión y doscientos mil pesos ($ 200.000.00) de multa en favor del Tesoro Nacional.

En cuanto a penas accesorias, estableció las de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de ejercer el comercio en general. En la misma decisión se le absolvió del cargo de "falsedad en documentos" y se establecieron algunas modificaciones sobre porcentajes de aprehensión y nombre de los aprehensores.

En tiempo oportuno se introdujo el recurso de casación, se admitió este, fue presentada la correspondiente demanda y se declaró la misma ajustada a las formalidades de la ley.

Sobre los *hechos* escribió el Tribunal:

"De autos se desprende, que a mediados del mes de marzo de 1974 la sociedad de hecho integrada por los señores Jesús Antonio Orozco Osorio, Willian Rojas y Augusto Zuluaga Patiño, propusieron al señor Pedro Pablo Contreras, Gerente de la Cooperativa de Transportes Velotax, la importación por medio de esa cooperativa, de cien (100) chasises marca Ford. El señor Contreras consultó entonces al Consejo de Administración de la empresa y éste la aprobó teniendo en cuenta que la importación no implicaba erogación alguna para Velotax y por el contrario iría a percibir un mil pesos ($ 1.000) por cada vehículo nacionalizado.

"En un principio se solicitó al Incomex licencia para importar cien (100) chasises cabinados F-100, de 117 pulgadas, modelos 1974, 1975, de acuerdo con el Registro de importación número 017660 a favor de la Cooperativa de Transportes Velotax Limitada. Sin embargo, en forma posterior los señores Orozco, Rojas y Zuluaga, resolvieron que era mejor importar chasises F-350 en lugar de F-100, los que se consideran más convenientes para el trabajo, aunque con igual *ad valorem*. Se dice entonces, que Orozco se valió de los servicios de Avelino Devia, empleado del Incomex, quien se comprometió a gestionar las respectivas modificaciones al registro de importación.

"Con base en dicho registro y las modificaciones números 002392 de abril 23 de 1974 y 002502 de 3 de mayo de 1974, se trajeron al país 100 chasises marca Ford, tipo 350, de 137 pulgadas, los que fueron nacionalizados a través de los Manifiestos números 44040 de noviembre 14 de 1974, 44042 y 44041 de diciembre 30 de 1974, 04441/2/3/66, 04436/7 de febrero 7 de 1975 y 06652 de febrero 27 de ese mismo año.

"Los señores Germán Torres y César Parra Lesmes denunciaron entonces ante la Inspección General de Aduanas, que los vehículos referenciados se habían introducido al país mediante la utilización de documentos falsos, lo que originó

la investigación administrativa que concluyó con la aprehensión de los primeros 29 automotores en las bodegas de Almabanco y Almaviva el día 29 de julio de 1975".

Y de la *actuación* afirmó la Delegada:

"Habiendo correspondido la investigación al Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, el Juzgado Séptimo Superior de esta ciudad, le provocó colisión de competencia positiva respecto al delito de 'falsedad en documento público' atribuido al procesado Avelino Devia que aquél rechazó provocando la intervención del extinguido Tribunal Disciplinario, Corporación que del 7 de julio de 1977 dirimió el conflicto atribuyéndole a la justicia ordinaria, concretamente al Juzgado Séptimo Superior de Bogotá el 'conocimiento del proceso penal que por el delito de falsedad se adelanta contra Avelino Devia Galvis y otros' " (folios 6 a 30 del cuaderno número 12).

"Verificado nuevo reparto, el Juzgado Tercero Superior de Aduanas, al cual correspondió conocer del asunto, por auto del 21 de junio de 1978 (folios 308 a 343 del cuaderno número 2) calificó el mérito del sumario sobreseyendo definitivamente, entre otros, a los sindicados Jesús Antonio Orozco Osorio, William Rojas y Augusto Zuluaga Patiño por inexistencia del delito de contrabando a ellos imputado; ordenó compulsar copias de lo pertinente con destino a la justicia ordinaria para efectos de la correspondiente investigación por el delito de falsedad y adoptó otras decisiones.

Adujo el *a quo* que la conducta investigada era constitutiva de contrabando de primer grado, conforme al Estatuto Penal Aduanero vigente, artículo 4º de la Ley 21 de 1977, norma que sin embargo, no podía aplicarse al caso controvertido por ser posterior al hecho imputado.

Apelada esta decisión el Tribunal Superior de Aduanas, con salvamento de voto de uno de sus miembros, revocó el sobreseimiento definitivo proferido en favor del sindicado Orozco Osorio y en su lugar lo llamó a responder en juicio por los delitos de "contrabando por las Aduanas y falsedad por uso", decretando el archivo del sumario en favor de los procesados Avelino Devia, William Rojas y Augusto Zuluaga Patiño (artículo 53 del E.P.A.) (folios 45 y 72 del cuaderno número 3).

Las normas legales infringidas por Orozco Osorio, según el *ad quem*, fueron los artículos 17 del Decreto 520 de 1971 (sic) y 234 del antiguo Código Penal (hoy 222 de la nueva codificación): Aquél que describe y sanciona como delito de contrabando por las aduanas, o de primer grado, el hecho de importar mercancía por las aduanas valiéndose de documentos falsos y éste, que reprime como infracción el uso de documentos públicos y falsos.

Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública, el 26 de noviembre de 1976 el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de treinta y dos meses de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes (folios 176 y siguientes, *ibidem*); fallo que apelado por la defensa fue confirmado por el Tribunal Superior de Aduanas mediante la sentencia objeto del recurso de casación".

El fallo impugnado

Allí se dice, con respaldo probatorio bastante y suficiente, que el Instituto de Comercio Exterior autorizó a la Cooperativa de Transportes Velotax, por medio de Registro de importación número 0017660 de 4 de abril de 1974, para nacionalizar cien (100) chasises cabinados F-100, de 117 pulgadas, Custom, marca Ford, modelos 1974/75, peso bruto de 5.600 libras, 4 x 4, doble transmisión, correspondientes a la posición arancelaria 87.02.05.21. Ese registro fue modificado, ilícitamente, por los registros 0002392 de veintitrés (23) de abril de 1974 y 0002502 de 3 de mayo del mismo año, mediante los cuales la importación se varió para introducir chasises F-350, 137 pulgadas entre ejes, marca Ford, peso bruto de 10.000 libras y con posición arancelaria 87.02.05.99.

Realmente estos dos últimos documentos, según se comprobó, se relacionan con las firmas importadoras "Cartón de Colombia S. A." y "Sameco & Cía. Limitada", ajenas en un todo a la gestión aduanera de "Velotax" —folios 161 y 163—.

Se sabe que el Registro número 0017660, no fue objeto de legítimas mutaciones —folio 159 Nº 1—, y que las firmas de Carlos Lozano Angel y Ramiro Valencia, de Incomex, que aparecen en los documentos con los cuales se pretendió y consiguió que se aceptaran las averiguaciones enunciadas, fueron falsificadas por el sistema de libre imitación y que los sellos respectivos guardan diferencias fundamentales con los verdaderos, en cuanto a morfología, calibre lineal y entintado —folio 38, Nº 2—.

Para el Tribunal, y la afirmación se apoya en referencias probatorias precisas y convenientes, no hay duda alguna que la importación de los chasises F-350 se produjo mediante la utilización de documentos oficiales falsos, y que el sentenciado Orozco Osorio, supo de la adulteración y sin embargo, por decir lo menos, utilizó los mismos en el trámite de importación.

En la sentencia se hace un detenido estudio sobre aspectos tan importantes como la naturaleza de los documentos falsos empleados; la capacidad de los mismos para engañar, tanto en sus firmas como en sus sellos, por ser evidente su imitación de la verdad; la búsqueda y consecución de un provecho, así se hubieran cancelado los impuestos o derechos arancelarios correspondientes; la dogmática del delito único, complejo, concursal, para concluir que no es factible la consideración dual de delito de contrabando por las aduanas y delito de falsedad en documentos. Igualmente se estudia la primera de las figuras criminosas para afirmar que ella, a la época de la conducta juzgada, no podía entenderse como simple evasión fiscal. Por último, se fija criterio en cuanto al pronunciamiento del extinguido Tribunal disciplinario, cuando en el incidente de competencia señaló que la infracción predicable de Avelino Devia, funcionario del Incomex, podía ser un delito de falsedad no conexo con el contrabando por las Aduanas que le ha merecido fallo condenatorio a Orozco Osorio.

La demanda

Cuatro cargos señala el casacionista que determina y desarrolla del siguiente modo:

1. Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad, artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal.

Es palmaria la contradicción contenida en la sentencia al absolver "a Jesús Antonio Orozco Osorio por el delito de falsedad por uso de documentos públicos de que trata el artículo 234 del Código Penal, y la condena, a renglón seguido, por el delito de contrabando de primer grado, con fundamento en que Jesús Antonio Orozco, para cometerlo, hizo uso, a sabiendas, de documentos falsos".

La situación que se denuncia como contraria a la lógica se acentúa más cuando se observa que el Tribunal Disciplinario privó al Juez Primero Superior de Aduanas de Bogotá, y por ende al Tribunal de Aduanas, del conocimiento del "delito de falsedad atribuido a Avelino Devia y otros, pues no encontró que dicho reato pudiera asumir 'el carácter de medio delincuencial para consumar el fraude al fisco que del mismo modo se averigua' ".

Además se anota, en este aparte de la demanda, que "si no hay fraude al fisco, como efectivamente no lo hay, porque los importadores pagaron al Fisco Nacional por conducto de la Aduana de Barranquilla, la totalidad de los derechos con que el arancel de aduanas grava la introducción de los vehículos que efectivamente se importaron al país, la falsedad deviene en delito autónomo, cuyo conocimiento compete, por decisión inapelable del Tribunal Disciplinario, a la justicia ordinaria".

De todo esto concluye el recurrente que "si entre los delitos de contrabando y falsedad de que tratan los hechos investigados, no existe conexidad —como lo ha dicho el Tribunal Disciplinario— ni se encuentra modo de que la falsedad pudiera asumir 'el carácter de medio delincuencial para consumar el fraude al fisco que del mismo modo se averigua', si el Tribunal sentenciador confiesa que el hecho de importar mercancías por las aduanas, por sí sólo, no constituye delito alguno, 'al no emplearse documentos falsos', y si el conocimiento de la falsedad material en documento público atribuida a Devia, y en la modalidad de uso a Jesús Antonio Orozco Osorio, corresponde a la justicia ordinaria, por decisión inapelable del Tribunal Disciplinario, la conclusión ineludible no es otra sino que el Tribunal Superior de Aduanas incurrió en la nulidad deprecada cuando condenó a Jesús Antonio Orozco a la pena principal de veinticuatro meses de prisión como autor de contrabando de primer grado, por haber introducido al país mercancía por las aduanas con el auxilio del documento elaborado por Devia, cuya falsedad no ha sido declarada por la justicia competente".

La petición en este punto, es que se "declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso y (se) señale en qué estado queda el procedimiento".

2. Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad —artículo 266 de la Constitución Nacional y 210-1 del Código de Procedimiento Penal—.

"Con razón, o sin razón, el Tribunal Disciplinario, constitucionalmente investido de competencia para dirimir el conflicto suscitado entre los Jueces Séptimo Superior de Bogotá y Tercero de Aduanas, privó en este caso, a la justicia penal aduanera, en forma definitiva, de conocer

en el negocio de falsedad y en el de contrabando en la modalidad contemplada por el artículo 17 del Decreto 955 de 1970, hoy numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, o sea, exportación o introducción de mercancías por las aduanas valiéndose el agente de documentos o afirmaciones falsas, por las siguientes razones:

"1ª Porque la privó de la posibilidad de hacer pronunciamiento alguno en relación con el documento que se dice falsificado por Avelino Devia.

"2ª Porque si la justicia penal llegare eventualmente a declarar que el documento elaborado por Avelino Devia es falso, y condena por falsedad a Devia y a Jesús Antonio Orozco, no podría, en ningún caso, el Tribunal Superior de Aduanas condenarlos por contrabando, pues se lo impide el principio universal de derecho *(non bis ídem)*, según el cual por el mismo hecho no caben dos juzgamientos".

Este planteamiento conduce, lógicamente a la declaratoria de nulidad de lo actuado y a que la Corte "diga en qué estado queda el procedimiento".

3ª Infracción directa, consistente en la violación de la norma sustancial que se consagra en el artículo 17 del Decreto 955 de 1970, relacionada con el artículo 6º del Decreto 520 de 1970.

Se ha aplicado la ley, afirma el impugnador, a un caso inexistente "porque el Fisco no fue privado de los derechos de aduana como lo reconoce expresamente el fallo recurrido".

Con base en dos pronunciamientos de la Corte (septiembre 13 de 1979 y diciembre 11 de 1979) se pretende demostrar un fenómeno de atipicidad, pues "no se dan en el caso concreto analizado las circunstancias modales del tipo que describe la norma sustancial, cuya violación pido que sea declarada por la Corte". Ello porque el procesado satisfizo integralmente los tributos arancelarios legales y el tipo legal en examen refiere la conducta del actor al aprovechamiento de documentos o afirmaciones falsos, o cualquier otro medio delictuoso, en perjuicio de los derechos de aduana. De otro lado "la justicia competente para conocer del documento falso que se dice usado indebidamente por Jesús Antonio Orozco para introducir mercancía al país, no se ha pronunciado todavía. Por el contrario, consta en el expediente que ha sobreseído temporalmente en favor de los acusados, en dos ocasiones sucesivas y ha ordenado en consecuencia el archivo del proceso, por dos años".

Se pide, entonces, que "se declare la inexistencia del delito de contrabando y se absuelva a Jesús Antonio Orozco".

4ª Infracción directa, consistente en error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba de cargo —artículo 580, numeral 1º, inciso 2º y artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 955 de 1970, artículo 17, y Ley 22 de 1977, artículo 4º, numeral 3º.

Y así se explica: "en el presente caso no se dan los caracteres de la figura modal que prescribe el artículo 17 del Decreto 955 de 1970 y lo he demostrado. Y menos está probada la responsabilidad del procesado, pues la prueba obligada y única de su responsabilidad sería, en el caso *sub examine*, la copia autenticada de la sentencia por medio de la cual la justicia ordinaria declare falso el documento elaborado por Avelino Devia, del que se dice fue usado, a sabiendas de su falsedad, por Jesús Antonio Orozco. Prueba que no es posible traer al juicio por contrabando adelantado contra el procesado recurrente, por la sencilla razón de que la justicia ordinaria competente no se ha pronunciado aún sobre la materia. El error de hecho manifiesto, a través del cual se violó indirectamente la norma sustancial indicada, por aplicación indebida, consistente en haber tenido el sentenciador como prueba la falsedad del documento elaborado por Avelino Devia, sin que sobre el particular obre prueba alguna en el expediente".

Consecuencia de esta demostración es el proferimiento de un fallo absolutorio para Orozco Osorio.

Consideraciones de la Sala y concepto del Procurador Tercero Delegado para lo Penal

En esta sección del fallo la Sala de Casación se ceñirá, rigurosamente, a los planteamientos del recurrente. No abordará temas distintos a los que el memorialista comenta, así tengan relación con el asunto debatido, pues se trata de ver si los aspectos que éste estima como vicios de la sentencia censurada, se ofrecen como una realidad jurídica y tienen fuerza suficiente para hacer variar su contenido o naturaleza.

A este respecto se dice, en cuanto a los dos primeros cargos, unificando la respuesta, puesto que ambas críticas aducen un fenómeno de nulidad, lo siguiente:

Cargos primero y segundo. El censor supone un mayúsculo desacierto en el fallo cuando in-

dica que en éste, de manera simultánea, se afirmó la inexistencia del delito de falsedad en documentos (de ahí la absolución por este cargo), y el reconocimiento del delito de contrabando por las aduanas, mediante la utilización a sabiendas de documentos falsos, conducta que, en definitiva, produjo la condenación.

Una ligera lectura de las motivaciones de ese pronunciamiento demuestra cómo fue de explícito el Tribunal al indicar la confección de dos registros falsos, usados para realizar la importación de los mencionados chasises y el pago de los derechos de aduana. No hay una sola línea en ese proveído que permita observar o deducir la exclusión de tales documentos y su apreciación de falsos. La realidad procesal, que establece esta situación como verdadera e indiscutible evidencia, no podía desconocerse ni se desconoció.

Lo sucedido fue cuestión bien distinta, muy fácil de percibir, tanto que la Sala tiene que consignar la extrañeza del razonamiento del recurrente, el mismo que ha supuesto, con maltrato de lo afirmado por el Tribunal, una situación distinta. Partiendo el Tribunal del hecho comprobado de la falsificación documental (no así de su autor) y de su utilización por parte de Orozco Osorio, se planteó el problema relacionado con la admisión del concurso de delitos, vale decir, contrabando por las aduanas y falsedad en documentos, o la unidad del mismo, esto es, que el segundo de ellos apenas constituía un elemento tipificador del primero. Fue así como luego de un notable estudio se concluyó acogiendo la tesis del delito único, o sea, que cuando se importa o exporta mercancía acudiéndose a documentos falsos, sólo debe mirarse una infracción única, esto es, el delito por las aduanas (hoy de primer grado) y no dos o más reatos. Esas fundadas reflexiones llegaron a descartar la tesis del reato complejo en el delito de contrabando por los aduanas, e igualmente a desechar el concurso de delitos, estimación jurídica que en anteriores fallos, y aún en el auto de calificación en este proceso se aceptó por el Tribunal de Aduanas y que en el fallo impugnado se revalúa.

La interpretación puede ofrecer reparos y llegarse incluso a su negativa. Pero lo obvio, en el caso *sub examine*, es que el Tribunal no ha afirmado nunca, como inexplicablemente lo asevera el casacionista, que no se emplearon documentos falsos para obtener la importación de la mercancía mencionada, sino que desentrañó un problema jurídico, cual es, se repite, la conformación de un delito único y no la constitución de uno complejo o de una forma concursal.

El recurrente no debió acudir a conjeturas, actitud tanto más deplorable cuanto que dejó de lado abiertas y categóricas manifestaciones del Tribunal, imposibles de ser valoradas en la forma en que aquél lo ha hecho. Si el pensamiento del Tribunal, a este respecto, hubiera sido oscuro, incierto, dubitativo u omisivo, aceptable resultaría una interpretación como la que se critica. Pero presentándose lo contrario, es necesario exteriorizar la enfática reprobación que se deja consignada. Claro que el recurrente tenía que fundar su cargo en esta forma porque le quedaba menos que imposible abogar por el reconocimiento de la forma concursal de la conducta delictuosa, que le valdría a su defendido una intensificación notable de pena. Viéndose, entonces, en trance de reprobar la sentencia y vedársele el reproche al beneficioso raciocinio apuntado por el Tribunal, acudió a la indebida táctica de imaginar una contradicción en donde ésta no se da y cerró el entendimiento a lo que de manera diáfana se expuso.

Cuando el recurrente incurre en un desafuero tan notable, basta la mención de las ideas del Tribunal para descartar la censura, puesto que ésta se refiere a aspectos que no contiene la sentencia.

Como el recurrente, por los motivos indicados, ha omitido la crítica a la tesis de fondo del Tribunal, ello impide a la Sala considerar la bondad, acierto y alcances de la valoración que aquella Corporación sustentó para dispensar una condena por el delito único de contrabando por las aduanas o de primer grado, como hoy se le denomina.

El segundo cargo es una continuación del primero, en uno de sus apartes. Se afirma en éste y en aquél, que la decisión del Tribunal Disciplinario, que ordenaba investigar por el Juez Séptimo Superior de Bogotá el posible delito de falsedad en documentos en que pudo incurrir Avelino Devia y otros, vedaba al Tribunal de Aduanas toda referencia a este ilícito y por tanto tenía que desaparecer el delito de contrabando por las aduanas.

Sobre este particular conviene transcribir las juiciosas apreciaciones de la Delegada, suficientes para refutar este aspecto de la censura:

"... Es evidente que el extinguido Tribunal Disciplinario al dirimir, en controvertible decisión, el conflicto de competencia surgido entre el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá y el Séptimo Superior de esta ciudad, negó todo vínculo de conexidad entre los delitos de

contrabando por las aduanas, o de primer grado y falsedad material del documento usado para introducir al país cien chasises cabinados F-350, en vez de F-100, atribuyendo el conocimiento de la falsedad material a la justicia ordinaria.

"También lo es, por estar plenamente establecido mediante prueba técnica, testimonial y documental, la falsedad de las Modificaciones al Registro o Licencia de Importación número 017660 del 4 de abril de 1974, utilizadas por el procesado Jesús Antonio Orozco Osorio para introducir por las aduanas mercancía de distinta posición arancelaria.

"Sobre estas bases el Tribunal Superior de Aduanas llamó a responder en juicio al recurrente por los delitos de contrabando por las aduanas o de primer grado de que trataba el artículo 6º del Decreto 520 de 1971, reformatorio del 17 del Decreto 955 de 1970 —norma entonces vigente— y uso de documento público falso a que se refería el artículo 234 del anterior Código Penal, en concurso material de infracciones y ordenó el archivo del sumario, en los términos del artículo 53 del E.P.A., respecto a los procesados Avelino Devia, William Rojas y Augusto Zuluaga Patiño.

"A su turno, la justicia penal ordinaria, representada en este caso por el Juzgado Séptimo Superior y el Tribunal Superior de Bogotá, calificó por segunda vez el mérito del sumario sobreseyendo temporalmente a Avelino Devia, único sindicado conocido, de la falsedad material a él imputada por Orozco Osorio en atención a que si bien resultaba plenamente demostrada la falsedad de las modificaciones 002392 del 23 de abril y 002502 del 3 de mayo de 1974, por imitación de las firmas de los funcionarios encargados de autorizarlas y de sus signos autenticadores no se daba la prueba requerida para convocarlo a juicio ni para sobreseerlo definitivamente.

"El Tribunal Superior de Aduanas, al conocer por apelación de la sentencia condenatoria de primer grado, cambió de parecer respecto a la calificación de la delincuencia y sin variar el género de delito descartó el concurso material de infracciones considerando que se trataba de un *delito único:* contrabando de primer grado cometido mediante documentos falsos (artículos 6º del Decreto 520 de 1971, subrogado por el 4º de la Ley 21 de 1977). Como consecuencia lógica de este replanteamiento jurídico condenó al procesado por el delito de contrabando y lo absolvió por el de falsedad en la modalidad de uso de documento público falso, evitando con ello una doble sanción por el mismo hecho: *non bis in ídem.*

"La tesis del delito único de contrabando definitivamente acogida por el sentenciador de segunda instancia supone el uso de documento falso no como modalidad independiente del delito de falsedad sino como uno de sus elementos compositivos.

Significa lo anterior que la justicia especializada, a la postre, se pronunció únicamente sobre el delito para el cual era competente dejando a la justicia ordinaria el conocimiento del delito de falsedad ...".

A lo anterior conviene agregar estas breves acotaciones:

1. *La figura del delito de contrabando por las aduanas, no exige que la cuestión previa (tan diferente de la cuestión prejudicial) relacionada con la falsedad de documentos, o las afirmaciones falsas o cualquier otra práctica que prive o pueda privar al fisco de la totalidad o parte de los derechos de aduanas (Decreto 955 de 1970, 17 y Decreto 520 de 1971, 6), constituya un delito y se reconozca como tal, por la autoridad aduanera.*

Lo que interesa a este respecto es que la importación o exportación se cumpla o intente cumplirse a expensas de documentos o afirmaciones no verdaderas, producidas con ánimo de alterar la realidad, eficaces para ello y conocidas por el importador o quien le represente. En el momento en que se cumple la valoración sobre este punto, por la justicia aduanera, bien puede tratarse de un delito o de un fenómeno similar pero sin esta significación punitiva (contravención, irregularidad administrativa, etc.). Y es igualmente indiferente que, por un fenómeno de conexidad, la justicia aduanera puede referirse a ese delito para deducir las responsabilidades propias a esa conducta, si no es el caso de advertir que se trata de un delito único tanto para el importador como para quienes contribuyen a su ejecución en calidad de coautores o cómplices, o, sin que se dé tal fenómeno de interrelación procesal, apenas se consideren los aspectos falsarios para el delito de contrabando, sin deducir para el autor o autores de éste o de terceros responsabilidad penal alguna. De ahí que, así se trate de un delito de falsedad, pero que se encuentra prescrito, no por esto dejará de tipificarse el delito de contrabando por las aduanas y menos que las autoridades especializadas del ramo ana-

licen su naturaleza y consecuencias, para los solos efectos de deducir si se estructura aquél.

2. *Lo usual y lógico es que presentándose un fenómeno de falsedad en documentos, documentos que tengan que ver directamente con un trámite de exportación o importación de mercancías, se deduzca la conexidad, conveniente por múltiples aspectos que no es del caso analizar ahora. Pero bien puede ocurrir resultado diverso, esto es, que así se trate de una conducta delictuosa de esta naturaleza y aparentemente tenga esa relación, no se deduzca ni el fenómeno concursal ni menos la conexidad. Piénsese en la adulteración de un documento, por un particular o un funcionario público, destinado a servir a la importación o exportación de una determinada mercancía, v. gr. azúcar, que posteriormente se utiliza, por otro funcionario o particular, para un trámite aduanero relacionado con producto diferente, como leche en polvo o automotores. Obvio resulta que la primera de las actividades no es conexa, pero igualmente aparece como evidente que el segundo o tercer proceso debe ocuparse, bien para deducir una doble responsabilidad, si se admite el concurso criminal, o una sola a título de contrabando por las aduanas, si se acoge la tesis del delito único, de ese fenómeno de la utilización del documento falso o de la afirmación falsa, o de práctica similar encaminada al mismo múltiple fin que tutela el interés jurídico vulnerado.*

3. Respetándose la decisión del Tribunal Disciplinario, así no se comparta, tiene sin embargo que decirse y para ello está amplia y legítimamente facultada la Corte, que el Tribunal de Aduanas podía y debía estudiar lo relacionado con la falsedad documental de los registros adicionales y modificadores, porque ello no implicaba juzgar a sus autores sino a quienes lo utilizaron, aspecto necesario para conformar el delito de contrabando por las aduanas, con esta circunstancia modal que se viene comentando.

4. Si se observa bien el contenido de la decisión del Tribunal Disciplinario tiene que deducirse una de estas dos situaciones: o que el delito de falsedad documental (creación), sólo tenía que ver con Avelino Devia Galvis, o que la expresión "otros" tiene que adjudicarse en forma indeterminada a personas o grupo de personas diferentes a las que enfrentaban el trámite de importación de los referidos chasises. Porque si éstos quedaban incluidos, el absurdo de negar la conexidad sería tan mayúsculo que, gratuitamente, no puede predicarse de la mencionada y extinguida Corporación.

5. Tan cierto es todo lo dicho que el Tribunal Disciplinario señala estos puntos: "... Naturalmente para la decisión de esta Corporación, no se requiere *entrar a fondo y calificar ninguno de los delitos en investigación*, sino, simplemente si se demuestra la existencia del factor de conexidad entre *cada una* de las conductas delictivas para así determinar cuál ha de ser el funcionario que conozca del *proceso seguido contra el sindicado Avelino Devia*, si el Juez Séptimo Superior de Bogotá, o el Juez Primero Superior de Aduanas —folio 21— ... Mas ocurre que no existe constancia en el informativo que indique, *hasta el actual momento procesal*, cuál pudo ser el móvil que llevó al *autor* de la falsedad a cometerla. *Ello resultará más adelante cuando se perfeccione el sumario*, pero lo cierto es que no puede hacerse alguna inferencia de la actitud que se le impute al sindicado Devia y el delito de contrabando en averiguación, justamente porque a tal conclusión sólo puede arribarse cuando se cuenta con los suficientes elementos de juicio y los hechos sobre los cuales se levantan tales consideraciones, estén suficientemente demostrados (folio 28) ... En este orden de ideas, se ha llegado a considerar que en la jurisdicción penal aduanera, no tiene aplicación el principio del Código Penal en el que dispone que los delitos conexos se deben investigar y fallar en un mismo proceso. Mas lo cierto es que sin entrar a tomar partido sobre esta tesis aparece de lo actuado que la *conducta predicable a Avelino Devia* respecto de la supuesta falsedad, no guarda relación de conexidad con los hechos que pudieron haber dado lugar al pretendido contrabando. Ello porque no están enlazados los hechos de tal medida que siendo distintos, tengan algo que les sea común y deban aproximarse para que hagan parte de una sola investigación.

"Hasta ahora, si fue Avelino Devia *autor o copartícipe* del delito de falsedad, *él es de carácter autónomo*, no hay modo que indique que tal resto asume el carácter de medio delincuencial para consumar el fraude al fisco que del mismo modo se averigua, y si ello es así, entonces le corresponde el conocimiento del proceso a la justicia ordinaria y por lo tanto, la jurisdicción aduanera, a través del Juez Primero Superior de Aduana, deberá sacar copia de lo actuado para que se continúe el trámite de *falsedad imputada a Avelino Devia* ante el Juez Séptimo Superior de Bogotá, mas si la falsedad no fue cometida en Bogotá, en las oficinas del Incomex, sino en las correspondientes de Cali, deberá expedirse copias del proceso para que allá

se proceda a las averiguaciones correspondientes ..." (folios 28 y 29). Subraya la Sala.

Ninguno de los dos comentados cargos prospera.

Cargo tercero. A la Delegada le convencen las razones que ilustran esta censura. En este aparte de su concepto comenta:

"... En sana hermenéutica jurídica, la disposición comentada (Decreto 955 de 1970, artículo 17, subrogado por el Decreto 250 de 1971, artículo 6º) reprimía como delito de contrabando por las aduanas, hoy de primer grado, la elusión fiscal cuando el sujeto activo del ilícito para lograr dicha finalidad en la importación o exportación de mercancías sometidas al régimen de libre importación o exportación o de licencia previa, se valía de falsas afirmaciones o documentos falsos. Era conducta de resultado porque la actividad del agente iba dirigida a una única finalidad.

"El legislador de 1977, acogiendo una inquietud jurisprudencial y doctrinaria en tal sentido, cambió la denominación del delito e introdujo dos modificaciones sustanciales en su estructuración: suprimió la referencia al régimen al cual estaban sometidas las mercancías importadas o exportadas y eliminó la evasión fiscal como finalidad de la conducta, haciendo más ágil y técnica la norma legal (artículo 4º, ordinal 3º de la Ley 21 de 1977).

"Hoy nadie discute que frente a la mencionada ley el interés jurídico protegido es doble: garantizar al fisco nacional que se vería afectado con la evasión de impuestos aduaneros y proteger el orden público económico y la política aduanera del Estado.

"En consecuencia, constituye delito de contrabando de primer grado el hecho de importar o exportar mercancías por las aduanas valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o de cualquier otro medio delictuoso cuando se desconoce uno cualquiera de los intereses jurídicos protegidos por la ley.

"Pero lo que sí resulta jurídicamente inaceptable es condenar a una persona —como en el caso *sub examine*— por el delito de contrabando consistente en importar mercancía valiéndose de documentos falsos, contrariando así las reglamentaciones del Incomex, cuando para la época de sucedidos los hechos dicho comportamiento no estaba previsto como infracción penal.

"Es evidente que los chasises F-350 fueron nacionalizados mediante documentos falsos, pero también lo que es los impuestos de aduanas legalmente fijados fueron cancelados en su totalidad por la firma 'Aloccidente', garante de la operación económica, no pudiendo afirmarse que hubo fraude o elusión fiscal y por lo tanto, delito de contrabando por las aduanas, conforme a la descripción legal que de dicho comportamiento hacía el artículo 17 del Decreto 955 de 1970, modificado por el 6 del Decreto 520 de 1971.

"Podría argumentarse en contra de lo expresado, que el régimen de licencia previa se encuentra reglamentado en el estatuto cambiario (Decreto 444 de 1967), en el cual se señala con claridad su finalidad de protección y dirección de la economía, la autoridad que expide tales licencias con amplia facultad, por lo cual puede o no concederlas y que se consideran como de contrabando las mercancías introducidas sin licencia previa (artículos 7, 67, 68 y 74, estatuto citado), normas que podrían considerarse aplicables; sin embargo, para llegar a tal conclusión se requeriría incorporar disposiciones distintas, lo cual resulta inadmisible e implicaría imprecisión en la norma, que debe ser de carácter estricto y concreto, dado su carácter punitivo; y que por considerarlo así, se hizo necesaria su modificación posterior, como quedó dicho, para comprender también la protección al interés jurídico mencionado, restringido según los términos de su anterior redacción.

"Significa lo anterior que a la norma sustancial aplicada en la sentencia impugnada se le dio un alcance jurídico que no tiene, incurriéndose en violación directa, por aplicación indebida de la misma, yerro que debe repararse absolviendo al sentenciado ...".

Como ya se vio al dar cuenta del contenido del libelo de casación, el recurrente cita en apoyo de esta tesis suya, que apadrina el Ministerio Público, la sentencia emitida por esta Sala de Casación el 9 de diciembre de 1980.

El párrafo que al respecto transcribe parecería darles la razón. Pero faltó desarrollar totalmente el pensamiento consignado en ese fallo, ya que en el aparte 4º de éste se integra la tesis en forma distinta a la que se trata de fijar por parte del casacionista y de la Delegada. Conviene entonces reproducir ese acápite:

"4. *Las circunstancias modales. El tipo legal materia de este examen interpretativo refiere la conducta del actor a documentos o afirmaciones falsos o a cualquier otro medio delictuoso, como instrumentos modales orientados a vulnerar el*

interés jurídico de la economía nacional concretado en la ilícita omisión de los tributos arancelarios legalmente fijados y en la alteración de la política internacional de comercio; en este aspecto, tampoco hubo modificaciones sustanciales respecto de la figura delictiva de la anterior legislación". *Subraya la Sala la parte final.*

La Corte ratifica ahora su tesis de considerar, en la figura delictiva analizada, el bien jurídico económico inmediato de los tributos arancelarios y también el no menos importante, así sea mediato, de la política aduanera de comercio internacional que el país se fija, desarrolla y espera, en beneficio de la comunidad, ver realizada y respetada.

Como acertadamente lo indica y lo demuestra el Tribunal, no es de recibo "creer que las normas sancionatorias del delito de contrabando, protejan exclusivamente al fisco nacional. Por el contrario, lo esencial en esa clase de delitos es la burla de las disposiciones que regulan el tráfico internacional y más allá su práctica es atentatoria del orden público económico, afecta la economía nacional y particularmente produce un desequilibrio en la balanza de pagos".

Desde el punto de vista histórico bien puede decirse que existe una tendencia triunfante desde buen tiempo atrás, de distinguir contrabando y fraude fiscal. Aquél, más que afectar a éste, es un impacto a la integridad y conservación del sistema económico protegido por el Estado, ya sea considerado éste en su totalidad o en sus diversos sectores. Nadie puede negar que acciones delictivas de esta naturaleza contradicen abiertamente los mandatos del Acto legislativo número 1 de 1968, en su artículo 6º y que constituyen una burla y un perjuicio de magnitudes insondables, de la política estatal que, en especial, desarrolla el Incomex, mediante su junta de importaciones, que señala la política de prohibiciones, restricciones o permisiones en cuanto al comercio internacional, tanto en lo que el país en un momento dado necesita introducir como lo que puede y debe exportar. El aprovechamiento de las divisas, el equilibrio de la balanza de pagos, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, así como el pleno empleo, la eficacia de los recursos naturales y humanos, todo viene a menos, impidiéndose la racionalización y planificación de la economía, deteriorándose, en consecuencia el desarrollo integral de la misma y menoscabándose el esfuerzo de un progreso total que haga posible la justicia social y el mejoramiento de la comunidad.

No es, pues, asunto de poca monta, reducido a la simple evasión fiscal, que también se da. Otros niveles económicos de superior contenido y significación más amplia y delicada, entran en juego. En síntesis, dejó de ser hace mucho tiempo, en sus modalidades de mayor importancia, "una simple evasión fiscal, para tenerse como una figura de gran complejidad, atentatoria de una pluralidad de bienes jurídicos, como la economía nacional, el comercio nacional e internacional, los propios fines sociales del estado". Esta, afortunadamente, es la tesis que hoy predomina, recomendada desde la discusión en el Comité de Especialistas encargados de elaborar el Proyecto del Estatuto Penal Aduanero (ver Actas números 17 y 19).

Conviene, finalmente, citar los siguientes apartes del bien elaborado fallo que ahora se impugna.

"Las importaciones como es de todos conocido, se encuentran sujetas a listas de licencia previa, prohibida importación y libre importación, de acuerdo con las conveniencias económicas del país y que al Consejo Directivo del Incomex le corresponde fijar.

"Pero el régimen de importación en que se halla clasificada una mercancía no es permanente, e incluso, la Junta de Importaciones en casos especiales puede autorizar licencias de la lista de prohibida importación. Cuando se trata de listas de libre importación o de licencia previa, no implica necesariamente que si las mercancías pertenecen a esos regímenes, el Incomex se encuentre en la obligación de autorizar su nacionalización, porque de lo contrario a nada conduciría la expedición de registros por parte de la citada junta, pues bastaría con señalar en el cuerpo del manifiesto el régimen al cual pertenecen los bienes, para deducir su permitida importación. Pero no, el Estado se ha visto en la obligación de racionalizar, de acuerdo con las exigencias del momento, el ingreso de esta clase de mercancías, como que en ocasiones podrá negar su permiso o concederlo de manera restringida, teniendo en cuenta el caso concreto.

"De allí que si se desconoce la intervención de la Junta de Importaciones para la autorización de modificaciones, notorios en el caso presente, se llegue a considerar que quien así procede, comete el delito de contrabando al tenor de la disposición que nos ocupa, condicionada tal conducta a la utilización de documentos o afirmaciones falsas o cualquier otro medio delictuoso.

"No podía tal conducta entonces quedar al descubierto, sin sanción alguna, por lo que el legislador la elevó a categoría de delito a la creación del Estatuto Penal Aduanero, concretamente con la expedición de los Decretos 955 de 1970 y 520 de 1971, y que posteriormente simplificó para mayor comprensión, en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, pues se partió de considerar que la simple evasión al fisco había dejado de ser elemento esencial de las distintas modalidades en que se divide el delito, como que en algunas de ellas, como en el contrabando por fuera de las aduanas, su realización era necesaria.

"Debe hacer la Corporación hincapié en torno de consideraciones relacionadas con el carácter de simple falta administrativa que se quiere dar a los hechos, la posible inexistencia de perjuicios y el pago de los derechos de aduana, que ha dado pábulo para defender con ligereza asombrosa que este proceso viene a ser el resultado de una ostensible aplicación indebida de la ley penal aduanera. Se dice que es suficiente hacer abstracción del documento falso para concluir que habría cambio de posición arancelaria, sancionados por la vía administrativa a lo sumo con el decomiso de la mercancía; se proclama el fenómeno fiscal para colegir que la cancelación de los impuestos impidió el nacimiento del hecho punible; y hasta se preguntan por los daños causados por esta importación, que parece tienen que ser admirados por los ojos escépticos para admitir su existencia.

"Si se atiende detenidamente al status de las faltas administrativas definidas en los artículos 23, 24 y 25 del E.P.A., se llega a la inobjetable conclusión de que ellas deben ser advertidas oportunamente por la Aduana, es decir, dentro del desarrollo de la nacionalización o dentro del término de 2 años que señala el Decreto 849 de 1979 en el artículo 22. Y que ellas, las faltas administrativas, deben ser atribuidas a un error del importador, puesto que si son fruto de una conducta dolosa, animada por la mala fe, por la intención manifiestamente censurable de engañar a la Aduana y de obtener de esa manera la nacionalización de mercancías por una posición arancelaria distinta a la real, o por un valor inferior al normal o sin el correspondiente permiso del Incomex, resulta obvio tener que concluir que se está en presencia de un delito de contrabando por eludir la intervención física o jurídica de la autoridad aduanera que es la encargada de hacer cumplir los requisitos directos o indirectos, en su fondo y en su forma, del comercio internacional del país.

"Pero si se falsifica la modificación del permiso de importación, modificación que en este caso por sus condiciones viene a ser el permiso mismo, si se presenta ese documento a la Aduana para darle apariencia de legalidad al descargue de mercancía en el país y si ésta es retirada haciendo uso de ese permiso, cómo, se pregunta con impaciencia la Corporación, puede sostenerse que no existió el ánimo grosero de engañar al Estado, es increíble pretender que la falsedad fue inocua, cuando debido a ella la mercancía se sustrajo de la vigilancia fiscal e ingresó al mercado interno con los mismos privilegios que otros bienes extranjeros debidamente autorizados por el Incomex.

"Que se purgaron los derechos de importación, es argumento propio para despistar incautos que de esta manera tendrían que reconocer que el comercio internacional se reduce a una mera satisfacción monetaria para los Estados. ¿Qué sería entonces de las restricciones de carácter económico, las políticas, las sociales, las de salubridad y hasta las de carácter religioso que permanentemente deben esgrimir *los Estados*, para defenderse internamente del avasallador empuje de economías foráneas? La Corporación culmina esta parte de la sentencia reiterando su absoluto rechazo a las teorías del contrabando fiscal, de la falta administrativa y de la ausencia de perjuicio causado por estos hechos. Parece imposible entender que se exija la presencia tangible de un resultado dañoso, como cuando se cuentan los dineros sustraídos o se avalúan las cosas violentadas. Para la Corporación es suficiente entender la necesidad de que el Estado debe apelar a planes de desarrollo económico, para atender a los gobernados; y que desconocer las normas de comercio exterior como se ha hecho en este caso no sólo repercute en evidente trastorno de la política económica estatal, sino en lamentable estímulo de las actividades inmorales que de esta manera redondean el círculo pernicioso que asfixia a toda sociedad expuesta al auge de la inefable delincuencia económica".

A lo precedente debe agregarse la ninguna eficacia del invocado pago de los tributos fiscales. Estos tienen importancia y definen la cuestión cuando es operación legítima y se cumple conforme a los preceptos legales. Carecen de ese mérito cuando se muda el acto administrativo a tal punto que la voluntad del Estado, expresada por las autoridades competentes, no se manifiesta li-

bre e independientemente. Cuando de modo oficial se dice que una mercancía no puede importarse, o que sólo puede hacerse dentro de determinadas condiciones, esta decisión debe respetarse y acatarse so pena de carecer de validez todo lo que se haga contrariándola. Entonces, si el sujeto destinatario de estas obligaciones y mandatos decide oponerse a estas normaciones y al efecto altera documentos, el pago de aranceles no depende de una actuación legal sino de una conducta ilegal, que no puede generar derechos. Lo que se advierte, cuando así se actúa, es que la determinación arancelaria ha sido el resultado de un engaño y la voluntad particular ha gobernado a la función pública. En estas circunstancias es evidente que está desprovisto de significación jurídica ese fraudulento y forzado acto de la administración. De otro lado, la consumación delictiva se ha verificado y en ninguna parte sobre esta específica conducta criminosa, se dice que la existencia del ilícito se redime con el pago de los tributos fiscales, los mismos que debe rechazar la administración si ésta se entera oportunamente de las maniobras falsarias. Por eso la doctrina enfatiza que "el título logrado mediante maniobras dolosas, fundamentalmente distinto al producido con arreglo a los preceptos legales, es instrumento que no acredita nada, es totalmente nulo, y por ende, incapaz de producir efectos jurídicos".

Prescindiéndose de lo anteriormente expuesto, conviene agregar las siguientes reflexiones para quienes sostienen como interpretación del artículo 6º del Decreto 520 de 1971, que lo importante es el pago de los derechos correspondientes a una importación o exportación, suceso que hace desaparecer el delito de "contrabando por las aduanas":

1. *El mencionado artículo contempla varias hipótesis, debiéndose decir que lo relacionado con la evasión de derechos de Aduana es finalidad que sólo puede predicarse de* prácticas *distintas a la utilización de documentos falsos o declaración aduanera falsa. Las preposiciones disyuntivas empleadas así como el singular de la expresión "prive o pueda privar al fisco", indudablemente afirma esta valoración, pues si se refiriera a todas las varias eventualidades, el plural que se echa de menos aparecería en esta redacción. Se trata de tres conductas alternativas recogidas igualmente por la legislación posterior. De modo pues que la aplicación de elementos tan calificados como la falsedad, indudablemente hace referencia a una protección mayor del interés tutelado, vale decir, la cuestión económica que este delito envuelve y que en esta providencia se ha tenido ocasión de explicar.*

2. *La liquidación de los impuestos no es dable tenerla por legítima y completa cuando tal solución se funda en conductas falsarias. Ese pago, indudablemente, se está verificando en forma viciosa, errada e incompleta al punto que bien puede decirse, como afirmación evidente, que de no existir el proceso de falsificación documentaria o las afirmaciones falsas, otro sería el monto de los derechos aduaneros o surgiría la situación de no poderse realizar pago alguno por no permitirlo la legislación vigente.*

Piénsese en que la tarifación oficial surge de la documentación presentada. Entonces, si se ha adulterado un precio comercial (una factura comercial o consular) para hacer figurar lo importado con un valor menor, es cierto que el importador estará pagando unos derechos señalados por los funcionarios oficiales, pero en cuantía inferior a lo que realmente debía cubrirse. Y si la importación no estaba autorizada, obstáculo legal vencido con la documentación falsa, los supuestos derechos aduaneros cubiertos no tienen esta validez ni legítima solución. No se puede entender como pagado lo que debía pagarse en mayor cantidad o no podía cubrirse porque al respecto no podía darse una legal fijación de derechos aduaneros.

3. En autos es manifiesto este fraude y la demostración raya en lo palmar.

En efecto:

a) Realmente se presentó un escamoteo de los derechos aduaneros. Es así como se aprovechó el valor para cada unidad F-100 de 5.600 libras de peso vehicular, para liquidar sobre el mismo un arancel propio a vehículos de más de 10.000 libras de peso vehicular, como lo eran los F-350. Nótese que en el registro de importación auténtico se señala para los F-100, un valor de 3.811.34 dólares. Y la liquidación de derechos aduaneros, para los F-350, partió de este idéntico valor, o sea US$ 3.811.34. Y nadie ignora que un vehículo de reducida capacidad como el F-100, tiene menor valor de adquisición que el F-350, que multiplica en mucho esa capacidad y precio. Una de dos, o hubo subfacturación o se aprovechó la factura comercial que correspondía a un vehículo de notable menor valor. En ambos, dolosamente, se dejó de cubrir un derecho aduanero de muy significativa entidad.

Manteniéndose un precio comercial inferior (los US$ 3.811.34 de los F-100) se consiguió una fraudulenta base menor de liquidación de los

derechos aduaneros, y, además, al trasladar la importación a los F-350, en forma falsa, se logró cambiar el gravamen *ad valorem* del 40% (F-100) al 15% (F 350) y dejar por fuera el 15% del impuesto a las ventas, cuya exención se hizo posible en virtud de los registros adicionales falsificados.

b) La introducción de ciertos elementos propios al transporte colectivo, no era cuestión de libre importación y requería la intervención de la Junta de Importaciones, la cual debía acreditar varias condiciones, entre ellos la intervención de algunos mecanismos oficiales. Pues bien, se burló todo este esencial proceso y con la documentación falsa se dio por cierta y exacta la satisfacción de esos requisitos. De ahí, entonces, que se dispensara la exención del impuesto de ventas, con base en los Decretos 1988, 2368 y 2810 de 1974. Este gravamen se esquivó, con perjuicio del fisco nacional, por la documentación falsa.

No es, pues, verdadero que se hubieran pagado todos los impuestos.

El cargo debe rechazarse.

En cuanto a la última de las censuras (4ª), ésta se ha respondido al analizar los cargos segundo y, principalmente, el tercero. Además, debe advertirse que no resulta ajustado a la técnica de casación, así la cuestión se trate en diferentes acápites, analizar el *mismo asunto* como violación directa de la ley y luego como infracción indirecta de la misma. De otro lado se insiste en confundir las cuestiones previas y las prejudiciales, bastando a este fin recordar que un juez penal en un caso de bigamia o en uno atentatorio del patrimonio económico, debe analizar y tomar las consecuencias pertinentes de los aspectos relacionados con la validez del matrimonio o de los temas vinculados a la propiedad y sus materias afines. Que posteriormente llegue a tomarse una decisión diferente por la justicia civil, es cuestión que ni inquieta ni menoscaba la bondad y aplicación de la resolución tomada por el juez penal, puesto que si la ley le da el atributo y le impone la obligación de referirse y considerar tales aspectos, *para los solos fines del hecho delictivo y su sanción*, no puede dejar en suspenso su eficacia hasta tanto aparezca una decisión de índole extrapenal, ni menos imponer de inmediato un correctivo por obra de esa final determinación de carácter civil.

El Ministerio Público afirma, sobre este cargo, que "el error de hecho manifiesto en los autos proveniente de haberse dado por demostrada la falsedad de los documentos sin prueba idónea que la estableciera, no está llamado a prosperar por lo siguiente:

"El demandante se limita simplemente a plantearlo o enunciarlo sin ensayar siquiera demostrarlo. Menos prueba su incidencia definitiva en el fallo de condena, razones por sí solas suficientes para desestimarlo.

"Confunde el actor la falsedad material de los documentos con la autoría de la misma, hechos de consecuencias jurídicas diversas.

"La falsedad material de las Resoluciones modificatorias de la número 017660, utilizadas para la importación de los vehículos es tal vez el hecho con mayor abundancia de prueba en el proceso. Tan evidente es ello, que la justicia ordinaria que conoce del delito de falsedad no lo discute. Unicamente investiga la autoría del ilícito.

"Entonces, si la falsedad de los documentos resulta probatoriamente incuestionable el error de hecho alegado, por ausencia del fallo condenatorio que así lo declare, es a todas luces intrascendente a las conclusiones de la sentencia de condena".

Tampoco prospera la crítica del casacionista.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo mencionado ya en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase o insértese en la *Gaceta Judicial*.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Es necesario que exista desacuerdo entre los varios jueces o tribunales, sobre a cuál de ellos corresponde el conocimiento del asunto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 27067.

Aprobado: Acta número 83.

Bogotá, D. E., septiembre 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*
Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El proceso seguido a Gustavo Ebrat Zapata por uso de título valor falsificado, fue enviado a esta Corporación para decidir del conflicto de competencia que el Juzgado Primero Superior de Barranquilla entiende que existe con el Cuarto Superior de Santa Marta, por haber ocurrido los hechos en la localidad de Cerro de San Antonio (Magdalena).

Antecedentes

Por auto de 11 de diciembre de 1979, el Juzgado Cuarto Superior de Santa Marta (Magdalena), se declaró incompetente para conocer del asunto, fundado en la consideración de que si bien el uso del título valor falso había tenido ocurrencia en el Cerro de San Antonio, la falsificación misma del documento habíase operado en Barranquilla, pues así lo evidencia el hecho de que en él aparezcan los sellos y el nombre de la Sucursal de la Caja Agraria en esta última ciudad como entidad giradora, por cuyo motivo, concluye, si "el delito de falsedad se cometió en el sitio en donde se expidió el documento y no donde se pretendió cobrar, y como está demostrado en autos que el documento falso fue expedido en Barranquilla, es en esa jurisdicción donde se deben conocer y fallar los hechos aquí investigados".

El Juzgado Primero Superior de Barranquilla, a quien correspondió en reparto conocer del incidente provocado por su homólogo de Santa Marta, en decisión de 11 de enero de 1980 estuvo de acuerdo con éste y avocó el conocimiento del proceso, pasando a dar trámite inmediato a la solicitud de revocatoria del auto de detención y a ordenar posteriormente actos propios de instrucción, hasta llegar al cierre de la investigación y calificación del mérito del sumario con auto de proceder, el que al ser recurrido en apelación dio lugar a que el Tribunal Superior de Barranquilla declarara nula la actuación a partir de la orden de clausura de la instrucción, por estimar que el juez de Barranquilla carecía de competencia para conocer de los hechos, en la medida en que éstos habían tenido lugar en el ámbito territorial del Juez Superior de Santa Marta.

En vista de lo resuelto por el Tribunal, el Juzgado Superior de Barranquilla decide entonces, por proveído de 22 de junio de 1980, que "no es el competente para conocer de las presentes sumarias" y "ordena remitir el expediente que contiene el proceso al Consejo Superior de la Judicatura de la ciudad de Bogotá, para que decida la competencia". El Consejo Superior de la Judicatura, como era de esperarse, por imperativo procedimental envió las diligencias a la Corte.

Se considera

Conforme a la clara preceptiva del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, la colisión de competencias sólo surge cuando entre los va-

rios jueces o tribunales existe desacuerdo respecto de cuál de ellos corresponde el conocimiento del asunto. De forma que cuando un juzgado o Tribunal se declara incompetente para conocer de un determinado asunto y ordena la remisión de éste a quien cree serlo, la admisión que el destinatario haga del criterio del remitente elimina la posibilidad del conflicto, porque, como esta misma Corporación lo ha sostenido reiteradamente, "sería absurdo pensar en que, si hay acuerdo sobre tal punto sea, no obstante, posible una colisión de competencias".

En el evento sub examine *el Juez Superior de Barranquilla aceptó la competencia propuesta por el de Santa Marta, con lo que desapareció la posibilidad de la colisión. Si más tarde, luego de dictar algunos autos de impulso procesal y de adelantar la investigación, advirtió que no debió aceptar la competencia propuesta, era de su deber provocar el incidente con sujeción a la mecánica procedimental con prescindencia absoluta de lo ocurrido antes, puesto que el superior llamado por el ritual procesal a resolver los conflictos de competencias sólo puede hacerlo en la medida en que éstos realmente han adquirido forma, y, obviamente, si un conflicto provocado antes no fue aceptado, en su momento, no podría sobrentenderse después.*

En suma, mientras el Juez Primero Superior de Barranquilla no dé cumplimiento expreso al artículo 6º del Código de Procedimiento Penal y por su homólogo de Santa Marta no se dé respuesta adversa a la competencia que le atribuye, no existe actualmente colisión alguna de competencia que deba resolver la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de decidir sobre el asunto sometido a su consideración por el Juzgado Primero Superior de Barranquilla, a quien se devolverá la actuación para que proceda con ceñimiento a la ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Las equivocaciones judiciales no configuran delito sino cuando son el resultado de la conciencia y la voluntad de obrar contra derecho

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 84, septiembre 3 de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 3 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado de la sindicada Ligia Pachón de Miranda, contra el auto de 25 de junio último, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del cual se negó la revocatoria del auto de detención dictado contra la antes mencionada.

Resultandos y considerandos

La denuncia contra la ex Juez Promiscuo Municipal de Silvania Ligia Pachón de Miranda, comprende cuatro cargos, a saber:

1º Félix Alberto Romero Dinamité y Otoniel Pachón manifiestan haber sido víctimas de un delito de hurto en ganado mayor y, que una vez capturados los responsables fueron puestos en libertad por disposición de la funcionaria acusada.

2º En otra investigación seguida contra Miguel Luis Bernal y José Abrahán Bernal Bautista por igual delito que el anterior, denunciado por Ernesto Castillo, profirió auto de detención contra José Abrahán Bernal y al presentarse desistimiento, la juez le concedió el beneficio de la libertad provisional.

3º Pablo A. Pulido formuló denuncia penal contra Medardo Beltrán Garavito, por el presunto delito de hurto, al que se aportó prueba suficiente y al calificarse el mérito sumarial fue sobreseído temporalmente el sindicado.

4º En una investigación adelantada por un delito contra la libertad y el honor sexual del que fue víctima María Luisa Cajamarca, se vinculó a doce individuos y se decretó la detención preventiva de siete de ellos, la que después fue revocada paulatinamente hasta quedar todos en libertad.

Desde ya se anota:

a) Que no hay relación de conexidad entre ellos, por lo cual han debido investigarse separadamente;

b) El tercer cargo se encuentra prescrito, por lo cual se hará la correspondiente declaratoria, y

c) Con relación a los cargos 1º, 2º y 4º, se tiene:

Primer cargo. Al respecto el Procurador Primero Delegado en lo Penal anota que, aunque en el cuaderno duplicado enviado por el Tribunal para decisión de la apelación se echa de menos copia íntegra del proceso adelantado por la acusada contra Erasmo Romero por hurto de ganado mayor, la presencia de la del sobreseimiento definitivo dictado a favor de éste permite, no obstante, afirmar lo siguiente:

"En dicha providencia aparece claro que Erasmo Romero Romero aceptó haber sacado de la finca de Félix Romero dos semovientes, hecho que realizó en presencia del administrador del propietario; sin embargo, afirma que tal cosa hizo en virtud de un negocio realizado con quien posteriormente lo denunció. Para la juez esta manifestación del denunciado mereció credibilidad por varias razones, pues si se aceptó por éste que había sacado dos reses, no había razón

alguna para que solamente se le hubiere denunciado por el hurto de una novilla, especialmente si el denuncio se formuló un año después de la sustracción; de otra parte se hace referencia a prueba testimonial que condujo a dar credibilidad a la versión del sindicado Romero, motivo que determinó el sobreseimiento de carácter definitivo.

"Por los elementos de juicio contenidos en el auto de sobreseimiento definitivo y los cargos hechos contra la juez no puede llegarse a la conclusión de que ésta haya cometido delito alguno, por el simple hecho de que la providencia de sobreseimiento definitivo haya sido modificada por el superior que dictó un sobreseimiento de carácter temporal. Antes por el contrario, los razonamientos hechos por la juez sindicada parecen atendibles, a pesar de que una afirmación radical sólo podrá hacerse una vez conocida toda la actuación procesal en donde aquella decisión se dictó".

Acierta la Procuraduría, porque, aún en la hipótesis de que la ex juez procesada ciertamente hubiese errado al sobreseer definitivamente a Romero Romero, la revocatoria de esa determinación por parte del superior no es circunstancia que por sí sola pueda implicar la comisión por parte de aquélla de un delito de prevaricato, desde luego que, como esta corporación lo viene sosteniendo reiteradamente, "sería una pretensión inadmisible que toda equivocación judicial de por sí constituya un ilícito", en ausencia de hecho que permita advertir un comportamiento consciente y voluntario de obrar contra derecho. El cargo, por ello, no amerita detención preventiva.

Segundo cargo. Lo refuta el Procurador Delegado, así:

"En el proceso que se adelantó contra los hermanos José Abrahán y Miguel Bernal Bautista hay un error de apreciación en la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, pues no es exacto que el auto de detención dictado contra estos individuos haya sido revocado, pues por la inspección judicial practicada sobre ese proceso se sabe que el juzgado a cargo de la doctora Pachón de Miranda profirió el 1º de julio de 1975, auto mediante el cual dispuso la libertad provisional de los sindicados, por cuanto reintegraron el valor del ilícito (folios 90 y 93 del cuaderno de copias); así mismo al folio 259 aparece copia de dicha providencia, que señala que se concede la libertad provisional mediante caución, habida cuenta del reintegro del valor del ilícito.

"La determinación tomada por la doctora Ligia Pachón de Miranda tiene respaldo en la ley, pues el numeral 2º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal establece que se podrá conceder la libertad provisional bajo fianza en los casos de hurto, estafa y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 429 del Código Penal, esto es, cuando se restituye el objeto materia de la investigación".

Tal opinión fiscal la halla la Corte entrada en razón. De forma que si el proceder de la inculminada está avenido con la ley, mal podría predicarse la existencia de delincuencia contra la administración pública que venga a justificar la detención preventiva.

Cuarto cargo:

Estima el Agente del Ministerio Público que aunque es verdad que por auto de 18 de septiembre de 1976 la acusada en su carácter de juez, revocó el detentivo dictado contra varios de los acusados del atentado contra la libertad y el honor sexuales de que fue víctima María Luisa Cajamarca, la ausencia de copia de la totalidad del sumario por ese hecho impide la formación de un juicio sobre la razón de esa determinación, por cuyo motivo "de los elementos de juicio que obran en este proceso no puede concluirse inequívocamente que exista mérito para proferir auto de detención contra la doctora Pachón de Miranda, pues las argumentaciones que se dan en las indicadas providencias (de detención y revocatoria posterior, se aclara), al parecer, podrían resultar atendibles", puesto que "si bien es verdad que contra los sindicados por violencia carnal se hicieron graves cargos, no es menos cierto que la propia víctima de ese ilícito fue contradictoria en sus versiones, a la vez que se retractó de algunos de los cargos hechos". De ahí que concluya que "sólo podrá establecerse la legalidad de la providencia cuando se conozca en su integridad el proceso que se adelantó por el delito de violencia carnal" y "mientras esto no ocurra no hay fundamento para afirmar que la sindicada en esta actuación haya prevaricado al revocar los autos de detención por ella misma proferidos".

También, en este caso, encuéntranse bien fundadas las apreciaciones del Procurador Delegado, al punto que esta corporación siéntese relevada de comentario adicional.

En suma, la detención preventiva de la exfuncionaria acusada a consecuencia de los cargos a que se ha hecho alusión, es medida prematura, pues la evidencia recogida no acredita la osten-

sible contradicción entre el proceder de aquélla y la ley, por más que algunas de sus decisiones hubiesen sido revocadas por el *ad quem* al decidir recurso formulado contra ellas, pues los jueces al administrar justicia gozan de amplio arbitrio tanto para la interpretación de las pruebas no sujetas a tasa preestablecida como de los textos legales.

Tocante al cargo tercero, es evidente que en lo que a él atañe encuéntrase prescrita la acción penal, puesto que la presunta prevaricación se deriva del hecho de haberse proferido sobreseimiento temporal a favor de Medardo Beltrán Garavito el 1º de julio de 1975. Es que conforme al precepto del artículo 80 del estatuto penal vigente el *ius persequendi* de la conducta criminosa prescribe en lapso igual al máximo de la pena privativa de la libertad fijada en la norma represora, sin que, en ningún caso, aquél pueda ser inferior a cinco años o exceder de veinte; y como el delito de prevaricato tiene sanción de prisión de uno (1) a cinco (5) años, la extinción de la acción penal no se remite a dudas.

Por lo consignado en precedencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

Primero. Revocar el auto apelado y, consiguientemente, la detención preventiva dictada contra la doctora Ligia Pachón de Miranda por supuesta prevaricación al ejercer el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Silvania (Cundinamarca), debiendo ser canceladas las órdenes de captura impartidas en su contra.

Segundo. Declarar prescrita la acción penal en lo que respecta al tercero de los cargos hechos a la doctora Pachón de Miranda y, como corolario, suspéndese el procedimiento seguido contra ella por tal concepto.

Tercero. Que por el Tribunal se compulse copia de lo conducente del proceso para que, por separado, sean investigados los cargos señalados como segundo y cuarto en las motivaciones de esta providencia, por no guardar relación entre sí ni con el primero, al cual quedará limitado el presente sumario.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

Es indispensable demostrar las razones que imponen el cambio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 83 de 1º de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado a esta Corporación la solicitud de cambio de radicación del proceso penal que el Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio adelanta contra el señor Segundino Herrera Rodríguez, por el delito de homicidio, en procura del concepto a que se refiere el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

La petición la formula el defensor del procesado, doctor Alonso Luna Gómez, quien con referencia al precepto mencionado alega en sustento la forma extraña e improcedente como se han venido denegando en la tramitación del proceso las solicitudes favorables a Herrera y la circunstancia de no haber podido, la señora madre de éste, lograr la presentación personal de un memorial ante las autoridades judiciales de Acacías, lo que evidencia la existencia de un "ambiente y condiciones de animadversión política y social contra Herrera, como influyentes en el desarrollo u orientación del proceso".

Se considera

En múltiples conceptos la Corte ha dicho que no puede opinar favorablemente si no se demuestra, así sea indirectamente, las razones que imponen el cambio, desde luego que éste, por alterar las reglas normales de competencia territorial, es una medida de excepción tendiente a garantizar la aplicación de la justicia en forma imparcial y serena, tanto para beneficio del inculpado como de la sociedad y que, por lo mismo, no puede estar sujeta al capricho de los interesados.

El pedido en estudio, sin embargo, no está acompañado de prueba alguna que haga resaltar la necesidad del cambio de radicación. Es cierto que se aportan copias de algunas piezas del proceso contra Herrera y el original de un memorial suscrito por Oliva Rodríguez de Herrera, pero tales documentos ni acreditan las supuestas influencias políticas o sociales en perjuicio del procesado, ni que el expediente se esté adelantando con preterm isión de normas legales, por más que en él algunos memoriales de la defensa hayan recibido respuesta adversa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, emite CONCEPTO DESFAVORABLE a la petición de cambio de radicación del proceso ya mencionado.

Cópiese y remítanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Rotero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Lisandro Martínez Zúñiga (conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE REPOSICION. PUNTOS NUEVOS QUE ADMITEN RECURSO

Artículo 384 del Código de Procedimiento Penal. Los puntos nuevos, mencianados en esta norma, se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el juez en la parte resolutiva y no a las nuevas argumentaciones dadas por éste para mantener la decisión recurrida

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 86.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

El procesado interpuso segundo recurso de reposición contra el auto de 20 de agosto pasado conforme al cual esta Sala no repuso uno suyo anterior del 28 de julio.

Resultandos y considerandos

El recurrente funda su petición en el argumento de que la providencia cuya reposición solicita por segunda vez contiene puntos nuevos, y señala como tales dos afirmaciones hechas por la Sala en los considerandos de dicho auto.

Dispone el inciso final del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil —regulador de esta materia— que "el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos nuevos no decididos en el anterior; caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos".

Los puntos nuevos mencionados en tal disposición se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el juez en la parte resolutiva de la providencia que resuelve un recurso de reposición, respecto de ellos proceden los recursos pertinentes —de reposición, apelación o de hecho— precisamente porque constituyen decisiones nuevas de las que apenas se enteran por primera vez las partes al ser notificadas de tal auto.

Los argumentos adicionales que le sirven al juez para mantener la decisión recurrida, no son puntos nuevos susceptibles de más recursos, sino el necesario y lógico fundamento del auto que deniega la reposición. Es equivocado confundir, entonces, decisiones nuevas con argumentos nuevos de una misma decisión; en aquel caso se modifica por ampliación la parte resolutiva de la providencia recurrida y por eso es susceptible de nuevos recursos; en éste, solamente se amplía el razonamiento en los considerandos de la providencia para responder adecuadamente a los argumentos del recurrente, pero su parte resolutiva permanece inmodificable precisamente porque se deniega la reposición.

Bastan las anteriores consideraciones para concluir que es improcedente la petición del memorialista, quien por esta vía tal vez pretenda retrasar tercia y reprochablemente el cumplimiento de una providencia judicial.

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

Resuelve:

DENEGAR el recurso impetrado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

500

DELITO DE PECULADO

Las facultades de manejo en el empleado público, no solamente las otorga la ley, el Decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. El bien jurídico tutelado en esta clase de infracciones. El daño o perjuicio material no es elemento constitutivo de este tipo penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26539.

Aprobado: Acta número 66.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de julio de 1980, mediante la cual revocó la absolutoria dictada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito, el 15 de abril del mismo año, para en su lugar condenar a Alirio Octaviano Solorza González a la pena principal de 32 meses de presidio y a las accesorias de rigor, por el delito de peculado, en su condición de Asesor Jurídico de la Caja Nacional de Previsión Social.

Hechos

Quedaron fielmente relacionados por el Procurador Delegado en lo Penal, de la siguiente manera:

"El doctor Alirio Octaviano Solorza González, abogado de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión, en el cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado B, recibió poder del Director General y Representante Legal de ese establecimiento público, para que, en su calidad de 'abogado titulado e inscrito con tarjeta profesional número 12344, expedida por el Ministerio de Justicia', representara a la entidad dentro del proceso ejecutivo que en su contra adelantaba Raúl García Sánchez en el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá contra la Caja Nacional de Previsión Social y en el que preventivamente se le habían embargado saldos hasta por valor de $ 1.500.000.00 a la entidad ejecutada en diferentes bancos de la ciudad. Liquidada la obligación, agencias en derecho e intereses, quedó un remanente a favor de la Caja demandada de $ 1.174.981.87 que el doctor Solorza González solicitó se le entregara. Como dentro de las facultades del apoderado figuraba expresamente la de 'recibir', el juzgado, mediante oficios 320 y 321 del 17 de noviembre de 1978, ordenó al Banco Popular pagarle los títulos de depósito judicial números 0535030 y 0536246, por valor de $ 500.000.00 cada uno.

"Obtenido el pago el 20 de noviembre de 1978, el doctor Solorza González consiguió del mismo Banco Popular un cheque de gerencia a su favor por $ 1.000.000.00, que la entidad bancaria le giró en esa fecha, con cruce de pago exclusivo al primer beneficiario. Al siguiente día abrió en Concasa, Sucursal calle 14 de esta ciudad la cuenta número 155779, en Unidades de Poder Adquisitivo Constante, que saldó el 27 de diciembre siguiente mediante el retiro de la totalidad del dinero consignado a su apertura. Se le liquidaron intereses por $ 14.813.17 y obtuvo por ese valor un cheque de gerencia a favor de la Caja Nacional de Previsión que entregó a mediados del mes de enero de 1979 en Tesorería de la en-

tidad, como también el millón de pesos, previa solicitud del tesorero general del 8 de ese mes de enero, abierto ya el presente proceso ...".

La demanda

Con fundamento en las causales primera y cuarta de casación (artículo 580-1-4 del Código de Procedimiento Penal) se demanda la infirmación del fallo condenatorio emitido por el Tribunal en contra del procesado recurrente. Los cargos que se proponen, en el orden de prioridad que prescribe la técnica de este recurso, son los siguientes:

1. *Causal cuarta.* Se afirma que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, pues se calificaron los hechos dándoles la errada denominación de peculado cuando en realidad se trataba de un presunto abuso de confianza.

Para demostrar el cargo se hace hincapié en que el procesado no tenía la facultad jurídica de recaudar, pagar o administrar bienes oficiales ya que su empleo era el de abogado de la Caja Nacional de Previsión Social. De ahí que el acusado obró en ejercicio de un mandato expreso, poder, conferido por el director de esa institución para representarla en el juicio ejecutivo que contra ella adelantaba Raúl García Sánchez en el Juzgado Dieciséis Laboral de Bogotá.

2. *Causal primera.* Se asevera que la sentencia quebrantó la ley penal sustancial, en forma directa, por aplicación indebida del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. Al respecto se formulan tres reproches, a saber:

a) Conforme a los hechos que el fallo estima ocurrieron, jurídicamente no se configura peculado "... por ausencia de la relación jurídica indispensable entre el agente y los bienes objeto de la supuesta infracción, relación jurídica que debe emanar de la ley o de un acto jurídico que tenga igual fuerza de la ley, que concrete en el empleado o funcionario público aquellas facultades de administración de los bienes del Estado ...";

b) Como también lo acepta la sentencia, el sólo hecho de abrir cuenta de depósito a la orden en una Corporación no indica el ánimo de apropiación, no existe, pues, culpabilidad. Si no podía consignar a favor de la Tesorería de la Caja, sumas parciales, "... se vio precisado a mantener consigo la cantidad correspondiente al depósito que posteriormente hizo, depósito que, por hacerlo a su nombre, no implica que buscó apropiárselo, sino guardarlo con toda seguridad, para cuando recibiese el saldo debido a la Caja, entregar el total reclamado a la Tesorería ...";

c) El uso indebido en el peculado precisa que obviamente se cause daño y, en este caso, el procesado no obtuvo beneficio alguno ni se lo causó a la entidad mandante.

"... El simple uso de una cosa, sin daño a tercero, jamás puede constituir conducta punible ...".

"... ¿O es que comete peculado por uso, quien, como funcionario de manejo, tiene a su cuidado un televisor y lo enciende para mirar un programa, sin que ningún daño sufra el aparato? ...".

Ministerio Público y parte civil

Por conducto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el demandante tiene razón al plantear, por la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), la nulidad legal del proceso (artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal), pues estima con éste que hubo error en la calificación del sumario al dictarse auto de proceder por el delito de peculado cuando debió de hacerse por el de abuso de confianza.

Los argumentos del Procurador son los mismos del impugnante; sin embargo, los resalta así:

"... Ciertamente en el caso *sub judice*, el procesado doctor Alirio Octaviano Solorza González, en su condición de profesional especializado, Código 3010 - Grado 8, de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión, no tenía entre sus funciones la de recaudar, o administrar o guardar los remanentes de distintas cuentas bancarias de la entidad, embargados dentro del proceso ejecutivo de Raúl García Sánchez contra la Caja Nacional de Previsión; ninguna ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución o directiva le imponía tal deber. Ello es una realidad jurídica evidente.

"El mandato a él conferido como abogado titulado en ejercicio y con tarjeta profesional que así lo acredita, por el señor Director de la Caja Nacional de Previsión Social, en su calidad de representante legal de esa entidad, para apoderarla dentro del proceso ejecutivo enunciado, es un mandato común mediante el cual se lo facultó a plenitud para proveer a la defensa de los intereses de la Caja, incluyéndose dentro de esas facultades y en forma expresa la de 'recibir', que lleva implícito el deber de entregar lo recibido

al mandante así como el de rendir cuentas al mismo.

"Ahora bien, el doctor Alirio Octaviano Solorza González, como profesional especializado, Código 3010 - Grado 8, de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión, sin las funciones de recaudar, o administrar y guardar los caudales de la Caja Nacional de Previsión, que fueran inherentes a su cargo, al usar indebidamente de los remanentes embargados dentro del proceso ejecutivo aludido y que el juzgado le entregó, con destino a la Caja Nacional de Previsión, cometió delito, claro está, mas no el de peculado.

"Esa conducta no puede ser otra que la normada en el Estatuto Penal vigente por la época de su ocurrencia en el artículo 412, toda vez que la relación jurídica o de hecho entre la Caja Nacional de Previsión, como propietaria de los caudales embargados dentro del proceso de ejecución que se le seguía en el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, y él como abusario, provenía exclusivamente del mandato especial que le confirió voluntariamente, sin fraude ni violencia, el Director General de la entidad, el que en su amplitud contenía la facultad de recibir, con la implícita obligación por parte del mandatario de restituir a la entidad por él representada lo recibido ...".

Como consecuencia de lo anterior, reclama el quebrantamiento de la sentencia para que se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive.

Por el contrario, la parte no recurrente se opone a las pretensiones del demandante y del señor Procurador alegando que el procesado era empleado público; que el Director de la Caja, facultado expresamente para ello, le dio poder para representarla en juicio; y, que su insólito comportamiento le causó daño a la entidad.

Sobre estas bases solicita que no se case la sentencia impugnada.

Se considera

1. La nulidad. *La errada denominación jurídica de la infracción por la cual se llamó a juicio al recurrente, o sea, la de peculado, se hace consistir en que éste como empleado público que era en ese entonces, no tenía por razón de la ley, ordenanza o reglamento, la facultad de recaudar, pagar o administrar bienes del Estado, por lo que no siendo funcionario de manejo, carecía de disponibilidad jurídica sobre los dineros comprometidos en el juicio ejecutivo instaurado contra la Caja Nacional de Previsión, cuya representación jurídica le fue encomendada y que, por lo tanto, si los distrajo, incurrió como mandatario en un posible delito de abuso de confianza.*

Realmente el argumento tendría contundencia si no fuera porque se encuentran plenamente acreditadas dos circunstancias que el mismo recurrente acepta: que el procesado era empleado de planta de la Caja Nacional de Previsión con el cargo de "Profesional Especializado", como abogado dependiente de la Oficina Jurídica de la Dirección General; y, que en tal calidad el Director de la Caja, con facultad legal para hacerlo, le otorgó poder para representar a esa entidad en el juicio ejecutivo que le seguía Raúl García Sánchez en el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, confiriéndole "... todas las facultades legales inherentes a la naturaleza del presente mandato y en especial, para transigir, desistir, recibir, sustituir, proponer excepciones, pedir y presentar pruebas y, en general para que actúe conforme a derecho sin limitación alguna en defensa de los intereses de la Caja Nacional de Previsión que representó ...". Tales circunstancias pregonan la calidad de funcionario público del acusado con disponibilidad jurídica sobre bienes de la nación. En efecto: si desempeñaba el cargo de profesional especializado en la oficina jurídica como abogado que es, y, en tal virtud, recibió mandato del Director de la Caja en el referido proceso ejecutivo para actuar conforme a derecho sin limitación alguna en defensa de ella, con facultad especial para transigir, desistir, recibir y sustituir, no cabe duda que se le otorgaron atribuciones y responsabilidades propias de quien custodia, recauda y administra bienes, en relación con los dineros oficiales trabados en ese juicio.

Esto se hace más evidente si se observa que el Director de la Caja, en uso de sus facultades legales y estatutarias, confirió o delegó su poder de representación al procesado, y que por tal modo éste quedó habilitado para disponer de todo lo concerniente con ese proceso y los bienes en él comprometidos. Disponibilidad jurídica que le permitía transigir, desistir, recibir y hasta sustituir el mandato a su criterio, determinaciones éstas de tanta envergadura que no pueden menos que entrañar responsabilidad en el funcionario público que las puede tomar y que las utiliza con perjuicio del patrimonio económico del Estado.

Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino

también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita. Esto ocurrió en el asunto que se examina, pues el profesional procesado como empleado que fue de la Caja Nacional de Previsión, recibió y aceptó, en ese entonces, poder del Director de esa institución para representarla en un juicio laboral donde era demandada.

Si esto no admite discusión, es necesario concluir que la calificación genérica de peculado que recibió la delincuencia en el auto de proceder, devino inobjetable.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2. *La violación directa.*

a) Porque no se configura peculado por falta de la relación jurídica entre el agente y los bienes del Estado, que concrete su capacidad para administrarlos.

Este reproche ha quedado estudiado y resuelto en el cargo de nulidad y, por lo tanto, debe de igual manera desecharse.

b) Porque el hecho de abrir una cuenta de depósito a la orden en una Corporación no indica culpabilidad.

Valga para rechazar esta censura el siguiente párrafo de la sentencia impugnada, que es fiel reflejo de la realidad procesal.

"... el incriminado no es una persona de escasos conocimientos o de baja cultura, antes por el contrario, se trata realmente de un abogado titulado, con una basta experiencia en las lides de la ciencia del derecho y en materia de leyes y precisamente desempeñaba el cargo de Jefe de la Asesoría Legal y así firmó su informe que envió al Tesorero General de la Caja cuando devolvió el dinero y los intereses de la cuantiosa suma, y este abogado en razón de toda esa gama de conocimientos jurídicos adquiridos no solamente en la universidad sino a través de la práctica de su profesión, sabía perfectamente de la conducta delictual que estaba desarrollando, calificada por sus superiores como de irregular, y él desde luego conocedor, como realmente tiene que serlo, todo abogado titulado, de las leyes, decretos y demás ordenamientos legales concordantes relacionados con el manejo de los dineros y de los bienes públicos o del Estado, no cumplió con dichos postulados en su condición de abogado. En segundo lugar tampoco cumplió sus funciones, pues, como empleado de la Oficina Jurídica de dicha entidad, debía tener perfecto conocimiento de todo el trámite que se le da a los remanentes de dinero en razón de los juicios adelantados contra el precitado establecimiento público y desde luego en nada exonera de responsabilidad al inculpado, el manifestar éste que la Caja Nacional de Previsión Social por su actuación o procedimiento no recibió perjuicios, sino beneficios económicos, dizque por haber entregado los intereses devengados en la Corporación de Ahorro donde había consignado el millón de pesos ...".

c) Porque el peculado por uso indebido precisa que se cause daño y en este caso se usó del dinero consignándolo en una Corporación sin beneficio propio y sin perjuicio patrimonial para el Estado.

Todo delito causa una lesión al bien jurídico objeto de su tutela. El peculado constituye, sin lugar a dudas, un atentado contra los deberes de lealtad que la ley impone a los servidores públicos y contra el señorío que tiene el Estado sobre sus bienes.

No es cierto que el peculado por uso indebido exija daño o perjuicio material como elemento constitutivo del mismo, pues la tipicidad vigente para la época de los hechos (artículo 3º del Decreto 1858 de 1951) no lo requería, como tampoco lo precisa el nuevo Código Penal (artículo 134 del Decreto 100 de 1980). Basta, entonces, que el uso que el agente dé a los bienes del Estado caiga en lo arbitrario para que se incurra, por ese solo proceder, en esta infracción.

Lo significativo en este asunto es que no solamente hubo arbitrariedad en el manejo de caudales públicos por consignarlos a nombre propio en una Corporación, sino que se causó grave perjuicio a la Caja Nacional de Previsión al afectar su liquidez, por este modo, en un millón de pesos.

Como es de resalto, esta última tacha tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de julio de 1980, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

HURTO Y ABUSO DE CONFIANZA

Si la cosa apropiada se encontraba bajo el cuidado del sujeto activo en virtud de una relación de prestación de servicios, se estructura un delito de hurto y no de abuso de confianza

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 86.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencia surgido entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Medellín y Décimo Penal del Circuito de Cali, dentro del proceso seguido a Luis Fernando Moreno Arango por un supuesto delito contra el patrimonio económico de la empresa "Termoluz", con sede en la primera de tales ciudades.

Antecedentes

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín se declara incompetente para conocer del asunto, con fundamento en los testimonios de Alberto Ochoa Díez, Francisco Javier González Noreña y Leonor Robledo de Arias, según los cuales, afirma, salta a la vista que el sindicado estaba bajo la dependencia de la firma "Termoluz" en virtud de una relación laboral que lo obligaba no sólo a vender los productos de aquélla en la zona occidental del país, sino también a percibir los dineros correspondientes y remitirlos al domicilio de la empresa, la que, por tal motivo, "conservaba la vigilancia sobre la mercancía que remitía o entregaba al vendedor, es decir, que en momento alguno se entregó la posesión de la misma a Moreno Arango", por lo que si éste se apropió en "su zona" —Cali y Pasto—, no en Medellín, de valores del empleador, "la competencia para conocer de este averiguatorio corresponde a los señores jueces penales del Circuito de Cali (Valle), teniendo en cuenta la norma del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal".

El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali, a quien correspondió en reparto conocer del incidente, niega la competencia propuesta sobre la base de que Luis Fernando Moreno no estaba ligado a la fábrica "Termoluz" por un "contrato laboral", aunque "visto está que Luis Fernando Moreno A. ejerció, en la zona occidental de este país, por algún tiempo, las funciones de agente vendedor de la fábrica 'Termoluz', cuya sede principal está situada en la promentada localidad de Medellín (Antioquia). De forma que si el procesado se dio a la tarea de confeccionar ficticios pedidos de mercancías, los que hacía llegar a la fábrica 'Termoluz', cuya representación tenía en éste y otros departamentos, para, posteriormente, cuando lo pedido era despachado, recibirlo y firmar él mismo —adueñando ausencia del interesado—, las facturas respectivas que devolvía a la empresa acreedora sin que luego fueran cubiertos los valores correspondientes de los cuales, hay que suponerlo, se lucraba indebidamente", el delito que se advierte es el de estafa, pues el inculpado "apelaba al artificio o engaño de los ficticios pedidos para inducir en error a la empresa 'Termoluz', derivándose de allí el provecho ilícito en beneficio del autor del engaño con notorio menoscabo del capital de la referida fábrica", por cuyo motivo "la competencia funcional como territorial para conocer del presente sumario radica en el Despacho proponente de la colisión negativa".

Se considera

Alberto Ochoa Díez, al denunciar los hechos en representación de industrias "Termoluz",

claramente advierte que el sindicado Luis Fernando Moreno Arango estaba revestido del carácter de empleado de la firma cuando como agente vendedor de la misma "para toda la zona del occidente colombiano" se apropió de dineros que en cuantía de ochenta mil pesos ($ 80.000) había recibido de clientes de la empresa a quienes ésta, por su conducto, había remesado mercancías para atender sus pedidos. Y, al ampliar esa diligencia, asegura que los servicios de Moreno Arango los remuneraba la empresa con "comisiones del 10% en venta y cobro", lo que le permitía devengar "unos treinta mil pesos mensuales".

Juan Guillermo Pardo Jaramillo, socio de "Termoluz", afirma igualmente que Moreno Arango "era empleado de allá como vendedor" y que como tal "cobró unas platas en Cali y no reembolsó el dinero de la compañía".

Miryan Ramírez, secretaria de la empresa, califica al sindicado de "representante de ventas en Cali", y que revestido de esa calidad "cobró a varios clientes de Cali", habiéndose apropiado de los dineros recibidos y él mismo "confesó que se había gastado la plata".

Ahora bien: *conforme a la legislación laboral vigente constituye salario, además de la remuneración fija u ordinaria, todo cuanto reciba el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como, por ejemplo, "porcentajes sobre ventas" o "comisiones"; y existe contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros cuando al servicio de personas determinadas (naturales o jurídicas), bajo su continua dependencia y mediante remuneración, se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión.*

Luego, si el procesado, mediante una remuneración, en este caso llamada porcentaje sobre ventas y cobros, ejercía el cargo de agente vendedor de "Termoluz", bajo la continua dependencia de ésta, no se remite a dudas la existencia del contrato de trabajo, por lo que si en cumplimiento de éste se apropió de valores de la empresa, la delincuencia es la de hurto, puesto que en momento alguno, como bien lo predica el juez penal del Circuito de Medellín, hubo desplazamiento de la posesión de los bienes apropiados hacia la persona del victimario y esta corporación tiene establecido que "si la cosa se halla bajo el cuidado del infractor, en virtud de una relación de prestación de servicios, por ejemplo, que excluye su depósito o entrega en poder de aquél y por lo tanto la obligación de restituir, habrá hurto" (sentencia de 7 de noviembre de 1950, LXVIII, 591).

Por lo demás, si en la ciudad de Cali el procesado verificó la *ablatio*, esto es, sacó de la órbita de acción de la empresa "Termoluz" los valores que como de ésta se encontraban en su poder en virtud de la relación laboral, allí tuvo consumación el reato. De suerte, que es incuestionable la competencia de los juzgados penales del circuito de esa localidad para conocer de él, por más que el domicilio del empleador sea Medellín y ello a virtud de la regla del artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, fuera de que aún en el supuesto de que las apropiaciones las hubiese hecho el inenriminado tanto en Cali como en Pasto, el precepto de competencia a prevención del inciso 2º del artículo 42 ídem, permite al Juez Penal del Circuito de la primera conocer del asunto.

En suma, asiste razón al Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín al declararse incompetente para conocer del proceso, por cuyo motivo la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME la colisión adjudicando la competencia al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali, a quien se enviará el expediente. De ello se dará informe al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Rotero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA

Cuándo y dónde se consuma

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 65 de 8 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Dirime la Corte la colisión de competencia negativa de los Jueces Penal Municipal de Samaná (Caldas) y Primero Penal Municipal de Itagüí (Antioquia) en este proceso seguido a Hugo Alberto Muñoz González, a quien se imputa un delito de abuso de confianza.

Denunció los hechos la señora Luz Amparo Cárdenas de Parra en Itagüí el 23 de abril de 1981. Consisten, según ella, en que tuvo que trasladarse a la población de Amalfi, pero en el vehículo que utilizó no cupieron todos sus haberes, motivo por el cual dejó en Samaná, en manos de Hugo Alberto Muñoz, una caja de cartón con varios objetos y él se comprometió a llevárselos a su nueva residencia. Al cabo de dos meses, dice, no ha recibido nada y aunque Muñoz afirma que le mandó sus cosas con un chofer cuyo nombre no sabe, como tampoco puede dar las placas del carro que conducía, ella ha visto parte de sus pertenencias colgadas de un alambre a la puerta de la sastrería "Muñoz Hermanos" que su denunciado tiene en el barrio San Gabriel en donde vive.

El proceso se abrió en Itagüí y el Juzgado Primero Penal Municipal de dicho sitio, luego de escuchar a la denunciante en ampliación de su inicial versión, consideró "que la apropiación ilícita sucedió en jurisdicción del Municipio de Samaná (Caldas), donde la denunciante hizo entrega formal de los elementos al implicado ..." y, en consecuencia del proceso debe conocer el Juez Penal Municipal de dicha localidad. Esto lo concretó en auto de 29 de abril de 1981.

Por auto de 14 de mayo siguiente el Juzgado Penal Municipal de Samaná decidió continuar la investigación y al efecto, recibió dos testimonios (Lucrecia Herrera Tabares y Manuel Salvador Rave Figueroa) y capturó, indagó y liberó al denunciado y recibió de los hermanos del sindicado varios objetos al parecer de propiedad de la denunciante.

En la misma providencia de libertad para Muñoz González provocó la colisión de competencia por considerar que si el delito se cometió "esto ocurrió en el barrio San Gabriel de la ciudad de Medellín", porque tanto denunciante como denunciado manifiestan "que hasta allí le reconoció la posesión de la mercancía el sindicado a la ofendida".

El juez provocado, el de Itagüí, recuerda que desde un principio consideró que del proceso debía conocer el Juez Penal Municipal de Samaná porque la conducta que perfecciona el abuso de confianza se realizó en dicha población. Al declarar nuevamente su incompetencia ordena remitir el proceso a la Corte para la solución del conflicto y no al Tribunal Superior de Medellín como dijo la provocadora.

En orden a la solución del problema planteado la Sala efectúa las consideraciones que a continuación aparecen:

El delito de abuso de confianza en la hipótesis prevista en el primer inciso del artículo 412 del Código derogado y 348 del Código vigente, es infracción de consumación instantánea que se perfecciona en el sitio y en el momento en que, sin lugar a dudas, se concrete mediante actos positivos e inequívocos la intención de apropiarse,

en provecho propio o de tercero, de cosa mueble ajena confiada o entregada por título no traslaticio de dominio.

En el caso concreto no existe duda de que la entrega de bienes muebles en cuantía que la denunciante fija en $ 12.140.00 se produjo en Samaná. Pero si se tiene en cuenta que por la indagatoria se sabe que el procesado viajó a Itagüí al día siguiente, y no existe prueba que contraríe su dicho, resulta fácilmente posible que la intención de apropiarse de lo recibido, que se le atribuye, se sucediera en la ciudad nombrada. La hipótesis se refuerza si se tiene también en cuenta que tanto la denunciante como su marido, y esto lo acepta el indagado, fueron por varias ocasiones a su residencia en el barrio de San Gabriel a reclamarle los objetos que les recibió en Samaná. A la misma conclusión se llega si se le otorga credibilidad al sindicado cuando dice que viajó de Samaná a Itagüí y allí envió la caja con los objetos para que fuera entregada a la denunciante residenciada en Amalfi.

Como consecuencia de lo dicho, el conocimiento del presente proceso corresponde al Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí. Para mayor abundamiento resulta que la denuncia se recibió allí y allí se dictó auto cabeza de proceso y si hubiera de recurrirse al mecanismo procedimental de la fijación de competencia "a prevención" (artículo 42 del Código de Procedimiento Penal), esos dos hechos unidos a la duda sobre lugar de consumación harían que se radicara en Itagüí la competencia para conocer del proceso.

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

Resuelve:

DIRIMA la colisión de competencia de los Jueces Penal Municipal de Samaná (Caldas) y Primero Penal Municipal de Itagüí (Antioquia), en el sentido de declarar que la competencia para conocer del presente proceso radica en el último de los despachos dichos al cual debe remitirse el expediente.

Dése aviso de lo resuelto al Juzgado Penal Municipal de Samaná.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMISION DURANTE LA ETAPA DEL JUICIO. — NULIDAD

Los jueces no pueden comisionar en esta fase del proceso, salvo para la práctica de pruebas fuera de su sede

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 86.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Ha llegado a la Corte el presente proceso en virtud de apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 11 de diciembre de 1980, por medio de la cual condenó a los doctores Stella Andrade Andrade y Aldemar Oliveros, a la pena principal de un año de prisión como responsables del delito de prevaricato en razón de hechos cometidos cuando ejercieron los cargos de Juez Superior de Aduanas y Fiscal de Aduanas de la ciudad de Buenaventura, respectivamente.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la decisión impugnada.

Hechos

El Ministerio Público los reseña en la siguiente forma:

"1. El Tribunal Superior de Aduanas al conocer en vía de consulta de la providencia de 7 de julio de 1976 por la cual el Juzgado Superior de Aduanas de Buenaventura a cargo de la doctora Stella Andrade, obrando de acuerdo con el Fiscal del Juzgado, doctor Aldemar Oliveros, ordenó cesar procedimiento en contra de Luis Mario Holguín Izquierdo y Neftalí Henao, por inexistencia de los delitos de falsedad y contrabando a ellos imputados, revocó dicho pronunciamiento y dispuso compulsar copias de lo pertinente con destino al Tribunal Superior de Cali con el fin de investigar la conducta de tales funcionarios por cuanto la declaratoria de inexistencia de los delitos investigados resultaba en franca contradicción con la verdad procesal (folios 220 y siguientes del C. N.).

"2. Las diligencias penales aduaneras que culminaron con cesación de procedimiento tuvieron en parte su origen en la denuncia formulada por el señor Néstor E. Rodríguez contra Luis Mario Holguín Izquierdo y Compañía, Agentes de Aduanas, por falsedad y contrabando en razón de que los manifiestos de importación números 03312, 03313 que amparaban la importación de maquinaria con destino al ingenio azucarero 'La Manuelita S. A.' habían sido falsificados en sus sellos y firmas y no se habían cancelado los correspondientes impuestos.

"3. El apoderado de los sindicados Holguín Izquierdo y Neftalí Henao solicitó al Juzgado Superior de Aduanas de Buenaventura dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por inexistencia de delito; petición de la cual se dio traslado al Fiscal, doctor Aldemar Oliveros, quien conceptuó en forma favorable a lo solicitado en vista fiscal del 10 de julio de 1976, argumentando que en el informativo aparecían todos los documentos relacionados con la nacionalización de la mercancía y que ellos 'prestaban el mérito de rigor, puesto que su autenticidad y procedencia aparecen también confirmados oficialmente en el expediente, luego la presunta falsedad y contrabando de que se habla en la denuncia, no aparecen manifiestos, son auténticos y los derechos e impuestos causados, han sido pagados en su totalidad, según aparece de autos' (folios 88 y 90 del cuaderno número 1).

"4. El 7 de julio, la Juez Superior de Aduanas, doctor Stella Andrade Andrade, acogiendo el concepto de su colaborador fiscal ordenó cesar procedimiento en contra de los sindicados por inexistencia de los delitos de falsedad y contrabando a ellos imputados con fundamento en las siguientes consideraciones:

"La Administración de la Aduana no ha informado a este Despacho ninguna irregularidad cometida por la Agencia de Aduana en este negocio, de la cual es Gerente y propietario el señor Luis Mario Holguín Izquierdo ... Los documentos que han sido allegados al expediente son auténticos, ya que el facilitado por Puertos de Colombia el número 03312 y 03313, no ofrece evidencias ni sospechas de haber sido adulterado en su forma, ni en su contenido, los sellos que allí aparecen son los mismos que utilizan los funcionarios administrativos, los sellos y facturas de Puertos de Colombia no han sido tachados de falsos, los recibos que obran al folio 45, comprobantes de rentas por cobrar números 4828,47 de fecha 5 de 1966 (sic) comprueban que se pagaron los derechos ante el Cajero de Aduana ..." (folios 94 a 97).

"En la parte resolutiva se ordenó el archivo de las diligencias —no su consulta— citándose la Ley 17 de 1975" (folios 19, 20 y 21 del cuaderno de la Corte).

En el período probatorio de la causa, el Tribunal dispuso la práctica de la totalidad de las pruebas solicitadas por el defensor del doctor Aldemar Oliveros, entre ellas, una inspección judicial al proceso penal aduanero mencionado y del cual conoce ahora el Juzgado Primero Superior de Aduanas de la ciudad de Cali donde fue radicado.

Por medio de esta prueba pretendía demostrar el citado defensor que al tiempo en que el doctor Oliveros rindió el concepto cuestionado, favorable a la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, no obraba en el expediente el oficio número 0743 AAB de 10 de mayo de 1976, mediante el cual el Administrador de la Aduana de Buenaventura hizo saber al Juzgado Superior de Aduanas de esa ciudad, que los manifiestos de importación números 03312 y 03313 de 1976 se habían extraviado de la División de Liquidación de la Aduana y la mercancía amparada por dichos documentos había sido retirada de las bodegas de Puertos de Colombia con la utilización de órdenes de entrega presumiblemente falsificadas, ya que los derechos aduaneros correspondientes no habían sido cancelados.

La mencionada diligencia de inspección judicial fue practicada por el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal Ambulante de Cali, por comisión impartida por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial (folio 107).

Con fundamento en el texto de la inspección, el defensor del doctor Aldemar Oliveros argumentó en la audiencia pública y luego en el resumen escrito de su intervención, que, en efecto, el mencionado oficio 0743 AAB de 10 de mayo de 1976, por aparecer registrado con doble foliatura, como allí se hace constar, no había sido agregado al expediente cuando el Fiscal enjuiciado emitió su concepto, lo cual, en su opinión, contradice las razones del Tribunal que se apoyan, para predicar la responsabilidad de los procesados, en el conocimiento por parte de ellos, del referido oficio.

Respecto de este punto afirmó lo siguiente el Tribunal en la sentencia impugnada:

"No es cierto como lo afirma el defensor de Oliveros, que por la diligencia de inspección judicial realizada sobre el proceso de contrabando se hubiera demostrado, que al momento de ser estudiado el expediente por el Fiscal Oliveros para emitir el dictamen, el oficio donde se daba la información relativa a la falsedad de los documentos de importación no estuviera anexado al expediente. Lo único que se demostró con esta diligencia fue que por haber sido agregada una actuación de carácter administrativo, el ya referido oficio, aparece con doble foliación, una correspondiente a la actuación administrativa y otra, la nueva, al ser incorporado al proceso de aduanas" (folios 160 y 161 del cuaderno del Tribunal).

También en el memorial dirigido a la Corte, el defensor del doctor Aldemar Oliveros reitera su pensamiento en cuanto a la ausencia de responsabilidad de su representado por no haber conocido el oficio aludido cuando rindió su concepto.

De lo que se deja transcrito y comentado puede fácilmente deducirse la incidencia innbjetable que la prueba de inspección judicial, de que se ha hecho mención, tiene, tanto en las alegaciones de la defensa, como en las conclusiones mismas de las decisiones que lleguen a adoptarse en este proceso.

Ocurre, sin embargo, que esa inspección judicial fue practicada por juez comisionado y no por el Magistrado sustanciador, al menos, no obstante que se decretó en el período probatorio de la causa (folios 90, 95 y 96 del cuaderno del Tri-

bunal) y fue realizada dentro de la sede del Tribunal (folio 187 ibídem), con lo cual se desconoció lo ordenado por la Ley 22 de 1977 en su artículo 9º, inciso 4º, que dice: "Durante el término probatorio del juicio sólo podrán comisionar cuando las diligencias deban practicarse fuera de su sede".

Se ha violado, por tanto, una disposición de obligatorio cumplimiento, máxime que la prueba, como se dejó analizado, tiene valor determinante en las conclusiones de la sentencia, de donde se sigue que ésta fue dictada en un proceso afectado de nulidad que obliga a la Corte a su declaratoria. Esta debe comprender todo lo actuado a partir del auto de 28 de agosto de 1980 (folio 90 del cuaderno del Tribunal), por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dispuso "ofíciese a la Jefatura de Instrucción Criminal con el fin de que se sirva designar un juez del ramo, ambulante, para la práctica de las pruebas de que trata el párrafo anterior".

En auto de 26 de noviembre de 1979 se dijo respecto de un caso similar:

"El juicio, ha dicho esta Sala, es, en efecto, la etapa del proceso en que se realiza el examen de fondo de las imputaciones que se hace a una persona a quien se considera responsable de un hecho delictuoso plenamente demostrado y ese juicio, en consecuencia, sólo puede adelantarse por los jueces competentes, que, por lo mismo, y para un mejor entendimiento de sus delicadas funciones, no pueden delegar ni siquiera parcialmente el cumplimiento de los trámites, actuaciones y formalidades de esta fase trascendental del proceso que a ellos incumbe en forma privativa y excluyente, por expreso mandato del artículo 26 de la Constitución Política, a cuyo tenor 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio'.

"Sobra advertir que si en el caso que se examina la prueba fue percibida, en la etapa probatoria del juicio, por funcionario comisionado y no por el juez competente, que lo es el Magistrado sustanciador, se ha violado por el Tribunal Superior de Pasto —Sala de Decisión Penal— una de las garantías fundamentales de las partes en el juicio, o sea, 'la legalidad del procedimiento', tan importante como las que se entrañan en los principios de 'legalidad del delito', 'la legalidad de la pena' y 'favorabilidad'.

"De lo expuesto fluye que la actuación en este proceso es nula desde el momento mismo en que el Tribunal de Pasto, por auto de 19 de octubre de 1978, ratificado posteriormente, impartió comisión para practicar pruebas dentro de la etapa pertinente del juicio 'al juez que designe el señor Director de Instrucción Criminal' de esa seccional, nulidad que una vez declarada por la Corte obligará a reponer la actuación afectada de invalidez, con cuanto mayor razón si la prueba solicitada por el defensor del exjuez Libardo Guerrero Muñoz se enderezaba, en su totalidad, a destruir los fundamentos de los cargos que se formularon en el auto de proceder".

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECRETA LA NULIDAD de lo actuado en este proceso a partir del auto de veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta, por medio del cual se encomendó a un Juzgado de Instrucción Criminal la práctica de las pruebas decretadas en la etapa del juicio dentro del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AMNISTIA

Aspectos procesales de la Ley 37 de 1981 sobre amnistía. Las dos diferentes situaciones contempladas en la ley respecto de sus eventuales beneficiarios están reguladas por procedimientos diversos, cada uno de ellos de obligado cumplimiento cuales son los trámites en cada caso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 86.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín —Sala de Casación Penal—, consulta su providencia del 3 de agosto pasado en la que no accedió a conceder la amnistía solicitada por León de Vives Viera con fundamento en la Ley 37 de 1981.

Resultandos y considerandos

1. El ciudadano León de Vives Viera se presentó el 24 de julio del presente año al Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar en solicitud de la amnistía prevista en la Ley 37 de 1981 y manifestó haber participado en la recolección de dineros con destino a la guerrilla y en la vigilancia de una persona secuestrada.

2. El Gobernador del Departamento de Antioquia certifica que el señor de Vives Viera no aparece en la lista de procesos que cursan en distintas jurisdicciones por los delitos de rebelión, sedición, y asonada y que fueron enviadas a dicha Gobernación.

3. Por esta razón y conforme al mandato del artículo 9º de la ley citada, el expediente pasó al Tribunal Superior de Medellín para decidir sobre la solicitud de amnistía.

4. Dicha Corporación mediante auto motivado negó la petición de amnistía porque consideró que los delitos en cuya realización el solicitante reconoció su participación —extorsión y secuestro— no solamente son comunes sino que habiéndose presentado como conexos con los políticos atribuidos a la guerrilla, están excluidos de la amnistía por el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 37 de 1981.

5. En la parte resolutiva de su providencia el Tribunal dispone consultarla si no fuere apelada, con fundamento en el artículo 12 de aquella ley.

6. *La ley de amnistía del presente año contempla dos situaciones respecto de sus eventuales beneficiarios: la primera se refiere a los "alzados en armas" y la segunda a los que "se encuentren privados de la libertad, procesados o condenados por los delitos de rebelión, sedición o asonada" y delitos conexos, salvo los exceptuados en el inciso 2º del artículo 1º de dicha ley.*

Cada una de estas situaciones está regulada por procedimiento diverso. En la primera, los alzados en armas tenían plazo de 4 meses (ya vencido) para presentar solicitud de amnistía ante cualquier autoridad política, judicial, militar, o diplomática o consular; recibido la petición por uno de estos funcionarios con el lleno de las exigencias indicados en el artículo 5º, el acta correspondiente debía ser enviada dentro de los cinco días siguientes al respectivo Gobernador, Intendente o Comisario (artículo 6º). Este, a su vez y con fundamento en listas recibidas de los funcionarios que estuviesen conociendo en el país de los delitos mencionados en el artículo 1º de la ley, certificaba si el peticionario aparecía o no

como procesado por uno cualquiera de aquellos delitos; en caso positivo enviaba las diligencias al respectivo juez del conocimiento; en caso negativo, remitía a la actuación al correspondiente Tribunal Superior de Distrito Judicial (artículo 7º). Recibida por el juez la documentación, debía resolver de plano la solicitud de amnistía dentro de los quince días siguientes (artículo 8º). En la hipótesis de inexistencia de proceso, recibida por el Tribunal la actuación y repartida en la Sala Penal, el Magistrado sustanciador debía presentar proyecto dentro de los tres días siguientes y la Sala tenía dos más para resolver de plano la petición de amnistía; aunque el artículo 9º que describe este último trámite dice con expresión anfibológica que la Sala Penal de Decisión "concederá de plano la amnistía", ha de entenderse que la decisión de la Sala podía ser favorable o desfavorable a la concesión de tal beneficio, pues no es dable suponer que la ley le hubiese suprimido a los Tribunales su potestad decisoria para imponerles la obligación de pronunciarse en un solo sentido: si se interpretase con simplista literalidad este aparte de la norma habría que oponerle excepción de inconstitucionalidad porque violaría el principio de la soberanía juzgadora de la rama jurisdiccional del poder público. En todo caso, esta providencia de la Sala no es susceptible de recurso alguno, pues el aparte final de la citada norma dice que "quedará ejecutoriada con su pronunciamiento".

7. La segunda situación se refiere, como ya se indicó, a quienes habiendo cometido uno cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 1º con las excepciones allí indicadas, antes de la vigencia de la ley, estuviesen detenidos o condenados en procesos penales contra ellos adelantados por tales delitos. En este caso, el trámite comenzaría 4 meses después de la vigencia de la ley, es decir, a partir del 27 de julio del presente año con un decreto del Gobierno en cuya expedición la ley supedirá extrañamente "al buen desarrollo que para la recuperación de la paz haya tenido la presente ley"; a partir de entonces se abre lapso de dos meses durante los cuales los afectados podrían presentar solicitud de amnistía (artículo 11). Esta petición sería resuelta por el juez del conocimiento dentro de los 10 días siguientes a su presentación. Si la decisión fuese negativa, el auto sería susceptible del recurso de apelación; en caso de que éste no se interpusiera, la providencia habría de consultarse. Sin embargo, esta segunda situación de la ley de amnistía no se ha cumplido porque el Gobierno no ha expedido aun el decreto de iniciación del trámite respectivo a que se refiere el artículo 11, inciso 3º de la citada ley.

8. De la reseña precedente se desprenden tres hechos que interesa destacar para los efectos de esta providencia:

a) Que el auto emitido por el juez del conocimiento cuando el peticionario de la amnistía figurase como procesado por uno cualquiera de los delitos del artículo 1º de la ley, debía dictarse de plano, y aunque la norma (artículo 8º) nada dice sobre recursos, en tratándose de providencia interlocutoria por la trascendencia de la decisión que allí se toma, ha de concluirse que contra ella cabrían los recursos propios de esta clase de autos;

b) Que la providencia del Tribunal en los casos en que el solicitante no figurase como procesado por uno de aquellos delitos, no es susceptible de recurso alguno (artículo 9º), y

c) Que el auto que llegare a proferir el juez del conocimiento respecto de la segunda situación explicada en el acápite 7º de esta providencia, podría ser objeto de apelación y, en subsidio, de consulta si fuere negativo al reconocimiento de la amnistía (artículo 12).

9. Como quiera que en este caso se está frente a solicitud de amnistía hecha por quien no figura con proceso pendiente por uno cualquiera de los delitos señalados en el artículo 1º de la Ley 37 de 1981, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 9º ibídem y no la tramitación consignada en el artículo 12, equivocadamente citado por el Tribunal de Medellín; consecuencialmente ha de concluirse que la determinación tomada por el *a quo* no es consultable.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de conocer del auto consultado por el Tribunal Superior de Medellín en el presente caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

En qué consisten las formas propias del juicio. La inobservancia de los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974, no viola el derecho de defensa del procesado, si por otra parte, la materialidad del ilícito y la imputabilidad y responsabilidad del procesado se probaron plenamente a lo largo del sumario y del juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 86 de 8 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 9 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo Benítez.*

Vistos

Admitido el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos ochenta, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Penal—, revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, en favor de Arturo Jaime Gutiérrez Solano, como presunto infractor del Decreto 1188 de 1974, condenándolo en su lugar a la pena principal de tres años de presidio, presentada oportunamente la respectiva demanda y recibido el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la Corporación pasa a resolver el recurso, previos los siguientes resultandos y considerandos:

Origen de la acción penal

Los hechos que dieron origen a este proceso, los relató el juzgado del conocimiento, así:

"En las horas de la tarde del día dos de octubre de mil novecientos setenta y nueve, Agentes de la Policía Judicial, Unidad Estupefacientes de esta capital se presentaron a la residencia ubicada en la carrera 36 número 103-93, donde con anuencia de la propietaria del inmueble, señora Carolina de las Mercedes Grau de Restrepo, procedieron a practicar un registro minucioso en la pieza ocupada por Arturo Jaime Gutiérrez Solano, hallando setecientos veintitrés (723) gramos de cocaína y doce gramos de marihuana, tres maletas de viaje de diversas dimensiones, seis prensas metálicas de horquilla color azul cromado, dos rollos de cinta de enmascarar pegante, dos tablas de madera de 30 x 40, dos prensas metálicas de horquilla número 8, marca madametal, once guantes de cirugía plástica, una balanza marca Ohaus, capacidad 2.610 gramos y una pesa de un kilo.

"Por el decomiso de estos elementos se procedió a dar captura a Arturo Jaime Gutiérrez Solano, de quien la propietaria del inmueble señaló había viajado a San Andrés y Providencia, procedimiento que evidentemente se realizó en el aeropuerto de aquella ciudad".

Relación procesal

1. El Juzgado Setenta y Seis de Instrucción Criminal, por auto de octubre de 1979, folio 6, practicadas las diligencias preliminares, particularmente las referentes al encuentro de sustancias y vegetales en la habitación ocupada por Arturo Jaime Gutiérrez Solano, cuyo análisis dio resultado positivo para cocaína y marihuana, la primera con un peso bruto de 723 gramos y la segunda de 12 gramos, según informe de la Policía Judicial F-2, decretó la detención preventiva del sindicado.

2. El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, por auto de 12 de diciembre de 1979,

ante la solicitud del apoderado de Gutiérrez Solano, no revocó la detención preventiva dictada contra éste.

3. El juzgado del conocimiento, precluida la etapa sumarial, la calificó mediante auto de 32 de febrero de 1980, llamando a responder en juicio criminal a Arturo Jaime Gutiérrez Solano, como autor responsable del tráfico de estupefacientes de que trata el Decreto 1188 de 1974, al considerar que se habían reunido los presupuestos previstos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la comprobación plena del cuerpo del delito y la prueba requerida por tal disposición respecto de la imputabilidad del procesado.

4. Apelada tal providencia, el Tribunal, en Sala de Decisión Penal, por auto de 25 de abril de 1980, la confirmó en todas sus partes, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal.

5. Abierto el juicio, el procesado solicitó al juzgado del conocimiento la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento, por considerar que en el momento de su captura en la Isla de San Andrés no fue hallada en su poder ninguna sustancia relacionada con la investigación. El juzgado, por auto de 9 de junio de 1980, no accedió a tal petición.

6. Celebrada la audiencia pública el 11 de agosto de 1980, folios 225 y siguientes, el juzgado pronunció la sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos ochenta, folios 248 y siguientes, por medio de la cual *absolvió* a Jaime Arturo Gutiérrez Solano, de los cargos por los cuales se le llamó a juicio.

7. El Fiscal del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá apeló de tal providencia, y el Tribunal, por sentencia de doce de diciembre de mil novecientos ochenta, folio 16, cuaderno 2º, *revocó* la absolución del procesado en primera instancia, y en su lugar lo condenó a la pena principal de tres (3) años de presidio, además de las accesorias respectivas, la cual es materia del recurso de casación.

La demanda

El casacionista invoca como causal de casación, la prevista por el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es decir, que procede el recurso "cuando la sentencia se haya dictado en juicio viciado de nulidad".

Fundamenta esta causal porque en su sentir no se observó en el juicio la plenitud de las formas del mismo, con lo cual se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional.

La demostración de la nulidad se hace consistir en que no se dio cumplimiento estricto a lo dispuesto por el artículo 70 del Decreto 1188 de 1974, que dice:

"Cuando la Policía Judicial decomise marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra sustancia que produzca dependencia física o psíquica, realizará sobre ella inmediatamente identificación pericial; precisará su cantidad y peso; señalará el nombre y demás datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describirá cualquiera otra circunstancia útil a la investigación, todo mediante acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana deberá ser presenciada por un agente del Ministerio Público".

Sostiene el casacionista que "la disposición transcrita otorga al acta de decomiso el carácter de prueba básica y fundamental para comprobar tanto el cuerpo del delito, como la responsabilidad penal". Por otra parte, afirma que tal artículo no sólo exige requisitos de fondo, sino de forma, que en el caso de decomiso de sustancias estupefacientes en zonas urbanas, la diligencia debe ser presenciada por un Agente del Ministerio Público, y como no se observó ni lo uno ni lo otro, se han violado las formas propias del juicio e incurrido en nulidad. "Sin esa acta, con el contenido y las formalidades a que ya aludí, no se puede iniciar *válidamente* la investigación por ningún juez de la República". Y en cuanto al caso de estudio, afirma: "Que la diligencia de decomiso y peritación, siendo que según el acta respectiva tuvo lugar en *zona urbana*, como que fue en el apartamento situado en la carrera 36 número 103-93 de la ciudad de Bogotá, *no fue presenciada por ningún Agente del Ministerio Público*. En ella sólo intervino la Policía.

Además de lo anterior, el demandante alega que no se dio cumplimiento al artículo 71 ibídem, que ordena a la Policía Judicial que haya practicado la diligencia prevista en el artículo anterior, enviar la actuación al juez de instrucción, quien practicará *al día siguiente* de recibida, "con el Agente del Ministerio Público, diligencia de inspección judicial sobre la droga o sustancia en el sitio donde la haya depositado la Policía Judicial", y una vez concluida la actuación, el juez tomará muestra de la droga o sus-

tancia decomisada para su reconocimiento pericial y enviándola al Instituto de Medicina Legal, y "enseguida ordenará y presenciará la destrucción del remanente y sentará el acta respectiva que suscribirán quienes en ella hayan intervenido, ninguna de cuyas diligencias cumplió el juez de instrucción". Y tan cierto es esto, que el juez del conocimiento las llevó a cabo después de dictar sentencia absolutoria, folio 266, C. I., en obedecimiento a lo ordenado en el auto de llamamiento a juicio y que no se cumplió ni siquiera dentro de la etapa del juicio.

Por último, se afirma en la demanda que se violó lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución Nacional, porque el domicilio del procesado fue registrado sin mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes, ya que la Policía sólo puede hacerlo en caso de flagrancia, lo cual no es hecho investigado, ni tampoco se daba la cuasi flagrancia. Concluye el casacionista que "debe quedar en firme la sentencia absolutoria proferida por el Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá", previa invalidación de la sentencia acusada.

Respuesta del Ministerio Público

Reconoce el señor Procurador Delegado que en verdad se cometieron algunas irregularidades en este proceso, como la no intervención de un Agente del Ministerio Público, pero que ello no constituye nulidad, pues no siempre se logra su presencia, en cuyo evento las investigaciones fracasarían, lo cual es absurdo admitirlo, porque establecida la verdad del hecho, la omisión de cualquier requisito imposible de cumplir, conduciría a la impunidad; "... la omisión de una formalidad accesoria no puede generar nulidad, pues ésta sólo ocurre cuando se vulneran formalidades sustanciales y siempre y cuando con ello se lesionen derechos fundamentales de las partes".

Respecto de que las diligencias anotadas por el casacionista no se practicaron oportunamente, como lo ordena el Decreto 1188, sostiene que todas se cumplieron en el proceso, en el cual aparecen los experticios sobre las sustancias decomisadas y la destrucción de las mismas, aunque en forma demorada. Además, "nadie ha negado el decomiso de las sustancias estupefacientes en poder del condenado, ni desconocido los resultados periciales". En cuanto a la violación del artículo 23 de la Constitución Nacional, por haber penetrado la Policía Judicial al apartamento del procesado, dice que ésta puede por iniciativa propia inspeccionar el lugar de los hechos, de acuerdo con el artículo 389 del Código de Procedimiento Penal, y que la flagrancia se da no sólo en el momento de cometerse el delito, sino cuando la conducta delictiva es permanente, como en este caso, porque las sustancias decomisadas eran conservadas en poder del procesado, figura que está reprimida también por el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

En conclusión, el Ministerio Público solicita que no se case la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala

El artículo 26 de la Constitución Nacional estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Se entiende que las formas propias de cada juicio están determinadas en los Códigos de Procedimiento, además de las leyes que las reglamentan, y que tienen por objeto en esas materias buscar la verdad material, interpretar el derecho de las partes e impartir la justicia que les corresponda.

En materia penal, el Código de Procedimiento procura conseguir este objetivo fundamental mediante la observancia de las normas generales y especiales, cuyo cumplimiento y garantía se establece por medio de nulidades absolutas y relativas, subsanables o no. Como ejemplo de las primeras está la incompetencia del juez, y como ejemplo de las segundas se encuentran algunas irregularidades procedimentales que no alcanzan a desconocer o violar los derechos del procesado, como el de defensa.

No obstante, pueden presentarse formas del juicio cuya inobservancia no está prevista en el Código de Procedimiento Penal como causales de nulidad, pero que pueden afectar sustancialmente los derechos del procesado, en cuyo caso adquieren carácter de nulidades supralegales, con base en el artículo 26.

Ahora bien:

La inobservancia de los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974, no viola el derecho de defensa del procesado, si, por otra parte, se cumplieron en el curso del juicio, como ocurrió en el caso a estudio. Es decir, se comprobó en forma plena lo siguiente:

1. El decomiso de sustancias alucinógenas en determinada habitación.

2. Del examen pericial de tales sustancias, el Instituto de Medicina Legal concluyó que se trataba de cocaína en cantidad de 723 gramos y marihuana 13 gramos.

3 La habitación en donde se decomisó esa materia estupefaciente, estaba ocupada por el procesado Arturo Jaime Gutiérrez Solano, aunque en el momento del decomiso éste no se encontraba allí, y

4. Las sustancias decomisadas fueron destruidas como lo ordena la ley.

La relación de causalidad entre estos hechos no pudo destruirse, ni hubo ninguna prueba atendible que lo pretendiera. La defensa sólo ha alegado y alega que la ausencia del procesado en el momento de efectuarse el decomiso de las sustancias encontradas en su habitación, desintegra la imputación y responsabilidad de éste, anotando como causales de nulidad constitucional que en el decomiso e investigación no se cumplieron estrictamente los requisitos determinados en los artículos 70 y 71 del Decreto 1188, o sea, que la Policía Judicial al decomisar la cocaína y la marihuana, no realizó sobre estas sustancias "inmediatamente" identificación pericial, ni intervino un agente del Ministerio Público, sin cuyos requisitos no podía enviar las diligencias al juez de instrucción, anotando que éstos son los elementos objetivos del delito.

La verdad es que la materialidad del ilícito y la imputabilidad y responsabilidad del procesado se probaron plenamente a lo largo del sumario y del juicio, pues si se admitiera que tales extremos deben acreditarse plenamente antes de abrirse la investigación, sobraría ésta. Durante las etapas del proceso, distintas al recurso de casación, pueden y deben establecerse aquellos presupuestos, teniendo en cuenta el momento procesal para cada uno de ellos, según lo ordena el Código de Procedimiento Penal.

La jurisprudencia de la Corte en relación con las formas propias de cada juicio, ha sido uniforme. Veámoslo.

En casación de 13 de febrero de 1975, con ponencia del Magistrado, doctor Julio Roncallo de nulidad la ausencia del Ministerio Público en la audiencia pública, dijo:

"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 este, 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.

"Ahora bien: dentro de esa labor de reglamentar el proceso penal preceptúa el artículo 508 del Código sobre la materia que 'la ausencia 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 sólo 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".

En casación de 26 de julio de 1975, con ponencia del Magistrado doctor Jesús Bernal Pinzón, se expresó lo siguiente:

"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 aquella sea de tal naturaleza y calidad que entrañe un vicio sustancial, 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. Sólo 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".

En casación de Germán Enrique Bermúdez Quintero (mayo 6 de 1980), con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, y en relación con argumento similar al que ahora ha expuesto el recurrente (omisión del acto mencionada en el artículo 70 del Decreto 1188 de 1974), acogiéndose el razonamiento del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se tomó tal aspecto como mera irregularidad o falla en la instrucción, que no llegaba a invalidar ni los resultados

de ésta ni la sentencia pronunciada. Ese documento que se echa de menos se encamina, básicamente, a asegurar las huellas iniciales del hecho punible, sin que ello signifique que constituya el único cauce legal para la demostración de su existencia o de uno cualquiera de sus elementos estructurales. A este último fin suelen darse múltiples comprobaciones, tales la confesión, la peritación médico-legal, los informes policiales, los testimonios, que, en definitiva, suplen suficientemente lo dispuesto en esa disposición, la cual busca aportar una evidencia preferente pero no excluyente.

Cuanto a que la penetración de la autoridad a casa de Mercedes Grau de Restrepo, calificada de abusiva por la omisión de los requisitos legales pertinentes, lo cual vicia el ulterior decomiso de los estupefacientes allí encontrados, debe anotarse que mal podía procederse a un allanamiento, con intervención judicial, si a los agentes de la Policía Judicial se les franqueó la entrada. Y bien se sabe que este asentimiento permite ese acceso sin que la exigencia echada de menos venga al caso, pues esta se dispone por la ley para vencer la negativa de propietarios o moradores.

Por acertados e irrefutables los argumentos del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el caso de estudio, acorde con la jurisprudencia unificada de la Corte, la Sala los acoge para no casar la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, La Corte —Sala de Casación Penal—, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 12 de diciembre de 1980.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Es necesario demostrar la necesidad del cambio. No basta exponer simples suposiciones o vagos temores subjetivos, como fundamento de la solicitud

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 86, septiembre 8 de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 9 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Miguel Chaves Rey.*

Vistos

El abogado Visitador de la Procuraduría General de la Nación, adjunto a la Oficina de Purificación (Tolima), doctor Luis Angel Castro N. como parte del proceso, en calidad de Agente Especial del Ministerio Público, que cursa en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ibagué contra Luis Alfredo López Ospina, por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, recurre ante la Corte por intermedio de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, con el fin de que se conceptúe sobre el cambio de radicación del proceso por la específica disposición del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

Razones en que fundamenta su petición

a) Afirma el peticionario que el funcionario judicial Luis Avelino Cortés Forero, Juez Sexto Penal del Circuito de Ibagué, conducía el vehículo Renault 12, cuando se colisionó contra la motocicleta que guiaba Luis A. López Ospina, quienes resultaron lesionados, fijándoseles en principio quince días de incapacidad sin consecuencias ni desfiguración para López Ospina y no se sabe el resultado final de las lesiones que sufrió el juez;

b) Que el mismo día del accidente de tránsito, el juez que llevó la mejor parte en la colisión, presentó la denuncia responsabilizando al motociclista, pero reconoció que conducía en estado de embriaguez, por lo que considera el peticionario: "... Que ni siquiera fue llamado a rendir indagatoria, existiendo sobradas razones para ello, y, además, que debe considerarse que el mismo conductor de la motocicleta atribuyó la responsabilidad del accidente al juez que conducía el automóvil";

c) Continúa el peticionario haciendo mención de circunstancias irrelevantes a la cuestión, por no estar condicionados a los supuestos contemplados en la norma invocada, como no haberle permitido el Juez Segundo Penal Municipal leer el expediente, mucho menos darle copias del mismo y que por este motivo la Procuraduría le formuló cargos disciplinarios a los jueces de ese juzgado, doctores Isabel Borray Zabala y Orlando Barrero, respectivamente.

Finalmente concluye afirmando que son muchas las "... irregularidades cometidas en el cuerpo de las 'sumarias'" y termina: "A todo lo anteriormente expuesto se le suma el hecho de que al sindicado no se le ha nombrado por parte del juzgado, oficiosamente un abogado determinado que lo represente en el curso del proceso, y como si esto fuera poco ningún jurista de la localidad se ha querido comprometer a asistirlo por razones obvias ...".

Como pruebas se allegaron

Una solicitud de descargos formulada por la Procuraduría Regional de Ibagué a la doctora Isabel Borray Zabala, la Resolución número 087 de 1981, donde se solicita al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la imposición de sanciones disciplinarias a la mencionada funcio-

naria, al igual que al Secretario del mismo Despacho, señor José Manuel Cervera, para que se le impusiera sanción por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal.

Así mismo, el Procurador Regional solicita al doctor Orlando Barrera Díaz, explicar a la Procuraduría su proceder como juez en desarrollo del proceso por lesiones personales en accidente de tránsito, adelantado contra Luis Alfredo López Ospina.

Consideraciones

Ciertamente, el procedimiento incidental que se refiere al cambio de radicación es un procedimiento especial, que tiene un curso autónomo, sometido a reglas y principios, en parte distinto al juicio principal o de instancia. Se requieren condiciones de orden público y de tranquilidad para asegurar una justicia pronta y eficaz en cada proceso; y, también va comprendido el orden procesal, para no desconocer los derechos de defensa de todo procesado.

Lo anterior significa que no basta la sola manifestación de voluntad de una de las partes para cambiar de radicación, sino que se debe acreditar que el ambiente local es adverso a la práctica de pruebas y al juzgamiento en general, por circunstancias tensas y asfixiantes de intereses en juego o por las pasiones políticas. Nada de esto para hacer valer su solicitud "comprobó" el Agente Especial del Ministerio Público.

A contrario sensu, *para fundamentar su petición aduce simples sospechas relacionadas con la posible influencia personal sobre la juez y el juez que conocieron del asunto en la instrucción como juzgadores de su "Superior Jerárquico"; igualmente alega que hay irregularidades procesales, que el juez no le permitió ver el proceso y que, finalmente, tampoco le expidieron copias para él poder sustentar el recurso de apelación.*

Ninguna de las observaciones anteriores permite el cambio de radicación de un proceso, porque sospechar de influencias personales no es demostrarlas y señalar errores de procedimiento y negativas del funcionario a algunas de sus peticiones es desconocer que esos errores y esas dificultades tienen correctivos en el respectivo Código de Procedimiento.

En suma, es necesario que las circunstancias invocadas justifiquen el cambio de radicación por constituir una derogación a la competencia normal, que no puede depender de simples suposiciones y vagos temores subjetivos como lo pretende el solicitante.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, emite CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación solicitado.

Cópiese, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

Personería para recurrir en casación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 87.

Bogotá, D. E., septiembre 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Contra la sentencia del 28 de enero del presente año, emitida por el Tribunal Superior de Montería que condenó a Saúl Navarro Vergara por delitos de falsedad y estafa, interpusieron recurso extraordinario de casación el defensor de este procesado y la parte civil.

Admitido el recurso y presentadas las respectivas demandas, la Sala previo su objetivo estudio, llega a la conclusión de que la suscrita por el defensor de Navarro Vergara reúne las exigencias formales del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal y, por lo mismo, ha de aceptarse.

No ocurre lo mismo con aquella de la parte civil, pues en tratándose de sentencia condenatoria, solamente sería procedente si la acusara por cuestiones atinentes a la indemnización de los perjuicios decretados en el fallo de condena, siempre que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de ciento cincuenta mil pesos (Ley 22 de 1977). Como en el presente caso el recurrente plantea en su demanda una causal —la primera por infracción directa de la ley— que no se refiere a esta específica cuestión, evidénciase su falta de personería para recurrir, por lo que habrá de desestimarse su demanda.

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

Resuelve:

1. DECLARAR ajustada a derecho la demanda de casación presentada por el señor defensor del procesado Saúl Navarro Vergara; córrase traslado de ella por quince días a la parte no recurrente.

2. RECHAZAR la demanda de casación presentada por el señor apoderado de la parte civil y, consecuencialmente, declarar DESIERTO en su respecto tal recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION

Recusación de juez colegiado. Cómo debe tramitarse

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 87.

Bogotá, D. E., septiembre 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Mediante providencia del 6 de agosto pasado la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, integrada por los honorables Magistrados Pantaleón Mejía, Jorge Ortiz Rubio y Dídimo Páez Velandia, rechazó la recusación que les propusiera el defensor del procesado Abraham Aparicio Romero.

Resultandos y considerandos

1. *Dicen los Magistrados recusados que "la resolución será adoptada conjuntamente por los integrantes de la decisión, no sólo porque la recusación se dirige contra ella (juez Plural), sino porque es necesario dar aplicación estricta al principio de la economía procesal, habida consideración que unas mismas causas son las aducidas por el doctor Cerón Coral, de suerte que, coincidiendo en los argumentos para rechazarla, se hace funcionar el aforismo latino que reza:* Ubi aedem ratio, ibi aedem legis dispositio, *o sea que donde existe una misma situación de hecho ha de darse una misma solución de derecho".*

2. *La Sala encuentra, sin embargo, que el mecanismo de la aceptación o rechazo* colegiado *de impedimentos o recusaciones no existe en la legislación nacional. Todas las normas que sobre esta materia integran el Capítulo VI (artículos 77 a 89) del Código de Procedimiento Penal se refieren a impedimentos y recusaciones de Magistrados, jueces, conjueces, fiscales y secretarios y al individual pronunciamiento que cada uno de ellos en su oportunidad habrá de hacer respecto de unos y otras. Los artículos 83 y 85 que regulan el trámite de los impedimentos y recusaciones de Magistrados, lo hacen sobre el supuesto de manifestaciones individuales de aceptación o de rechazo; sobre esta misma premisa está asentada la solución legal de la reintegración de la Sala cuando en Tribunal colegiado se acepta el impedimento o la recusación de uno de sus integrantes.*

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

4. Necesario es, entonces, que los Magistrados recusados se ciñan al procedimiento legal en la tramitación del incidente; por ahora la Sala se halla jurídicamente imposibilitada para resolverlo.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de conocer la situación planteada por los Magistrados recusados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

MUERTE DEL PROCESADO

Cómo se acredita dentro del proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 87 de 15 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 15 de 1981.

Magistrado sustanciador: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

El procesado Marco Antonio Cadena Baltrago interpuso recurso de casación en contra de la sentencia de 8 de octubre de 1980 del Tribunal Superior de Bogotá, que le condenó a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio como autor responsable de los delitos concursantes de homicidio y robo, según hechos ocurridos en esta ciudad en la noche del 18 de agosto de 1977.

Cuando se procedía a notificar al recurrente del auto que declaró admisible el recurso dicho se supo por informes de la Dirección de la Penitenciaría Central de Colombia —"La Picota"—, que había fallecido desde el día cuatro (4) de enero anterior. En consecuencia, cuando se produjo la providencia que admitió el recurso, 10 de febrero, ya tal hecho se había producido, pero se ignoraba en el proceso.

Más tarde se obtuvo copia auténtica del acta del levantamiento del cadáver, diligencia ésta que se llevó a cabo en el Hospital de San Juan de Dios del barrio Restrepo el día cinco (5) de enero del año en curso. Con base en dicho documento se solicitó concepto del Ministerio Público en orden a la posible aplicación del artículo 76 del Código Penal vigente y del 163 del Código de Procedimiento Penal. El Procurador Primero Delegado en lo Penal emitió concepto favorable para la cesación de procedimiento en el caso de autos por muerte comprobada del procesado.

El artículo 76 del Código Penal (100, inciso 1º del derogado) establece que: "La muerte del sindicado extingue la respectiva acción penal, la del condenado, la pena; y la del inimputable, la medida de seguridad", como una concreción legal del aforismo latino: mors omnia solvit, *la muerte todo lo deshace. El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal prevé como una de las circunstancias de improcedibilidad que allí se estatuyen, el ordenamiento de la cesación de todo procedimiento contra el procesado cuando la acción penal no pueda proseguirse. La muerte, plenamente comprobada del procesado extingue la acción penal como lo dice la norma sustantiva en cita y hace imposible la prosecución del trámite procedimental por sustracción del sujeto pasivo de la acción.*

Aunque no existe la partida de defunción que es usual en estos casos, la ausencia de la misma se suple aquí con el acta de levantamiento del cadáver que resulta prueba suficiente si se tiene en cuenta su coincidencia con los informes recibidos de la penitenciaría y la concordancia aceptable de los nombres de los padres del procesado fallecido.

En lo tocante a la competencia de la Corte para declarar la extinción de la acción penal por muerte del procesado y ordenar la consecuencial cesación de procedimiento por tal motivo, la Sala afirmó su capacidad funcional para tales efectos en varias providencias antecedentes (autos de 26 de febrero de 1962, Gaceta Judicial, *Tomo XCVIII, página 178 y 10 de noviembre de 1958,* Gaceta Judicial, *Tomo LXXXIX, páginas 587 y 588). Recientemente reiteró lo dicho en auto de 13 de mayo de 1981.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, y de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

DECLARAR extinguida por muerte del procesado Marco Antonio Cadena Buitrago la acción penal que en su contra se seguía y, en consecuencia, ORDENAR la cesación de todo procedimiento en el presente caso.

Por lo declarado y ordenado en el punto anterior se DECLARA DESIERTO el recurso extraordinario de casación y se ordena la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO POR OMISION

La formal omisión en que incurre un funcionario, no configura prevaricato; para que así ocurra es necesario que se vulnere el bien jurídico de la administración pública

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 88.

Bogotá, D. E., septiembre 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el denunciante contra el auto inhibitorio proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta en relación con denuncia penal formulada contra la doctora Fanny Jáuregui de Mansilla, Juez Promiscuo de Menores de aquella ciudad.

Hechos

Se acusa a la doctora Jáuregui de Mansilla de haber incurrido en delitos de falsedad documental y prevaricatos durante el trámite de un juicio de alimentos instaurado en su despacho por la señora María Helena García contra José Eduardo Celis Hurtado.

Resultandos

Tres son los delitos que se le imputan a la juez acusada, a saber:

1. *Falsedad documental* del acta de audiencia pública celebrada en el juicio de alimentos ya indicado por cuanto ella contiene las siguientes irregularidades:

a) Precisión de que la audiencia se celebró dentro de la hora judicial prevista, lo cual no fue cierto;

b) Aseveración falsa de que el denunciante no se presentó a la audiencia, y

c) Afirmación de que la audiencia se hizo con intervención de la Secretaria del juzgado cuando en ella actuó realmente otra empleada Ana Elcida Becerra, quien al firmar hubo de borrar el nombre de aquélla —Rosa Ferreira de García— para colocar el suyo en la antefirma.

2. *Prevaricato por omisión* que se hace consistir en que no le fue notificado al demandado señor Celis el auto que decretó la audiencia pública ni se le puso en conocimiento del dictamen del Instituto de Medicina Legal sobre el estado de salud de su hijo.

3. *Prevaricato por asesoramiento ilegal* en que habría incurrido la juez al darle consejos a la demandante sobre el trámite del juicio de menores.

Durante las diligencias de indagación preliminar dispuestas por el Tribunal se practicó inspección judicial sobre el controvertido juicio de alimentos, se allegó copia auténtica de sus más importantes actuaciones, se recibieron los testimonios de la secretaria, la oficial mayor y el escribiente del juzgado de menores y se demostró documentalmente la calidad de funcionaria pública con que actuó la denunciada.

Con fundamento en tales elementos de juicio el Tribunal llegó a la conclusión de que la juez acusada no cometió delito alguno. En efecto, no hubo falsedad documental porque la audiencia se realizó en la hora judicial prevista, a ella no concurrió el denunciante y siendo la oficial mayor quien actuó como secretaria *ad hoc* en ausencia de la titular a aquella le correspondía firmar, como lo hizo, dicha diligencia. Respecto del prevaricato por omisión, dice el Tribunal que tampoco existió porque el auto que decretó la audiencia fue notificado por estado al demanda-

do y que el no haberle puesto en su conocimiento el dictamen médico legal sobre su hijo no constituye irregularidad procesal de tal magnitud que genere hecho punible. En cuanto al prevaricato por asesoramiento ilegal advierte el Tribunal que se trata de una afirmación del denunciante que carece de apoyo alguno en el expediente.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita confirmar el auto apelado por razones semejantes a las expuestas por el *a quo* en la providencia recurrida.

Considerandos

La Sala examinará los hechos en el mismo orden en que se han expuesto en precedencia, así:

a) *Falsedad documental:*

1. *Hora de celebración de la audiencia pública:* Tanto porque así lo indica el acta respectiva como porque en ese mismo sentido se pronunciaron oficial mayor y escribiente del juzgado, habrá de concluirse que la audiencia se realizó dentro de la hora judicial prevista (nueve de la mañana); la propia demandante en el juicio de alimentos si bien indica que su esposo estuvo esperando hasta la diez de la mañana y que entonces salió del juzgado, advierte que en seguida se la hizo entrar al despacho y la diligencia comenzó. A menos que se suponga que los relojes de la juez y del demandado funcionasen al unísono, es lógico suponer que la diligencia comenzó correctamente de acuerdo con el cronómetro de la funcionaria.

2. *Ausencia del demandado en la diligencia de audiencia:* Todos los testimonios recibidos —el de la demandante y aquellos de los empleados del juzgado— están de acuerdo en que el demandado Celis acudió al juzgado con su esposa y que impaciente porque la diligencia no comenzaba se ausentó cuando consideró de acuerdo con su propio reloj que eran las diez de la mañana; también aseveran, como aparece en el acta, que no estuvo presente en el decurso de la audiencia, hecho implícitamente reconocido por el propio Celis cuando advierte que al regresar al juzgado la diligencia se estaba practicando, a pesar de lo cual, no intervino en ella.

3. *Alteración del nombre de la secretaria:* Es verdad que la secretaria del despacho no asistió al juzgado esa mañana; como lo es también que la diligencia se encabezó con su nombre y que en la antefirma también se le estampó y luego borró para colocar el de la oficial mayor; pero es también cierto que fue esta empleada la que realmente intervino como secretaria *ad hoc* en la práctica de aquella diligencia y que siendo ello evidente no se incurrió en falsedad alguna pese a que se escribió por error el nombre de la secretaria titular del despacho al encabezar la diligencia y a que se lo borró torpemente de la antefirma.

b) *Prevaricato por omisión:* Demostrado está que el auto que ordenó la práctica de la audiencia pública y señaló día y fecha para su realización se notificó personalmente al defensor de menores y por estado número 216 de 24 de diciembre de 1980 a las demás partes. *En cuanto al dictamen médico-legal, debe reconocerse que no fue puesto en conocimiento del demandado, aunque ha de presumirse que lo conoció realmente porque habiendo sido rendido el 27 de febrero, con fecha 9 de marzo presentó solicitud al juzgado para que se le diera traslado de él, petición que le fue negada junto con otras en providencia del 16 de marzo en la que resuelve sobre el fondo de la demanda. En resumen, la formal omisión en que incurrió la juez acusada en este caso, no configura prevaricato porque no se vulneró el bien jurídico de la administración pública, si se tiene en cuenta que el dictamen en cuestión satisfizo la inquietud central de las partes y de la juez, pues allí se expresa que el menor "se encuentra en buen estado de salud y su desarrollo sicomotor es normal para su edad".*

c) *Prevaricato por asesoramiento ilegal:* El denunciante afirma que su esposa estuvo asesorada por la juez en el decurso del juicio de alimentos; sin embargo, tal aseveración no sólo no ha encontrado respaldo en las diligencias de indagación preliminar, sino que fue rechazada por la señora de Celis. Parece más bien que este cargo, como los otros, sea el fruto de una decisión judicial adversa a las pretensiones del demandado, pues en el juicio de alimentos se le obliga al pago de mesadas y se ordena descuento de sueldo y prestaciones sociales con el fin de hacer efectiva aquella obligación.

No sobra mencionar que estos hechos fueron también investigados administrativamente por la Procuraduría Regional de Cúcuta, entidad que luego de las averiguaciones pertinentes decidió "archivar el asunto por no existir base para la formulación de cargos ...".

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

Resuelve:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Quien lo decreta o niega es el Gobierno mediante resolución de carácter administrativo. La Corte emite concepto sobre el asunto y, por tanto, no profiere providencia, resolución, auto o sentencia alguna contra la cual el recurso de reposición pueda interponerse

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 27049.

Aprobado: Acta número 68.

Bogotá, D. E., septiembre 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

El defensor del procesado Daniel Camilo Bustos Ortega, interpuso recurso de reposición contra el concepto desfavorable de esta Sala al cambio de radicación del proceso.

Fuera de reiterar en el memorial los motivos que lo determinaron a solicitar esa medida excepcional, aduce, además, que el recurso lo intenta por cuanto la Corte plasmó su opinión adversa "... mediante auto de notifíquese ...".

Se considera

No encuentra la Sala inconveniente en reconocer que sólo en apariencia el concepto que antecede y que motiva este recurso de reposición se encuentra vertido en un auto interlocutorio por aquello de que está fundamentado, porque parece acuñar una decisión de no favorabilidad al cambio de radicación del proceso y porque contiene la orden de su notificación como lo exige un pronunciamiento de tal naturaleza.

Esa apariencia, resulta engañosa. Al efecto, basta recordar:

Cuando el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal dispone que podrá el gobierno de acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 45 del mismo estatuto que podrá el Gobernador del departamento de acuerdo con la Sala Penal del Tribunal Superior respectivo, cambiar la radicación de un proceso penal, se están refiriendo de manera clara a tres situaciones:

1. *Que es el gobierno nacional, o en su caso el departamental, el que podrá en definitiva disponer, por medio de resolución motivada, el cambio de radicación de un proceso.*

2. *Que en estas incidencias las Salas Penales de la Corte y del Tribunal respectivo, simplemente emiten conceptos al respecto, y*

3. *Que el cambio de radicación lo debe resolver el Ejecutivo "de acuerdo" con aquellas entidades judiciales.*

Todo esto conduce a precisar que para que la jurisdicción y el Ejecutivo obren "de acuerdo", aquella no puede expresar su punto de vista sobre el asunto sino por medio de un concepto y no como se pretende con un auto interlocutorio, porque al tenor del artículo 169-2 del Código de Procedimiento Penal las providencias que se dicten en el proceso penal son interlocutorias "si resuelven algún incidente o cuestión del proceso" y, si bien, el cambio de radicación es un incidente, ni la Corte ni los tribunales son los llamados a resolverlo, pues, finalmente, quien lo decreta o lo niega es el gobierno mediante resolución de carácter administrativo.

No puede expedirse ese concepto por medio de un auto porque en tal evento habría que concluir que la Rama Jurisdiccional estaría decidiendo por sí sola, cuando, como lo dispone la ley, ella y el Ejecutivo deben proceder "de acuerdo" para que pueda resolverse sobre el cambio de radicación de un proceso.

En consecuencia, si los medios de gravamen, o sean, los recursos ordinarios (apelación, reposición y de hecho) sólo proceden contra providencias judiciales y el concepto emitido en este asunto por la Sala Penal de la Corte no es providencia, resolución, auto o sentencia, hay razón suficiente para considerar que nada tiene que entrar a decidir esta Corporación, a no ser para declarar la impertinencia del recurso de reposición propuesto, porque como lo dijo Fedro:

"Non semper ea sunt quae videntur"

(Las cosas no siempre son lo que parecen).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA que no es pertinente el recurso de reposición contra el concepto de esta Corporación del 13 de agosto del año en curso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

UNIDAD PROCESAL

La unidad procesal sólo puede mantenerse, cuando se dan los presupuestos probatorios, procesales o temporales necesarios para que el hecho cometido en concurso pueda ser simultáneamente juzgado y fallado en la misma oportunidad procesal, mas no cuando pueda entorpecer la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 088.

Bogotá, D. E., septiembre 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El doctor Heriberto A. Orozco Ocampo, en denuncia presentada el treinta y uno (31) de marzo de este año ante el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Barranquilla, acusó al doctor Roberto Paccini Solano, Gobernador del Departamento del Atlántico, de la comisión de un delito de prevaricato consistente, fundamentalmente, en haber resuelto la situación jurídica de unos contraventores al Decreto legislativo número 2144 de 1978, los señores Dennis Ray Tedder, Walter Paul Greenquist y Jorge Fernández Franqui, mediante dos (2) resoluciones diferentes, una respecto de Fernández y de Tedder y la otra en cuanto a Greenquist, y, por consiguiente, "sentando de esta manera absurdas jurisprudencias y violando de paso el principio de la unidad de la Sentencia, ya que se trata de un mismo delito, donde los sindicados son todos conocidos y los cuales se encuentran en este momento capturados en las dependencias del DAS de esta ciudad" y siendo que, además, la condena de los contraventores se produjo sin que, a su juicio, se subsanaran graves errores en la investigación, llena de "irregularidades o ilegalidades que hacen que la detención de los sindicados sea abusiva y que la actuación del funcionario del conocimiento esté considerada por el Código de Procedimiento Penal (sic) como delictuosa".

La Corte, mediante auto de 3 de junio del año en curso, con fundamento, para los fines y dentro del término señalado en el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, dispuso la práctica de algunas diligencias preliminares, cumplidas las cuales procede a decidir si hay lugar a abrir la investigación penal solicitada por el denunciante.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia de la actuación cumplida por la Gobernación del Departamento del Atlántico son los siguientes, reiteradamente expuestos en las varias resoluciones proferidas por ese despacho con sujeción a las pruebas practicadas dentro de la respectiva investigación:

"... El Comando Aéreo de Combate III FAC, por oficio 451 de febrero 27 de 1981 signado por el Mayor Fernando Caballero Cubillos, puso a disposición de la Gobernación del Atlántico a los señores Dennis Ray Tedder, Walter Paul Greenquist y Jorge Fernández Franqui, ciudadanos extranjeros, y a la aeronave tipo B-26 matrícula N6836D de la cual eran tripulantes los antes mencionados señores por presuntas violaciones a los Decretos 2144 de 1978 y 402 de 1979. En su informe las autoridades militares CACOM III FAC manifiestan que el señor Walter Paul Greenquist, quien venía como piloto de la aeronave B-26 N6836D no portaba pasaporte a su arribo al aeropuerto Ernesto Cortissoz de Barranquilla y que había manifestado haber decolado aproximadamente a las 13 horas del día 26 de febrero de 1981 del Aeropuerto Bimini, Esta-

dos Unidos con destino a Aruba e informa de igual manera el Comando de la FAC que el señor Walter Paul Greenquist solamente portaba tarjeta de identificación y documento como Mayor retirado de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos. En el mismo informe manifiesta el Comandante CACOM III que el señor Dennis Ray Tedder presuntamente de nacionalidad norteamericana, quien venía como copiloto del avión B-26 N6836D no portaba pasaporte, sólo tarjeta de identificación como piloto de la compañía Mountain West Airlines, tarjeta de Security Permity de la compañía antes mencionada y una licencia para obtener equipos de radio. En el mismo oficio manifiestan las autoridades militares que el señor Jorge Fernández Franqui de nacionalidad cubana no comprobada, sólo portaba Tarjeta de Residente en los Estados Unidos número A13365765 ...".

"... El Mayor Fernando Caballero Cubillos manifiesta en su informe, a su juicio, que los tres ciudadanos extranjeros antes mencionados que venían como tripulación de la aeronave B-26 N6836D no presentaron el plan de vuelo requerido por las autoridades y que tampoco se había cumplido con el requisito de que la aeronave se reportara a las estaciones de obligación en la ruta Estados Unidos, Aruba o Colombia, cuales son Miami, Curazao, Puerto Príncipe y que estas estaciones habían manifestado no tener conocimiento de la aeronave B-26 N6836D ni haber tenido contacto con ella por radio. Informa de igual manera el Comandante CACOM III que la aeronave B-26 N6836D se internó en el espacio aéreo colombiano sin tener autorización de la Aerocivil colombiana y que en poder del piloto se había encontrado un mapa en donde aparecen marcadas la península de la Guajira colombiana y las coordenadas de pistas clandestinas de aterrizaje, mapa que fue anexado al informe ...".

II. Los infractores fueron acusados de la violación de cuatro de las conductas señaladas en el literal a) del artículo 1º del Decreto legislativo número 2144 de 1978, conforme al cual:

"... Artículo 1º Sin perjuicio de las acciones penales a que hubiese lugar, incurre en contravenciones y por consiguiente será responsable, salvo fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad competente o enajenación mental:

"... a) La tripulación y el dueño, tenedor o explotador de aeronave de servicio privado o comercial que:

"... ... ...".

"... 2º Sea operada sin llevar a bordo los documentos que acrediten su nacionalidad y la autorización del plan de vuelo correspondiente y demás documentos que exijan los reglamentos aeronáuticos ...".

"... ... ...".

"... 4º Emprenda vuelo o lo varíe sin autorización o sin el plan de vuelo correspondiente, sin notificar tal decisión a una torre de control ...".

"... 5º No presente, después de aterrizar, la documentación reglamentaria a las autoridades competentes ...".

"... ... ...".

"... 7º Use indicativos, letras o números distintos a los que correspondan a la matrícula legal de la aeronave ...".

III. El trámite procesal correspondiente fue, además, cumplido con sujeción a las disposiciones de los artículos 5º del Decreto 2144 de 1978 y 2º y siguientes del 402 de 1979, salvo en cuanto a las versiones rendidas inicialmente por los inculpados Walter Paul Greenquist y Dennis Ray Tedder, que fueron recibidas bajo juramento, irregularidad que la Gobernación subsanó oportunamente, sin embargo, reponiendo las diligencias con las formalidades legales y, cumplidas éstas, agotando el procedimiento con las Resoluciones números 139 de 24 de marzo y 142 del 25 del mismo mes, por medio de las cuales, entre otras determinaciones, se ordenó el decomiso de la nave a favor de la Fuerza Aérea Colombiana y se impuso a los señores Dennis Ray Tedder y Jorge Fernández Franqui sanción pecuniaria de dos millones y medio de pesos ($ 2.500.000.00) en la primera y al señor Walter Paul Greenquist una sanción por igual suma en la segunda, únicas intervenciones cumplidas por el Gobernador acusado dentro del asunto, pues éste, como consta en el acta de posesión de su empleo, asumió las funciones de Gobernador a las cuatro de la tarde del día 23 de marzo y las resoluciones, como se deja visto, fueron proferidas el 24 y el 25 siguientes.

Considerandos

1. De los hechos y trámite que la Sala deja brevemente expuestos, es fácil advertir que la actuación cumplida por los Gobernadores del Departamento del Atlántico que intervinieron en la iniciación, trámite y fallo del asunto, doctores Pedro-Martín Leyes, Josefina González Mendoza y Roberto Paccini Solano, estuvo ceñida a los presupuestos, términos y sustanciación señalados

en el Decreto legislativo número 2144 de 1978, unas de cuyas conductas, las descritas en los ordinales 2º, 4º, 5º y 7º del literal a) del artículo 1º consisten en operar aeronave sin llevar a bordo los documentos exigidos por los reglamentos aeronáuticos, en emprender vuelo o variarlo sin autorización, en no presentar, luego de aterrizar, los documentos reglamentarios y en usar indicativos distintos a los que corresponden a la matrícula legal de la aeronave, violaciones sancionadas con multas de cien mil pesos ($ 100.000.00) a cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00) y decomiso de la aeronave utilizada para cometer las contravenciones, sanciones que no se excluyen entre sí y que, por tanto, deben aplicarse conjuntamente conforme al artículo 2º del mismo decreto, cuyo trámite, breve y sumario, señalado en el artículo 5º, con las modificaciones introducidas por el Decreto 402, aparecen todas cumplidas en la actuación adelantada por la Gobernación del Departamento del Atlántico.

2. *No es "contraria a la ley" (artículo 168 del Código anterior) ni "resolución (...) manifiestamente contrario(a)" a ella (artículo 149 del actual), el proferimiento respecto de uno o de varios acusados de dos o más autos, sentencias o resoluciones sucesivas si, como lo ha venido sosteniendo la Corte, la unidad de procesos o de decisiones no es materialmente posible, por oponerse a esa deseable unidad factores que escapan a la voluntad y propósito de los juzgadores.*

El hecho de que el Gobernador Paccini Solano no hubiese podido decidir en una misma resolución, sino en dos sucesivas, la situación jurídica de los tres infractores, por hallarse enfermo uno de éstos, como se consiguó en la número 139 y como resultado de cuya situación se señaló para oír sus descargos la fecha de 24 de marzo, día en que se expidió aquella resolución, no puede considerarse determinación manifiestamente contraria a la ley, sino ajustada a ella, como de acuerdo con el procedimiento penal y con doctrina al respecto como la propia Corte lo advirtió, en su oportunidad, la Gobernación del Departamento del Atlántico en la Resolución número 156 de 3 de abril del año en curso, por medio de la cual no se accedió a decretar la nulidad solicitada con ese mismo fundamento por uno de los apoderados de los acusados:

"... El peticionario invoca como nulidad constitucional, porque 'vulnera los derechos del imputado', el hecho de que por Resolución número 139 de marzo 24 de 1981, se sancionó a Dennis Ray Tedder y Jorge Fernández Franqui, como contraventores del decreto varias veces citado, y a Walter Paul Greenquist por Resolución número 142 de marzo 25 de 1981, adunciendo el desvertebramiento de la unidad procesal, toda vez que se debió adoptar la decisión en una misma resolución y no como en la práctica ocurrió ...".

"... Con fundamento en el Procedimiento Penal, se contempla la hipótesis de unidad del proceso penal cuando versa sobre un delito y un procesado; de un delito y varios procesados; de varios delitos y un procesado y de varios delitos y varios procesados, lo cual significa, según el caso, que el proceso será uno solo tanto para la investigación como para el juicio o en tratándose de delitos no conexos que se investiguen separadamente se acumulan en el juicio o siendo conexos se investigan y fallan en un mismo proceso (artículos 167 y 168, Procedimiento Penal) ...".

"... Desde luego que por tratarse de materia que atiende a la economía procesal, al conocimiento unitario de los hechos materia de investigación, al análisis conjunto de la masa probatoria recaudada, la ley previene la formación de un solo proceso, salvo las excepciones legales, es decir, un solo camino que lleve a la decisión final, lo cual no se opone que existan varias providencias ya sean condenatorias o absolutorias, como acontece cuando al calificar el mérito del sumario unos de los sindicados son llamados a juicio y otros sobreseídos temporalmente, por lo que la sentencia condenatoria o absolutoria referente a los primeros puede, y así acontece, es proferida con anticipación de los que han sido sobreseídos, sin que para ello pueda invocarse un 'desvertebramiento' de la unidad procesal que genere una nulidad constitucional ...".

"... Esta rígida interpretación no se encuentra a tono con la misma normatividad procedimental que precisa que 'para la investigación y falla de cada delito se formará un solo proceso', con lo cual se pretende, y ello sería lo deseable, que una decisión final —llámese sentencia o resolución— se comprenda en una misma materialidad como lo pretende el impugnante, pero que, de no ocurrir así, ello no conlleva a la quiebra de la unidad jurídica como se explicó anteriormente ...".

"... Así las cosas, las dos resoluciones a que se hizo mención, no producen los efectos nugatorios que se les pretende atribuir y porque no habiéndose oído en descargos a Walter Paul Greenquist hasta el 24 de marzo, mal se hubiera hecho decidirle su situación cuando para esta fe-

cha no había entrado a defenderse de los cargos. Un procedimiento de esta naturaleza, como se insinúa, sí es violatorio del derecho de defensa, asunto que en su oportunidad, hicieron valer los apoderados ...".

Así, en efecto, lo ha venido sosteniendo la Corte en varias de sus decisiones, en una de las cuales precisó:

"... En no escasas oportunidades ha recordado la Corte que respetando el principio de la litis consorcio o de la llamada continencia de la causa, debe definirse la situación jurídica del ciudadano o ciudadanos respecto de quienes la prolongación de la investigación, motivada por la existencia de otro u otros elementos probatorios de la imputabilidad o de la inocencia, podría lesionar su derecho constitucional de ser juzgados a la mayor brevedad posible, lo cual en manera alguna significa que se rompa la unidad del proceso ...".

(Gaceta Judicial, Tomo CXLVIII, números 2378 a 2389, página 791).

Giovanni Leone, con mayor amplitud, advierte que es procesalmente posible la existencia de pluralidad de procesos por un solo delito cometido en concurso de personas, sin que se quebrante con ello principio legal alguno:

"a) Si se procede separadamente por un delito (o naturalmente, por varios delitos, que es lo mismo) cometido por varias personas en concurso entre sí ...".

"... ... ...".

"... El caso en examen refleja también los delitos plurisubjetivos, cuya noción es distinta de la del delito concursal ...".

"... La hipótesis de una pluralidad de procesos por un delito cometido por varias personas (concurso de personas), que vuelve a ofrecer el artículo 413 por una razón meramente explicativa, constituye un caso de conexión. En efecto, nuestro ordenamiento procesal está construido en forma que no se pueda excluir que en el caso de concurso de varias personas en el delito se puedan dar varios procesos separados (incluso no se puede excluir tampoco que varios procesos se separen también en el tiempo, pudiendo haber un proceso a cargo de un partícipe en el delito iniciado con posterioridad al fallo respecto de otro partícipe). El fenómeno es de desear que se evite sobre todo en consideración a un eventual conflicto de fallos; pero es posible y no presenta más que una situación de conexión. La unicidad del delito no consiente excluir la conexión sobre la base de la consideración de que no se pueda hablar de conexión allí donde hubiera debido ser único el proceso; no pudiéndose confundir la conexión procesal con situaciones de derecho sustantivo ...".

"... Es claro que ésta constituye la hipótesis máxima de conexión, dada la identidad del delito y, por tanto, la identidad de la indagación en lo que concierne a la declaración de certeza del hecho y a su calificación jurídica ...".

(Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, página 397).

No debe perderse de vista, además, que la propia norma que acoge el principio de la unidad del proceso penal dispone su aplicación "salvo las excepciones legales" (artículo 167 del Código de Procedimiento Penal) de modo que resulta a todas luces exagerado suponer que su inobservancia origine nulidad alguna, menos de orden supralegal.

La finalidad perseguida por aquella disposición sólo puede realizarse en la práctica, en efecto, cuando se dan los presupuestos probatorios, procesales o temporales necesarios para que el hecho cometido en concurso pueda ser simultáneamente juzgado y fallado en la misma oportunidad procesal; cuando se presentan factores de hecho o de derecho que impiden la calificación o fallo conjunto de la delincuencia, el principio de la economía procesal que inspira la unidad del procedimiento, como ya lo ha dicho la Corte:

"... ha de ceder su lugar a otros fines y principios procesales de análogo valor, algunos de los cuales se refieren a la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados, a la conveniencia de que los procesados puedan defenderse prontamente de los cargos que existan en su contra tan pronto aparezca la prueba necesaria para formularlos y a la necesidad de que el adelantamiento del proceso, cuando es posible, no quede indefinidamente postergado a la espera de la prueba necesaria sobre los otros u otros hechos, o de la requerida para la formulación de la acusación, o del fallo, por todos ellos ...".

(Casación de 8 de marzo de 1981, Proc. número 26250).

Si esto se predica del procedimiento penal, con mayor razón de aquellos puramente contravencionales, como el seguido en el caso de autos por violación a las disposiciones de los Decretos 2144 y 402 de 1978 y 1979, respectivamente, evento este en el cual no hubo, tampoco, dos procesos diferentes, sino uno solo, con dos resoluciones, una para cada uno de los coautores.

Bastan las anteriores consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTENGA de abrir investigación penal contra el doctor Roberto Paccini Solano, Gobernador del Departamento del Atlántico, como se abstiene en efecto de hacerlo, por no ser delictuosos los hechos de que lo acusa el denunciante.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL

El dolo en esta clase de infracciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 27026.

Aprobado: Acta número 88 de septiembre 17 de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Valledupar su providencia de 29 de mayo del año en curso, por medio de la cual sobreseyó temporalmente, por segunda vez, en favor del doctor Andrés Beltrán Cárdenas ex Juez Municipal de La Paz por el presunto delito de falsedad documental, según actos ejecutados cuando desempeñaba, en el mes de noviembre de 1977, el cargo en referencia.

El presente proceso se inició a virtud de denuncia que, ante el Tribunal mencionado, presentó, en memorial de 21 de noviembre de ese mismo año, la señora Helys Zuleta de Zuleta, quien había desempeñado las funciones de secretaria en el juzgado cuyo titular era la persona denunciada.

El Tribunal, en auto de primero de marzo de 1980, sobreseyó definitivamente en favor del sindicado Beltrán Cárdenas por lo que hace a la acusación de prevaricato que le había hecho la denunciante y temporalmente por el delito contra la fe pública que se deja citado. Abierta de nuevo la investigación por lo que hace a este último ilícito, se calificó por medio de la providencia que es ahora materia de examen.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que, siendo Andrés Beltrán Cárdenas, Juez Promiscuo Municipal de La Paz, recibió un memorial pidiéndole que presenciara y autenticara la firma de ciudadanos que suscribían una petición a la Asamblea Departamental de Cesar para que se creara el Municipio de San Diego, segregándolo del de La Paz.

Con tal fin y luego de dictar un auto disponiendo el traslado del juzgado a varios de los pueblos y caseríos de la proyectada comprensión municipal de San Diego, el juez Beltrán Cárdenas se ocupó, durante varios sábados y domingos en ir, al parecer sin ayuda de su secretaria, la actual denunciante, a dichos lugares donde las gentes, en su presencia, firmaron el memorial correspondiente, firmas que pueden verse a folio 320 del segundo cuaderno original y que alcanzaron una cifra un poco superior a las cuatro mil.

Posteriormente y en la sede de su juzgado, Beltrán Cárdenas selló cada una de las hojas en que constaban las firmas y las envió, por medio de oficio número 1095 de 13 de octubre de 1977 en el que manifestaba que dichas firmas eran auténticas por cuanto habían sido puestas en su presencia por cada una de las personas que allí aparecían y que eran residentes en los corregimientos de San Diego y Media Luna y los caseríos de El Desastre, Las Pitillas y Los Brasiles todos los cuales se habían identificado con las cédulas que con cada nombre aparecían (folio 231).

Ocurrió empero que dos de las personas cuyos nombres aparecían en los pliegos, a saber Carmen Pérez Arañjo y Norberta Zuleta viuda de Oñate, manifestaron (folios 152 y 311 respectivamente) que no habían firmado y el abogado Efraín Aponte Martínez, quien intervino en el presente proceso como Juez de Instrucción Criminal, expresó que había visto su firma en las mencionadas hojas y que si bien era cierto que él había firmado, no lo era, en cambio, que lo

hubiera hecho en presencia del juez, como éste lo aseguraba en el oficio atrás mencionado.

De otra parte, se constató que a folio 259 aparecía la firma de Nelson Guerra, siendo así que Nelson Guerra Zuleta había muerto en octubre de ese mismo año (folio 78).

Interrogado sin juramento Beltrán Cárdenas sobre los hechos que se dejan resumidos, manifestó ser cierto que él se había trasladado a los lugares que menciona en su oficio y que en su presencia habían firmado el memorial petitorio de la creación del Municipio de San Diego más de cuatro mil personas, cuya identidad había constatado con la presentación de la respectiva cédula de ciudadanía.

Así mismo expresó que entre una de esas diligencias y otra, ya que había empleado varios sábados y domingos en ellas, los papeles correspondientes habían permanecido en una gaveta de su escritorio dentro del juzgado con la circunstancia de que ni aquélla ni éste tenían seguridades de ninguna especie, por lo que era factible que hubiera penetrado alguna persona a intercalar pliegos entre las hojas del referido memorial sin que él se diera cuenta de ello, circunstancia por la cual no se percató de que entre las firmas estuvieran las de las personas mencionadas.

A folios 517 y siguientes del cuaderno número 2 principal, aparece copia auténtica de la Gaceta del Cesar en la cual obra la Ordenanza número 002 de 17 de noviembre de 1977, por medio de la cual se creó el Municipio de San Diego, segregándolo del de La Paz.

En providencia de 27 de abril de 1979, el Tribunal Superior de Valledupar, dispuso sobreseer definitivamente en favor del sindicado Andrés Benigno Beltrán Cárdenas, por el delito de prevaricato.

Pero, al mismo tiempo, abrió causa criminal en su contra por el de falsedad documental y dispuso su detención preventiva por este cargo.

Posteriormente y ante petición del apoderado del procesado, revocó dicho enjuiciamiento y, en su lugar, sobreseyó temporalmente ordenando la reapertura de la investigación.

Para esta nueva etapa investigativa, dispuso recibir la declaración de Argemiro Murgas, a quien el doctor Aponte Martínez cita como testigo de que él había firmado en Valledupar y no en San Diego. Así mismo ordenó practicar exámenes grafológicos en las firmas de Norberta Zuleta de Oñate y Carmen Pérez Araújo para determinar su autenticidad y dispuso un careo entre Electa de Jesús Arzuaga y la denunciante Helys Zuleta de Zuleta para aclarar por qué esta última dijo haber visto a la primera poniendo un sello en las hojas del memorial petitorio, lo que ella niega.

También ordenó recibir las pruebas solicitadas por el propio sindicado (folios 511 y 512) tendientes, según él mismo lo expresa, a demostrar "que no tuvieron incidencia ni oficio las hojas que contenían las firmas, en la creación del Municipio de San Diego" ya que, según lo venía alegando tanto personalmente como por intermedio de su apoderado, dicha creación se hizo con base en el artículo 6º de la Ley 14 de 1969 que permite la creación en municipio de poblaciones que no tienen los requisitos constitucionales o legales, como era el caso de San Diego, cuya población no alcanzaba a los 25.000 habitantes (folio 507 ibídem).

En esa providencia, como en la que ahora se revisa, también salvó voto la Magistrada doctora Alix Cecilia Daza de Díaz por considerar que debió mantenerse el auto de proceder por el delito de falsedad en documentos.

Ninguna de las pruebas que se dejan mencionadas fue recaudada durante la segunda etapa investigativa y así llegó el proceso a la nueva calificación que, como se deja dicho, se hizo sobreseyendo por segunda vez, en favor del inculpado.

Se hace hincapié, en la providencia revisada, en el hecho de que el oficio número 1905 de 13 de octubre de 1977 dirigido por éste al Presidente de la Asamblea Departamental del Cesar, es un documento público y que en él al sindicado hizo la afirmación de ser auténticas las firmas recolectadas, lo cual llevó a cabo "bajo la creencia absoluta, dice el Tribunal, de la validez jurídica de la casi autenticidad del conjunto de firmas recolectadas para los fines jurídicos consabidos".

Pero encuentra el *a quo* que no se sabe si las firmas atrás mencionadas (Aponte Martínez, Norberta Zuleta viuda de Oñate y Carmen Pérez Araújo) son auténticas, ni quién suplantó la de Nelson Guerra, por lo cual estima que no está demostrado el cuerpo del delito de falsedad documental y decide sobreseer temporalmente por segunda vez.

En el presente grado de jurisdicción, el Procurador Tercero Delegado Penal solicita la confirmación de la providencia consultada, basándose en los vacíos probatorios anotados por el

Tribunal y en que no puede descartarse la versión del sindicado de que por causa de la inseguridad en que se guardaban los pliegos con las firmas, bien pudieron suplantarse varias hojas de los mismos.

Consideraciones de la Corte

A juicio de la Sala, sea que se acepte la hipótesis del sindicado, esto es, que una o más hojas con firmas hubieran sido suplantadas valiéndose de la falta de seguridad tanto en el local del juzgado como en la gaveta del escrito donde se guardaban o la de que de cualquier otra manera hubieran sido puestos en estos los nombres de las personas que alegan no haber firmado, si es que, en verdad, no firmaron y que la firma de Nelson Guerra corresponda a quien había muerto un mes antes y no a un homónimo, todo lo cual es perfectamente posible, es lo cierto que, por parte alguna, aparece siquiera insinuado, que el ex Juez acusado hubiera procedido dolosamente.

La verdad es que éste se trasladó a los diversos sitios que se dejan mencionados y durante varios días se dedicó a recibir firmas de los vecinos que estaban de acuerdo con que, segregándolo de La Paz, lugar de residencia del juez, se creara un nuevo municipio que, al parecer, no cumplía con los requisitos exigidos en materia de población, presupuesto, etc. y que debió ser erigido por vía de excepción. O sea que no hay duda de que la casi totalidad de las firmas recaudadas son auténticas.

Mucho significa que entre 4.247 firmas sólo tres hubieran sido cuestionadas de falsas y que éstas correspondieran a habitantes de la cabecera del municipio desmembrado.

El reducido número de firmas dubitadas da sólida base para aseverar que el funcionario acusado procedió sin dolo ya *que para que exista el elemento subjetivo propio de la falsedad documental se necesita no sólo el conocimiento de estar faltando a la verdad y la intención de llevar a cabo una alteración de la misma, el conocimiento del valor probatorio del documento y el propósito de disminuirlo o alterarlo para causar un perjuicio a los derechos a que él sirve o puede servir de prueba.*

Ese complejo proceso psicológico no aparece por parte alguna en el caso de autos y de ahí que, estando prácticamente agotada la investigación, pues las pruebas ordenadas no cambiarían ese aspecto fundamental de los hechos, deba reconocerse la inexistencia del delito por falta de uno de sus elementos como es el subjetivo.

Eso significa que, el hecho no puede ser considerado como delictuoso y deba procederse conforme lo estatuye el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal por corresponder a la hipótesis final del numeral primero de esa disposición.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelva:

Primero. REVOCAR el sobreseimiento temporal consultado.

Segundo. SOBRESEER definitivamente en favor de Andrés Beltrán Cárdenas por el cargo de falsedad documental investigado en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, no contempla en ninguna de sus hipótesis, la cesación de procedimiento por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad. Casos en que procede

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 88, 17 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Por vía de apelación, interpuesta por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, revisa la Corte la Providencia de fecha 17 de marzo de 1981, por medio de la cual ordenó la cesación de todo procedimiento respecto del proceso que se adelanta contra el doctor Félix Hernán Roldán Saicedo, Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad, por considerar inexistente el delito a él atribuido, en razón de ausencia de culpabilidad.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la revocatoria del auto impugnado, pues estima que las pruebas hasta ahora aportadas al proceso no permiten predicar la aludida ausencia de culpabilidad en el comportamiento del funcionario acusado.

Hechos y actuación procesal

En pasada ocasión la Corte los narró de la siguiente manera:

"El Juez Segundo Civil Municipal de Buga, doctor Félix Roldán Saicedo, mediante Resolución número 002 de 13 de marzo de 1980, sancionó con 12 días de arresto al abogado en ejercicio Carlos Cobo Bejarano, por cuanto éste lo agredió físicamente en uno de los pasillos de los despachos judiciales en dicha localidad, en presencia de Gloria Barbery Guzmán, Oficial Mayor del Juzgado, y el doctor José Omar García Díaz, Fiscal Segundo Superior. Esta determinación la fundamentó el juez en la facultad contenida en el artículo 309 de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal). Ordenó, igualmente, poner los hechos en conocimiento del Tribunal Superior para los fines del artículo 50 del Decreto 196 de 1971 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía).

"De la resolución se notificó el doctor Cobo Bejarano el 5 de mayo de 1980 y al día siguiente confirió poder al doctor Alvaro Mena Delgado para los efectos de su defensa, quien presentó el 7 de mayo del presente año, su solicitud de reposición de la decisión sancionatoria.

"Como no se resolvía oportunamente el recurso de reposición, el abogado sancionado, se quejó ante la Procuraduría Regional. El abogado Visitador comisionado practicó visita especial al juzgado del cual es titular el acusado Félix Roldán Saicedo, la cual se llevó a efecto el día 11 de junio del presente año y se percató de que hasta ese momento el juez Roldán Saicedo no había resuelto el recurso interpuesto contra la mencionada resolución. La visita en forma no pudo efectuarse ese día porque el juez expresó que tenía que salir de su despacho a cumplir una comisión. Al ser levantada, el día 27 de ese mismo mes, la correspondiente acta, se comprobó que el juez resolvió acerca del recurso el día once, presumiblemente una vez que el visitado abandonó su despacho (folio 36 de las diligencias número 26363).

"Al efecto, el funcionario acusado profirió una nueva resolución (número 005 de 11 de junio de 1980), por medio de la cual determinó no san-

cionar al doctor Carlos Cobo Bejarano, basado en que 'el artículo 310 de la Ley 4ª de 1913, en su inciso 4º, establece que quien impone una pena correccional con fundamento en el artículo 309 ibídem, puede en cualquier momento revocar su resolución, o rebajar la pena, o de oficio o a solicitud de parte'. En otros términos, revocó su anterior decisión.

"Quedó establecido también en el expediente que desde tiempo atrás el juez Roldán Salcedo se venía declarando impedido en todos aquellos asuntos en que intervenía como apoderado el doctor Alvaro Mena Delgado. No obstante, no lo hizo en este caso, en el cual el mismo profesional estaba interviniendo en el trámite del recurso de reposición contra la resolución que sancionó a su patrocinado doctor Carlos Cobo Bejarano.

"Contra el juez fueron presentadas ante el Tribunal Superior de Buga dos denuncias con base en estos mismos hechos. La primera la formuló el abogado sancionado, doctor Carlos Cobo Bejarano, quien deduce de ellos que el funcionario cometió un delito de abuso de autoridad, por cuanto no resolvió oportunamente el recurso de reposición interpuesto por su apoderado, y que sólo vino a quedar desatado el mismo día en que la Procuraduría inició visita a su juzgado en razón de la queja que él mismo formuló. La segunda denuncia la instauró el apoderado de Cobo Bejarado, doctor Alvaro Mena Delgado, para quien el funcionario acusado incurrió en el delito de prevaricato, consistente en no haberse declarado impedido, como era su deber, y lo había venido haciendo antes sin excepción, para decidir acerca de la reposición interpuesta. La causal que generalmente motivó los anteriores impedimentos fue la de la grave enemistad a que se refiere el artículo 142, ordinal 9º del Código de Procedimiento Civil.

"El Tribunal ordenó, en los dos asuntos, la práctica de varias diligencias para los efectos expresados en el artículo 2º de la Ley 17 de 1975. Así se estableció la existencia de los hechos en la forma como quedaron descritos y la calidad de Juez Segundo Civil Municipal de Buga que tenía, para la época de estos, el doctor Roldán Salcedo" (folios 10, 11 y 12 del cuaderno número 3 de la Corte).

Mediante autos de 8 y 22 de julio de 1980 el Tribunal Superior de Buga se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Félix Hernán Roldán Salcedo, determinación que fue apelada por los denunciantes.

La Sala, por auto en que revisó las dos providencias inhibitorias, por tratarse de unos mismos hechos, decidió confirmar la determinación del Tribunal respecto del delito de prevaricato y revocarla en relación con el delito de abuso de autoridad para que, en su lugar se abriera la correspondiente investigación penal (folio 19 ibídem).

Iniciado legalmente el sumario y practicadas algunas pruebas, el Tribunal, en desacuerdo con su colaborador fiscal, decidió dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, mediante providencia que revisa ahora la Corte en virtud del recurso de apelación interpuesto.

Para el Fiscal recurrente aún no se ha obtenido una satisfactoria explicación de la conducta del doctor Roldán Salcedo, por lo cual se impone la prosecusión de la investigación en orden a unos mayores elementos de juicio para dilucidarla con alcances definitivos (folios 70 a 73 del cuaderno principal).

El Tribunal estima, en cambio, que existe fundamento en el proceso para predicar lo contrario.

La argumentación central de la providencia a ese respecto se encuentra contenida en los siguientes apartes:

"Es suficientemente explícito el doctor Félix Hernán Roldán Salcedo en su declaración juramentada al hacer hincapié en que para sancionar al doctor Carlos Cobo Bejarano no albergó sentimientos vengativos, sino que trató de sujetarse a la equidad y a los preceptos legales, así se hubiera equivocado. Por ello no vaciló en revocar la resolución sancionatoria y dejó que el Tribunal se pronunciara sobre el comportamiento asumido en su contra por dicho profesional cuando lo atacó en los pasillos donde, en esta ciudad, funcionan los juzgados. Y si aplicó, agrega, la norma genérica del Código de Régimen Político y Municipal, en vez de la especial consagrada en el Código de Procedimiento Civil para los casos de irrespeto a los jueces de la República, fue porque conceptué le era aplicable a su caso y no la del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil que es para cuando se es irrespetado en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. Mi criterio es que la facultad del Código de Régimen Político y Municipal es para los irrespetos a la autoridad ... que se tiene no solamente en el despacho sino en el mismo edificio en el cual se desempeña ..." (folio 86).

"Si el funcionario se equivoca en la aplicación de la ley, ello no se puede interpretar, aislada y

forzosamente, como un acto constitutivo de delito cuando, de otra parte, está ausente el elemento intencional. De lo contrario, la simple revocatoria o anulación por el Superior de una providencia en que se aplica una determinada norma en lugar de otra estimada como jurídicamente conducente al caso controvertido, vr. gr., cuando se incurre en error en la calificación jurídica de los hechos, conllevaría, consecuencialmente, el compulsamiento de copias para investigar penalmente la conducta del juez. Por eso, el error de interpretación acometido de buena fe, jamás constituye infracción penal".

"... Debido, pues, a que la conducta desplegada por el doctor Félix H. Roldán Salcedo, en su condición de titular del Juzgado Segundo Civil Municipal de esta ciudad, no es culpable, y las explicaciones suministradas por él en su declaración jurada han despejado las dudas planteadas por la honorable Corte, motivantes de la apertura investigativa, procede entonces dar aplicación al mandato contenido en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, apartándose, muy respetuosamente, del concepto adverso emitido por la Fiscalía Primera, toda vez que es improcedente proseguir la acción penal contra el doctor Roldán Salcedo, por estar suficientemente establecido que su actuación carece de culpabilidad y, por ende, no ha incurrido en ningún hecho punible" (folios 79, 80 y 81 ibidem).

No queda, por tanto, duda alguna en cuanto a que los fundamentos de la determinación del Tribunal descansan en aspectos subjetivos del comportamiento atribuido al doctor Roldán Salcedo.

Se considera

Aparte de que, como lo anota el Ministerio Público en ambas instancias, faltan elementos probatorios para adoptar una decisión de la naturaleza de la que pretendió el Tribunal, y que tampoco ha sido vinculado legalmente al proceso el sindicado, pues hasta ahora no se le ha escuchado en indagatoria, *el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal no contempla en ninguna de sus hipótesis la cesación de procedimiento por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, supuestos que sí sirven de apoyo a una declaratoria de sobreseimiento definitivo, en caso de que se acrediten en debida forma.*

En providencia de 19 de junio de 1980 analizó la Sala los casos en que procede la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

"1. El auto de cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal debe tener una de las siguientes cuatro motivaciones:

"a) Comprobación plena de que el hecho que se imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no ocurrió en la realidad, como cuando aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado;

"b) Comprobación plena de que el sindicado no cometió el hecho que se le imputó a título de autor o de cómplice, como que fue inequívocamente realizado por otra persona;

"c) Comprobación plena de que la ley no considera tal hecho —conducta de acción o de omisión— como infracción penal; esta hipótesis apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa; aquello, cuando el comportamiento atribuido al procesado no está recogido por ningún tipo penal, como ocurriría en el caso de adulterio o habrá de suceder con la piratería al entrar en vigencia el nuevo Código Penal; y esta, cuando a pesar de existir uno o varios tipos que describan tal comportamiento, el que concretamente se examina no se adecua a ninguno de aquellos por falta de alguno de sus elementos integradores (sujetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia creyendo que es ajena;

"d) Comprobación plena de que la acción penal no podía iniciarse, como cuando se trata de un delito que exige querella de parte y esta no se presentó oportunamente (caducidad); o cuando aquélla ha prescrito; o cuando se comprueba la muerte del imputado; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta atribuida concretamente a una persona; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito considerado como injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad antes de aceptada la querella (artículo 22, Ley 29 de 1944); o cuando se pretende acción penal por cheque sometido a plazo y presentado antes de la fecha convenida, por supuesta infracción al artículo 1º del Decreto 1135 de 1970;

"e) Comprobación plena de que la acción penal no podía continuar, como cuando, habiéndose iniciado oportunamente, la prescripción se consumó; o cuando murió el procesado; o cuando se inició oficiosamente pero requería querella de parte; o cuando el hecho ya fue decidido en sentencia definitiva (cosa juzgada); o cuando desistió la parte que tenía derecho a ello en proceso iniciado por querella; o cuando se ha de-

cretado amnistía propia o indulto impropio; o cuando nueva ley elimine la delictuosidad de la conducta investigada; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad después de iniciada la investigación (artículo 22, Ley 29 de 1944).

"2 Cuando se alega en el proceso inexistencia de delito por razones distintas a las señaladas en precedencia como ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, sino en el momento procesal de la calificación del mérito del sumario; si del examen de los hechos en dicha oportunidad aparece demostración plena de una de aquellas causales que impiden la delictuosidad de la conducta, habrá de proferirse sobreseimiento definitivo, como lo autoriza el numeral 2º del artículo 491 del Estatuto Procesal".

Estas razones, que ahora se reiteran, son más que suficientes para revocar el auto apelado y disponer que prosiga la instrucción, ocasión que será propicia para subsanar los vacíos probatorios observados por el Fiscal del Tribunal y el Procurador Delegado en sus respectivos conceptos.

La inspección judicial que ordenó practicar el Tribunal es de vital importancia para valorar la verdad de las exculpaciones que por razón de trabajo ha presentado el juez acusado. Pero ella no debe ser un simple recuento estadístico de providencias y de autos, sino que es importante precisar sus fechas y aquellas en que entraron a despacho los respectivos negocios, como todo detalle o información que permita apreciar los motivos o causas de la tardanza en resolver el recurso de reposición que generó la denuncia.

Con base en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, REVOCA la providencia impugnada y ordena que prosiga la investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUTO INHIBITORIO

Procedencia de esta decisión judicial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 88, septiembre 17 de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*
Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por auto de 23 de mayo de 1980, se abstuvo de abrir investigación penal contra el doctor Rodolfo Mora Mora, Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, por los hechos denunciados contra él por el señor César Pastore Grandjean, quien interpuso el recurso de apelación ante la Corte.

Se pasa a resolver el recurso, previos los siguientes *resultandos y considerandos:*

Hechos denunciados

Pueden resumirse así:

Dentro del proceso ejecutivo, con título hipotecario, de Mendal Hermanos contra César Pastore y otros, que cursa en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor Rodolfo Mora Mora, el apoderado del demandado por memorial de 20 de noviembre de 1978, solicitó que se reavaluaran los bienes trabados, petición que fue negada por el juez. Apelada tal providencia, el Tribunal, en auto de 23 de mayo de 1979, al disponer que "vuelvan las diligencias procesales al inferior para que provea lo que a derecho y equidad corresponda", dejó la siguiente importante advertencia: "*Sin embargo, es prudente recordar al juez de instancia que en estos casos donde al andar de los años un avalúo se torna diminuto por el influjo de factores económicos ampliamente conocidos, es lo justo para salvaguardiar el interés de las partes en disputa y hacer actuar las normas procesales con los fines señalados por el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, que es la función cimera del juez, da lugar a un nuevo avalúo de bienes que va a ser objeto de la almoneda aun cuando no medie petición de parte*". A pesar de esto, el juez, por auto de 15 de octubre de 1979, resolvió no oír a la parte demandada, después de haber dispuesto lo contrario por autos de 2 de agosto de 1977 y del 26 de febrero de 1979, además de que por auto de 15 de octubre de 1979, negó la intervención adhesiva de la sociedad "Matadero Frigorífico del Llano", que tiene interés en el proceso ejecutivo. En suma, el denunciante afirma bajo la gravedad del juramento que en el proceso civil la parte demandada no ha sido oída particularmente en lo relacionado con el reavalúo de los bienes, a pesar de la advertencia del Tribunal que le recuerda inclusive la iniciativa oficiosa del juez en materias civiles, con los fines señalados en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, que es la función cimera del juez, por todo lo cual estima que el denunciado ha dictado autos manifiestamente injustos y contrarios a la ley.

Concepto del Procurador Delegado

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se revoque el auto apelado, por las siguientes razones:

"Si bien es cierto que la demanda ejecutiva fue repartida al Juzgado Quinto Civil del Circuito, quien decretó el embargo y secuestro de los bienes de propiedad del demandado y fue recusado, motivo por el cual el expediente pasó al Juzgado Sexto Civil del Circuito, quien corrió

igual suerte que el anterior y ahora es necesario hacer referencia al señor Juez Séptimo, a quien le ha acontecido lo mismo que los precedentes funcionarios, toda vez que en la actualidad conoce el Juez Octavo de la misma categoría, es tangible y evidente que en la presente investigación no se ha hecho la claridad necesaria para dictar auto inhibitorio.

"Es verdad que el acusado a lo largo de su actuación, como así lo anota el Tribunal en la providencia impugnada negó varios pedimentos de la parte demandada 'de acuerdo con su conciencia y con su criterio de juez', pero es importante para hacer claridad que se alleguen al proceso las decisiones del honorable Tribunal con relación al proceso ejecutivo especialmente la que se menciona en la diligencia de Inspección Judicial (folio 25) y la que reseña el denunciante, de fecha 23 de mayo de 1979, por lo cual se hace necesario revocar la providencia apelada, solicitud que respetuosamente formula este Delegada a la honorable Corte y en su lugar se ordene abrir investigación.

"Además, el denunciante formuló diversos cargos que necesariamente deben ser respondidos en forma clara y separada, por lo cual es necesario que se practiquen las pruebas ya insinuadas y todas las que sean necesarias, antes de tomar una decisión de fondo en esta actuación".

Consideraciones de la Sala

El auto inhibitorio de que trata el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, debe dictarse sólo en los casos en que aparezca con absoluta claridad que no es necesaria una investigación penal de los hechos denunciados, e injusta la vinculación de personas inocentes a un proceso. Para procurar llegar a este objetivo se realiza una investigación preliminar antes de dictar el auto inhibitorio o el auto cabeza del proceso. No obstante, para tomar esta última determinación, la ley no exige, ni puede exigir, que se establezcan los elementos del delito denunciado, sino que a juicio de los titulares de la acción pública exista mérito para ello, ya porque no hay claridad en la actuación del denunciado, ora porque se allegan diligencias que en alguna forma permitan justificar la denuncia.

En el caso de estudio, sin que sea posible valorar la actuación del juez, ni las diligencias allegadas en la investigación previa, es indudable que el señor Procurador Delegado tiene razón al afirmar que "en la presente investigación no se ha hecho la claridad necesaria para dictar auto inhibitorio". Porque hasta ahora, aparece que el juez denunciado hizo caso omiso de una advertencia sabia y oportuna que le formuló el Tribunal Superior al recordarle los fines que debe perseguir la administración de justicia, de acuerdo con el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, que dio un timonazo al sistema cerrado y tiránico de que sólo por iniciativa de las partes litigantes podía avanzar o paralizarse un proceso civil, pues en este sentido el juez era algo menos que un convidado de piedra, y su misión se reducía a arbitrar o fallar la controversia. En el nuevo procedimiento civil se lograron conquistas notables, como la intervención oficiosa del juez en busca de la verdad material por medio de pruebas o actos jurisdiccionales, aún sin petición de las partes, base de una verdadera administración de justicia.

Por otra parte, parece que el funcionario acusado no sólo desechó el consejo del Tribunal, sino que persistió en su negativa de oír apartes diferentes del demandante, según la enumeración de varios memoriales del demandado y de un tercero en el juicio ejecutivo, sin resolver, algunos de los cuales se han allegado en fotocopias a estas diligencias preliminares.

La Sala encuentra muy plausible la defensa de los jueces contra recursos mal intencionados que manejan algunos abogados para separarlos del conocimiento de los procesos. Pero esa defensa no puede ser a priori, sino precisamente permitiendo que el juez pueda defenderse de las acusaciones dentro de un amplio debate, dejando en claridad meridiana su conducta y la de sus gratuitos acusadores, sistema más conveniente para el prestigio de la justicia que cerrar las puertas a la investigación de sus actos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público, REVOCA EL AUTO APELADO, y en su lugar ordena abrir la correspondiente investigación penal por los hechos reiteradamente denunciados por el señor César Pastore Grandjean.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

GIRO ILEGAL DE CHEQUES

Cuando no se tiene prueba del lugar donde el título valor fue entregado y puesto en circulación, ha de acudirse, para dilucidar la competencia, a criterios supletorios tomados del Código de Comercio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 88, 17 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué y el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá en el proceso que, por infracción al Decreto 1135 de 1970, se inició contra Gabriel Francisco López García el 28 de junio de 1979, cuando dictó auto cabeza de proceso el Juzgado Treinta y Uno de Instrucción Criminal de Ibagué (folio 5 del cuaderno de copias).

Este mismo asunto ya había sido objeto de estudio por la Sala, pero como el conflicto fue planteado en esa ocasión irregularmente, se abstuvo de resolverlo (auto de 26 de mayo de 1981).

Propuesta ahora la colisión de competencias en forma debida, procede la Corte a decidirla.

Antecedentes

Gabriel Francisco López García giró a favor de Carlos Josué Angel González el cheque número 528046 el 16 de enero de 1979 por treinta y seis mil novecientos dos pesos con noventa y seis centavos ($ 36.902.96), contra la Cuenta Corriente número 208-16497-0 que su esposa Carlota Labrador de López tenía en el Banco de Bogotá Sucursal Centenario de la ciudad de Ibagué, título-valor que, al ser presentado para su cobro por el legítimo beneficiario, fue devuelto por la mencionada entidad bancaria por la causal "Cuenta Cancelada" y no corresponder la firma a la registrada (folios 63, 65 y 65 ibidem).

En el cheque relacionado se indicó como lugar donde fue girado la ciudad de Ibagué.

No obstante, el sindicado en la diligencia de indagatoria afirmó que el cheque lo giró y entregó a Carlos Josué Angel González en la ciudad de Bogotá, estando presente su esposa (folios 10 vuelto y 28 ibídem), persona que aún no ha declarado en el proceso, a pesar de los esfuerzos hechos por los funcionarios para obtener su comparecencia (folios 15, 17, 20, 32, 38, 39 y 40 del cuaderno de copias).

El beneficiario, por su parte, aseguró en declaración rendida bajo juramento, que el título-valor en cuestión lo giró el sindicado y lo entregó en la ciudad de Ibagué en las instalaciones de un colegio de su propiedad y en presencia de su secretaria (folio 53 ibídem), a quien tampoco se le ha recibido declaración sobre ese punto.

La denuncia se formuló ante el Juzgado de Instrucción Criminal (reparto) de Ibagué, la que correspondió al Juzgado Treinta y Uno de Instrucción Criminal, despacho que decretó la iniciación del sumario y, vencido el término de instrucción, lo remitió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, el cual, como se anotó al comienzo de esta providencia, propuso colisión negativa de competencias al Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, la que no pudo ser dirimida por esa oportunidad por haber sido planteada irregularmente.

Nuevamente se suscita entre ambos despachos, pero esta vez en debida forma, el conflicto negativo de competencias, pues cada uno de ellos estima que el competente para conocer de este negocio es el otro.

Para determinar dónde fue girado y puesto en circulación el cheque no se cuenta, hasta ahora, sino con las afirmaciones encontradas del sindicado y del beneficiario, las cuales constituyen, en su orden, los fundamentos de las decisiones de los jueces de Ibagué y Bogotá, pues otros testimonios que podrían prestarles o restarles valor no han sido recibidos aún.

Se considera

Para esta clase de infracciones es indispensable establecer el lugar donde el título-valor fue entregado y puesto en circulación, pues allí se entiende cometido el delito y, por tanto, serán los jueces de esa jurisdicción los competentes para investigar y fallar el proceso.

Como se dejó anotado, no se ha determinado aún de manera indubitable cuál fue ese lugar, pues al paso que el sindicado dice que fue en Bogotá, el beneficiario afirma que fue en Ibagué. Quizás el desarrollo de la investigación llegue a permitir precisarlo en un futuro sin que se preste a conjeturas.

Por ahora, y como es necesario hacerlo para dilucidar la competencia, ha de acudirse, en defecto de la prueba, a criterios supletorios tomados del Código de Comercio, por ser éste el estatuto que rige la materia relacionada con los títulos-valores.

El artículo 621 de dicho ordenamiento dispone, en su inciso final, que "si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega".

Como es fácil advertirlo, esta norma permite deducir, del lugar de entrega del título, el de su creación, cuando éste no quedó constando en el instrumento.

A contrario sensu, si se conoce el lugar de creación, pero no el de entrega, éste puede inferirse de aquél.

De acuerdo con este criterio, ha de tenerse, en este caso, como lugar de la entrega del cheque por parte del girador al beneficiario, el de Ibagué, pues en el título-valor quedó incorporado como el de su creación (folio 63), de donde se sigue que el competente es el Juez del Circuito Penal de esa ciudad.

Esta solución tomada del campo mercantil coincide con la que forzosamente habría que adoptar si no se acudiera a ella, pues el proceso le correspondería también al Juzgado de Ibagué de todas maneras, en virtud de la competencia a prevención (artículo 42 del Código de Procedimiento Penal), pues al no estar claramente establecido por medio de pruebas aportadas al expediente donde se cometió el delito, son los criterios que consagra esa norma los que indican la competencia, y en el caso presente la radicarían en Ibagué, pues fue en esa ciudad donde se formuló la denuncia y se inició la instrucción (folios 2 y 5 del cuaderno de copias).

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto negativo de competencias de que se ha hecho mérito en esta providencia, asignando el conocimiento del asunto al Juzgado Quito Penal del Circuito de Ibagué, a donde se enviarán estas diligencias. Comuníquese esta decisión al Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, despacho que devolverá el cuaderno original al Juzgado de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Álvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Procedencia

VEREDICTO DEL JURADO

El jurado no está obligado a repetir en la respuesta, todos y cada uno de los hechos contenidos en la pregunta; por ende, si contesta "sí" después de una serie de preguntas, la afirmación se refiere a todas ellas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 90 de 29 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación propuesto por el procesado Tito Rafael González Barrero contra la sentencia de 9 de diciembre de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué, al desatar apelación interpuesta contra la proferida por el Juzgado Segundo Superior de Espinal (Tolima), le condenó a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, más las accesorias de rigor, como autor responsable de homicidio agravado en la persona de Alvaro Quintero Escobar.

El recurso se admitió por auto de 31 de marzo de 1981, y, dentro del término legal, por conducto de apoderado designado al efecto, el recurrente presentó la correspondiente demanda de casación, la que en su oportunidad se declaró ajustada a las formalidades de ley.

Los hechos

Culminaron en la madrugada del 13 de marzo de 1978 y, respecto de su desarrollo, los juzgadores de instancia coinciden en relatar:

"Da cuenta el proceso que en la noche del domingo doce del mes y año ya mencionados se hallaban varios ciudadanos consagrados a la ingestión de bebidas alcohólicas en el café denominado El Peñón de la población de Dolores. Entre los contertulianos se hallaban Marcelo Cardozo, Tito Rafael González Barrero, Jesús María Rozo, Víctor Manuel Loaiza y muchas personas más. Los dos últimos en su calidad de músicos tocaban a petición de los concurrentes. Más tarde arribaron al mismo establecimiento, Alvaro Quintero Escobar, hoy occiso, y Plácido Hoyos González, los cuales se sumaron a la tertulia, pero luego Quintero Escobar optó por acompañar a Hoyos González a la casa de habitación de éste donde le insinuó a Luz Fanny González de Hoyos que no dejara salir a su esposo porque lo jodían ahí en el café El Peñón. De allí el occiso regresó al café anotado donde continuó dedicado a la ingestión de licor. Ya en horas de la madrugada los contertulianos optaron por abandonar el establecimiento para dirigirse a sus respectivas habitaciones, pero antes de partir, el extinto invitó a los músicos atrás mencionados a dar una serenata. Fue así como desplazándose por las calles del poblado se dirigieron al sitio donde debían dar la aludida serenata, siendo acompañados por Ricardo Cardozo y Tito Rafael González Barrero hoy sindicado. Sostiene Víctor Manuel Loaiza que más adelante al voltear una

esquina, González Barrero se quedó sentado en el andén de donde luego se reincorporó y habiendo alcanzado nuevamente al grupo sobrepasó a los músicos y llevando un arma en la mano disparó reiteradamente contra la humanidad de Alvaro Quintero, quien de inmediato se desplomó, mientras el homicida emprendió la huida ...".

Actuación procesal

Al día siguiente de ocurridos los hechos, el Comandante de la Estación de Policía de Dolores dio cuenta de ellos al Juzgado Treinta de Instrucción Criminal con sede en esa localidad, y se inició la investigación en la misma fecha.

El instructor, después de practicar una serie de diligencias, el 27 de marzo de 1978 decretó la detención preventiva de Tito Rafael González Barrero por homicidio en la persona de Alvaro Quintero Escobar.

Agotado el período instructivo, el sumario fue remitido por competencia al Juzgado Segundo Superior de Espinal y éste, previa clausura de la investigación, radicó en juicio con intervención del jurado de conciencia al acusado González Barrero por homicidio agravado. Esta determinación fue recurrida en apelación y el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó.

La audiencia pública se realizó el 1º de octubre de 1980. En ella intervinieron el Fiscal del Juzgado, el representante de la parte civil y el defensor del encausado. El jurado de conciencia contestó afirmativamente el cuestionario que conforme al auto de proceder el juez de la causa sometió a su consideración.

Acogido dicho veredicto el juzgado profirió sentencia condenatoria el 9 de octubre de 1980, la que al ser apelada dio lugar a la que es objeto del recurso de casación.

La demanda

Dos cargos endereza contra el fallo del Tribunal: uno en el marco del cuerpo primero de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; y el otro en el ámbito de la segunda.

Causal primera. Cargo único. "El fallo reclamado en casación viola de modo directo los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal y 519 del Código de Procedimiento Penal. Esa misma sentencia infringe, además, la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 362 y 363 del Código Penal".

En opinión del censor, y la cita es textual, "resulta indiscutible que ese fallo violó de manera directa la norma de los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal, por haber computado como circunstancias de mayor peligrosidad que ponga a la víctima en circunstancias de indefensión o inferioridad, por detrás negada por el jurado; por haber prescindido o dejado de tener en cuenta circunstancias atenuantes de la responsabilidad o de menor peligrosidad que obran en favor del acusado (la del numeral 5º del artículo 38 'la embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas'); y, por haber elevado la sanción en forma desproporcionada concurriendo únicamente circunstancias de menor peligrosidad".

Agrega que la violación del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal se desprende del hecho de no haberse ajustado el juzgador a la respuesta del jurado, pues al negar éste las circunstancias de agravación del homicidio correspondía entonces dictar la sentencia con sujeción al artículo 362 del Estatuto Penal de 1936. De ahí que la decisión recurrida sea igualmente violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 363 ibídem.

Por lo anterior, concluye, la Corte debe invalidar el fallo del Tribunal y en su lugar proferir el que se ajuste a derecho.

Causal segunda. Cargo único. "Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado".

Aduce el libelo que si bien el juzgado incluyó en el cuestionario sometido a la consideración del jurado las circunstancias de agravación del homicidio, la escueta respuesta "Sí es responsable", debe entenderse como la negación de aquéllas. Pero como al acusado se le condenó por homicidio agravado, surge el desacuerdo entre el veredicto y la condenación impugnada.

En tal virtud impetra la invalidación del fallo impugnado y el cumplimiento de lo dispuesto por el ordinal 1º del artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que se debe desechar la demanda, por lo siguiente:

Los argumentos traídos en apoyo del cargo referido a la causal primera "no resultan suficientemente claros y adolecen de falta de precisión jurídica y conceptual; puesto que si bien invoca la violación directa de la ley, lo cual supone acep-

tar los hechos que el fallador considera demostrados, sin embargo, los impugna, con lo cual incurre en contradicción y en posición que por lo mismo llevaría a desestimar los cargos, sin necesidad de otras consideraciones; así se deduce de la negación de circunstancias de mayor peligrosidad, cuando así lo afirma el fallo examinado, concretamente en cuanto a antecedentes, tenida en cuenta para la agravación o aumento de la sanción (artículo 37 del Código Penal derogado, ordinal 1º) sin dejar de apreciar como de menor peligrosidad la embriaguez voluntaria (artículo 38 del Código Penal derogado); además de hacer referencia al desacuerdo de la sentencia con el veredicto, causal que posteriormente invoca, en planteamiento que no tiene cabida dentro de esta causal" y que, de otra parte, carece de sustento, porque "ante los términos del veredicto, no cabe sostener que no se afirmó la circunstancia agravante, ni que en consecuencia se aplicó indebidamente la ley por no atender el artículo 362 del Código Penal derogado para aplicar el artículo 363 del mismo; ni que en la graduación de la pena no se aplicara el mínimo, pues se tuvo en cuenta las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, a la primera de las cuales no se refiere el recurrente y en cuanto a la embriaguez, fue estimada por el fallador".

Tocante al otro cargo, para rechazarlo, dice, "basta lo anteriormente anotado, debiéndose destacar que aún de su propio planteamiento resulta su improcedencia, pues no obstante que la demanda transcribe el cuestionario en que se consigna la circunstancia agravante y su respuesta afirmativa, se sostiene contra la realidad procesal que no se dedujo por el jurado tal circunstancia, contrariando lo evidente", por cuyo motivo "la impugnación carece de seriedad alguna y no daba base para afirmar el desacuerdo, pues se parte de un supuesto inexistente".

Consideraciones de la Corte

El primer cargo formulado a la sentencia se hace consistir en violación directa de la ley sustancial porque, según el impugnador alega, se tuvo en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad el mismo motivo agravante del homicidio que negó el jurado en su veredicto, y también porque dejó de considerarse como circunstancia de menor peligrosidad la probada embriaguez voluntaria en que se hallaba el procesado al momento de los hechos. De tal manera, concluye, se llegó a la infracción directa de los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal de 1936, hoy abolido pero vigente para la época en que se sucedieron los acontecimientos y se produjo su juzgamiento, y a una indebida aplicación del artículo 363 del mismo estatuto.

La censura se apoya, en consecuencia, en el apartado inicial del ordinal 1º del artículo 680 del Código de Procedimiento Penal. De conformidad con dicha disposición son tres las hipótesis de violación directa de la ley sustancial:

1ª Cuando el sentenciador deja de aplicar la disposición legal que reclama el hecho probado (infracción directa);

2ª Cuando el precepto que aplica no es el que rige la situación fáctica comprobada (aplicación indebida), y

3ª Cuando distorsiona el sentido verdadero de la norma en la cual se fundamenta (interpretación errónea).

En el planteamiento y desarrollo de la impugnación de cualquiera de tales hipótesis el demandante debe aceptar, sin discusión alguna, los hechos que tuvo en cuenta el juzgador como premisa del fallo y el criterio valorador de la prueba que siguió. Si se procede por manera distinta se peca contra el ordenamiento técnico del recurso extraordinario de casación y se dispersa el esfuerzo que debió concretarse a controvertir el proceso selectivo de la norma adecuada, para el caso concreto, que cumplió el juzgador.

La demanda en el presente caso desconoce la metodología orientadora del recurso en el aspecto dicho porque si el fallador encontró probada una circunstancia de mayor peligrosidad, la opinión contraria del censor implica desacuerdo con los hechos aceptados en la sentencia y, por ende, ausencia total de técnica en la sustentación del cargo.

Lo dicho en el párrafo anterior constituye razón suficiente para rechazar el cargo. Acontece, además, que aun en el supuesto de que la decisión trajese una circunstancia de mayor peligrosidad inexistente, la formulación del reproche resulta incorrecta, puesto que no se trataría de infracción directa del artículo 37 del Código Penal de 1936, sino de aplicación indebida del mismo.

Pero, lo que resulta peor y resalta la falta de seriedad de la demanda, es afirmar que se tuvo en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad el mismo motivo deducido como causal de agravación del hecho, cuando de la lectura de la sentencia se sabe que la única circunstancia de mayor peligrosidad que se tuvo en cuenta fue la de haber soportado el acusado sentencia de con-

dena anterior por un delito de lesiones personales, hecho éste perfectamente comprobado en el proceso.

Tampoco corresponde a la realidad aquello de que se omitió al sentenciar el reconocimiento de la circunstancia de menor peligrosidad consistente en "la embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas" (numeral 5º, artículo 38, Código Penal), pues basta la lectura del fallo del juzgado que confirmó totalmente el Tribunal, para apreciar de inmediato que dicha circunstancia no se pasó por alto y que influyó en la dosificación de la pena.

Por último, cabe destacar que no es posible porque subvierte la lógica del recurso traer en sustento de un cargo referido a la causal primera de casación un motivo propio de la segunda como lo es aquél que consiste en el desacuerdo entre veredicto y sentencia.

En suma, no demostrado el cargo forzoso es desecharlo.

La segunda censura que se esgrime contra la sentencia se hace consistir en que existe desacuerdo entre ella y el veredicto, pues según el recurrente este último fue por homicidio simplemente voluntario y no por homicidio agravado.

Tal criterio, empero, resulta ser completamente errado, como se pasa a ver:

El juez de derecho, ceñido al auto de proceder, propuso una sola cuestión al Tribunal Popular: decir si "el acusado Tito Rafael González Barrero, es responsable, *sí* o *no*, de haber ocasionado la muerte del ciudadano Alvaro Quintero Escobar, con intención de matar, por medio de heridas descritas en autos causadas con arma de fuego, hecho ejecutado en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, y que tuvo ocurrencia en la madrugada del trece de marzo de mil novecientos setenta y ocho, en la población de Dolores, Tolima?".

El jurado respondió: "Si es responsable". No estaba obligado, por lo demás, a repetir en la respuesta todos y cada uno de los hechos contenidos en la pregunta, puesto que conforme al precepto del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal "los jurados deberán contestar cada uno de los cuestionarios con un sí o un no" y sólo "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". De ahí que la simple afirmación o negación que hagan deba entenderse como comprensiva de todas las situaciones sobre que versa el interrogante.

Por consiguiente, la respuesta "Si es responsable" dada por el jurado, no descarta, como lo pretende la demanda, la existencia del agravante del homicidio, porque como esta misma Corporación lo ha sostenido "un sí después de una serie de preguntas se refiere a todas, a menos de constar lo contrario". Si el jurado hubiese querido negar la circunstancia de haberse cometido el homicidio aprovechando las condiciones de indefensión o inferioridad del ofendido, así lo habría hecho constar. Pero como así no lo hizo, su respuesta única a la sola cuestión sometida a su consideración, en ausencia de la declaración de contraevidencia que disciplinan los artículos 565 y 567 del Estatuto de Procedimiento Penal, venía a constituir un acto procesal que el juzgador de instancia debía aceptar para acomodar a él la sentencia (artículo 519, ídem).

No existe, pues, desacuerdo alguno entre la sentencia impugnada y el veredicto del jurado, por cuyo motivo el cargo no prospera.

Bastan las consideraciones en precedencia para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído y acogido el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA ENEMISTAD GRAVE COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

La "enemistad grave" debe ser un sentimiento recíproco, pues si es unilateral, solamente es motivo impediente si admite experimentarlo el propio funcionario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 90, septiembre 29 de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede esta Sala de la Corte a decidir acerca de la recusación formulada por el apoderado de la parte civil, abogado Daniel Vicente Meneses A., al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, doctor César Pompeyo Rodríguez, para el conocimiento de estas diligencias adelantadas contra Yamil J. Bayer Lissa, por "giro de cheques en descubierto".

Resultandos y considerandos

1º La recusación en lo pertinente, está expuesta así:

"Hace varios meses dirigí un mensaje al señor doctor César Pompeyo Rodríguez, solicitándole se declarara impedido para conocer de los negocios en lo (sic) que el suscrito interviniese, en razón que *enemistad grave* existente (sic) entre los dos y si bien es cierto que por mandato del artículo 84, inciso último, del Código de Procedimiento Penal, la recusación debe proponerse por escrito, acompañando pruebas y exponiendo los motivos en que se funda, no es menos cierto que un Magistrado, del máximo organismo (sic) de la Administración de Justicia del Departamento del Magdalena, en virtud de la responsabilidad y honor que conlleva tan alta investidura, debe ser delicado y como en el presente caso declararse impedido y no esperar que se le *recuse*.

"Con posterioridad al mensaje a que hago alusión anteriormente, el honorable Magistrado Pompeyo Rodríguez conoció en condición de *ponente* del sumario que adelanta el señor Juez Segundo Penal del Circuito de El Banco, por el delito de *peculado* contra Luis Aconcha y otros, en el que intervengo como apoderado de uno de los sindicados.

"Este escrito tiene por finalidad, en primer lugar reiterarle al señor Magistrado Rodríguez la declaratoria de parte suya de abstenerse de conocer y decidir sobre este negocio y en los que aparezcan mis nombres y apellidos, pues sé muy bien, guardando el respeto que él me merece, que no tiene ánimo sereno e imparcial para administrar justicia en estos eventos, ya *que así lo ha manifestado él públicamente*".

2º El Magistrado recusado en el auto que la rechaza, manifiesta:

"Debo manifestar en honor a la verdad que nunca he considerado como enemigo al doctor Daniel Vicente Meneses A., me ha parecido un abogado cumplidor de sus deberes, señor y caballero a carta cabal. Nunca he tenido incidente personal con él desde que lo conozco, ya que siempre he tenido los mejores conceptos sobre su conducta, en otras palabras es conocido mío, no amigo, quiere decir lo anterior, que no lo tengo ni como amigo ni como enemigo. Me extraña su posición y sus afirmaciones que no las ha probado, ni allegó tampoco ninguna prueba o ningún elemento de juicio al memorial de recusación, ya que en mis 16 años al servicio de la justicia, nunca he sido sancionado, tampoco se me ha iniciado proceso alguno de carácter penal, es decir, sumario con auto cabeza de proceso. He desempeñado todos los cargos por los que he

pasado, con lujo de capacidad y competencia que hasta la fecha nadie se ha atrevido a endilgarme de deshonestidad, en el cumplimiento o en el desempeño de mis funciones, único patrimonio moral que tengo para legarle a mis hijos y a la posteridad".

3º Esta Sala en auto de 4 de julio de 1980, sobre este aspecto dijo:

"La 'enemistad grave' debe ser un sentimiento recíproco. Si es unilateral, prospera de modo excepcional cuando es declarada por el funcionario.

"Ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades que el concepto de 'enemistad grave' de que trata el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, debe ser un sentimiento recíproco, pues, si es unilateral, prospera de modo excepcional cuando es declarado por el funcionario, quien evidenciaría, de esa manera, que no contaría, frente al caso concreto, con la serenidad de ánimo y la absoluta desprevención con que deben actuar los administradores de justicia, en orden a una imparcial y justa decisión.

"No es este el caso que se dilucida, pues el funcionario recusado no solamente ha desechado esa enemistad, sino que, con nobleza y sinceridad, destaca las cualidades de quien lo considera su enemigo.

"Debe precisarse, además, que si la enemistad alegada es rechazada por el juez o magistrado o no aparece de autos con carácter manifiesto, se impone para el recusante la inexcusable obligación de acompañar la prueba de los hechos en que la fundamenta".

Baste lo anterior para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declare INFUNDADA la recusación propuesta contra el Magistrado César Pompeyo Rodríguez Rangel, por el apoderado de la parte civil dentro de este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Saneamiento de nulidades por conducta concluyente. Técnica de casación: causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 90, 29 de septiembre de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del ex Agente de la Policía Nacional, Carlos Arturo Callejas Morales, contra la sentencia de veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la proferida el seis de junio de ese año por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó en la que se le condenó a la pena principal de dos años y cuatro meses de prisión como responsable del delito de hurto militar.

El recurso fue declarado admisible y la demanda ajustada a las prescripciones formales que establece la ley (folios 3 y 22 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Así fueron presentados los hechos en la sentencia de primer grado:

"El Teniente Ricardo Vargas López denuncia que el día 17 de agosto de 1979 a las 16:00 horas, luego de pasar revista del armamento que está a disposición de la Subestación Chapinero encontró como novedad que faltaban los revólveres números 755212/2267 y 755569/2272 marca Colt, calibre 38 largo para 6 cartuchos y 50 cartuchos, dichos revólveres se encontraban en un armerillo donde había una existencia de 25 revólveres, los cuales eran utilizados en servicios extraordinarios y que el día 11 de agosto del mismo año ordenó al CS. Monsalve Gómez Luis pasar revista de armamento, quien informó que tanto el armamento como la munición estaban completos y que dicha revista la había efectuado con el Comandante de Guardia que para ese turno era el Agente Carlos Arturo Callejas Morales.

"El 6 de septiembre del mismo año fue decomisado el revólver número 755512/592267 en la carrera 25 número 15-28 en la estación de buses de la Rápido Tolima al ciudadano Eusebio Rodríguez, quien manifestó haberlo comprado al Agente Víctor Julio Zoracipa Useta, quien resultó ser agente perteneciente a la Decimoprimera Estación por esa época y además aseveró que lo había comprado al Agente Callejas Morales Carlos Arturo" (folios 272 y 273 del cuaderno principal).

Los antecedentes los relaciona así la Procuraduría:

"Con base en la denuncia y el informativo de carácter disciplinario número 0295, el Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar inició la correspondiente investigación penal el 20 de septiembre de 1979, dentro de la cual practicó numerosas diligencias, oyó en indagatoria al sindicado Carlos Arturo Callejas Morales y por auto del 24 de septiembre de dicho año le definió la situación jurídica, decretando su detención preventiva. El expediente pasó al Juzgado de Primera Instancia el 10 de enero de 1980, despacho que por auto del 18 de febrero del año en cita lo devolvió en comisión al instructor, el cual, cumplida en lo posible, regresó el proceso al juzgado de instancia que, previo el concepto de Auditoría de que trata el artículo 567

del Código de Justicia Penal Militar, por Resolución número 0028 de 13 de mayo de 1980, ordenó la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal para juzgar al ex Agente Carlos Arturo Callejas Morales. El Consejo inició su labor el 26 de mayo y terminó con la lectura de la sentencia fechada el 6 de junio siguiente" (folio 4º del cuaderno de la Corte).

A consideración de los vocales se sometió el siguiente cuestionario, el cual fue respondido afirmativamente por unanimidad:

"El ex Agente de la Policía Nacional Carlos Arturo Callejas Morales, retirado del servicio activo, de condiciones civiles y policiales conocidas en autos, hijo de Arturo y Florinda, ¿es responsable *sí* o *no* de haber sustraído de un armerillo de la Subestación de Chapinero, el revólver marca Colt, calibre 38 largo de uso privativo de la Policía Nacional, con el propósito de aprovecharse de él al venderlo al hoy ex Agente de la Policía Nacional Víctor Julio Zoracipa Useta en la suma de $ 10.000.00, hechos que se realizaron en actos del servicio por razón o con pretexto de él y que tuvieron ocurrencia entre el 11 y el 17 de agosto de 1979 en la ciudad de Bogotá?" (folio 254 del cuaderno principal).

Las instancias acogieron el veredicto y con fundamento en él se dictó la sentencia que es objeto del recurso que ahora se resuelve.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Cuatro cargos le formula el recurrente a la sentencia. Dos al amparo de la causal primera, cuerpo primero, y los otros dos dentro del ámbito de la causal cuarta, contempladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, numerales 1º y 4º.

Causal primera. Cargo primero. Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, al habérsele dado en la sentencia "un alcance distinto al verbo rector 'sustraer' del artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar, cuando lo que hay es una 'apropiación' y por lo tanto la conducta debe subsumirse en el tipo penal del artículo 241 de la misma obra".

Después de sentar la premisa de que la interpretación errónea como causal de casación supone que el fallador le da a la norma que aplica "un alcance distinto del querido por ella" y de recordar que dicha equivocada interpretación se debe a factores tanto de índole subjetiva como objetiva, fundamenta la censura en la consideración de que entre las funciones del Comandante de Guardia, cargo que, por turnos, desempeñaba el personal de la Policía en la Subestación de Chapinero, el cual le correspondió servir también a su representado, está la de "velar por las dependencias, vehículos y armas", tanto que el "material de guerra" lo recibían y entregaban entre turno y turno mediante anotación escrita en el libro de armamento, y "tenían autorización para entregar armas para los servicios especiales y extraordinarios".

Estima como normas violadas, en razón de la interpretación equivocada que el fallador le dio al artículo 235, además de éste, los artículos 241 (abuso de confianza), que es el que debió haberse aplicado y 3 y 6 también del Código de Justicia Penal Militar, que regulan el principio de la legalidad del delito y de la pena, como también el artículo 26 de la Constitución Nacional "que consigna las garantías penales sustantivas y procesales".

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Delegado para la Policía Nacional, manifiesta, en contestación del cargo, que el procesado cuando le correspondió el turno de Comandante de Guardia no recibió el armamento a título de depósito, sino que le fue confiado físicamente en razón de ejercicio de sus funciones, sin que hubiera realizado sobre él la tenencia jurídica que demanda el delito de abuso de confianza. Por tanto, no hubo interpretación errónea de la norma que se aplicó que es la que reprime el delito de hurto militar (artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar).

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, al haberse fundamentado la sentencia en el artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar, siendo que el aplicable era el artículo 241 del mismo estatuto.

Para fundamentarlo enumera y analiza los elementos que configuran el delito de abuso de confianza y deduce, de varias piezas probatorias que cita, "que las armas fueron puestas bajo la custodia o cuidado del Comte. de la Subestación y éste a su vez de los Comandantes de Guardia y que esta sola circunstancia hace difícil la sustracción y posibilita grandemente la apropiación del revólver de autos".

Concluye su argumentación de la siguiente manera: "Evidenciado, entonces, que la conducta desplegada por el enjuiciado Carlos Arturo Callejas Morales, es la descrita en el artículo 242 del Código de Justicia Penal Militar, es obvio que ha incurrido en violación sustancial por

aplicación indebida, ya que se aplicó una norma que no corresponde al hecho demostrado, puesto que se aplicó el artículo 235 de la misma obra violándose el principio de favorabilidad contenido en el artículo 26 de la Constitución Política vigente; debe tenerse en cuenta que la norma aplicable es la prevista en el artículo 241 del Código de Justicia Penal Militar".

También en este caso considera violadas las mismas normas que citó en la censura anterior, a saber: los artículos 3º, 6º, 235 y 241 del Código de Justicia Penal Militar y el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El Procurador responde que no hubo aplicación indebida de la norma en que se fundamentó la sentencia "pues de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente el procesado incurrió en el delito de hurto militar agravado porque sustrajo el revólver de la esfera de vigilancia del dueño, obtuvo un lucro económico, todo con aprovechamiento de la confianza depositada por el tenedor de la cosa en el agente". Reitera que la tenencia en ese caso fue meramente física y no fiduciaria.

Cargo tercero. Nulidad de la sentencia, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito "ya que el cuestionario ha debido formularse por abuso de confianza y no por hurto militar como ocurrió". Esa causal la contempla el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar en su numeral 2º.

Por toda fundamentación del cargo se limita a formularle al cuestionario los siguientes reparos: que debió haberse dicho con toda precisión que cuando ocurrieron los hechos el procesado se encontraba en servicio activo; que no se debió haber expresado en él que sustrajo el arma, sino que se apropió de ella, pues lo probado es lo segundo no lo primero; que es impropio decir que un arma es de uso privativo de la Policía Nacional, "ya que ésta por ser un ente jurídico está en absoluta imposibilidad de usar armas. Las armas las usan sus integrantes o miembros, no las instituciones, como se quiere hacer aparecer en el citado cuestionario", que "no relaciona la propiedad del arma en cuestión, apenas afirma que es de uso privativo de la Policía Nacional" y que la propiedad en cabeza del Estado se acreditó en el expediente "con unas actas virtualmente apócrifas"; que la identificación del revólver por medio de su numeración arroja dudas por lo incompleta de la misma; que el arma no fue vendida en diez mil pesos, como se dice en el cuestionario, sino en siete mil pesos, como reconoció el sindicado.

Después de enumerar esta serie de glosas al cuestionario, afirma el recurrente que la sentencia se dictó en juicio afectado de nulidad "por diversos motivos ya expuestos y principalmente por errónea calificación del delito, calificación que se sabe está contenida en los cuestionarios, que según reiterado sentir de la Corte son el equivalente del auto de proceder".

Como normas violadas cita los artículos 3º, 6º, 235, 241 y 441 del Código de Justicia Penal Militar y el 26 de la Constitución Nacional.

En contestación a la censura manifiesta el Procurador que en el proceso quedó fehacientemente acreditada la propiedad, preexistencia y consiguiente falta del revólver en cuestión, el cual le fue decomisado a Eusebio Rodríguez, quien informó haberlo comprado al Agente Víctor Julio Zoracipa Useta, el cual, a su vez, manifestó en las diligencias disciplinarias que lo compró al procesado, quien no suministró explicación válida acerca de la forma como lo adquirió.

Concluye el Procurador que de esa relación "se infiere lógica y necesariamente que el citado revólver lo sustrajo el procesado de uno de los armerillos de la Subestación de Chapinero, donde ejercía las funciones de Comandante de Guardia.

Cargo cuarto. Nulidad de la sentencia por no haberse celebrado la audiencia o Consejo de Guerra Verbal el día y hora inicialmente señalados para ello.

Para fundamentarlo recuerda que en la resolución de Convocatoria del Consejo de Guerra Verbal que debía juzgar a su defendido el juez del conocimiento señaló el día 19 de mayo de 1980 a las 08:30 horas para que se llevara a efecto.

Sin embargo, el Presidente del Consejo, no obstante que la resolución es una sola, y sin estar facultado para modificarla, fijó nueva fecha, sin precisión de hora, para realizar el Consejo Verbal, como en efecto sucedió.

Considera el recurrente que no era este el procedimiento que debía seguirse, por lo cual, al actuar así, fueron violados los artículos 297, 440, 441 y 567 del Código de Justicia Penal Militar y el 26 de la Constitución Nacional.

Como conclusión de su libelo pide que se case la sentencia y se proceda de conformidad, de

acuerdo con la causal o causales que prosperaren.

En contestación, recuerda el Procurador que existe en el proceso constancia de que el Consejo de Guerra Verbal no pudo realizarse en la fecha y hora primeramente señalados, debido al paro de buses que se presentó durante los días 19 y 20 de mayo de 1980, por lo cual el Presidente hubo de fijar nueva fecha para llevarlo a cabo, habiendo ordenado que se comunicara, como se hizo, esta variación a todos los integrantes del mismo.

Esa circunstancia de fuerza mayor, unida a la debida notificación de la nueva fecha, y al saneamiento de la nulidad por este aspecto que permite el artículo 441, numeral 4º del Código de Justicia Penal Militar cuando el procesado concurre al Consejo de Guerra, como ocurrió en este caso, le permiten al representante del Ministerio Público afirmar que no hubo vicio que afecte a la sentencia y que, por lo mismo, debe mantenerse su validez, pues éste al igual que los demás cargos han de ser desestimados.

Consideraciones de la Corte

Se empezará el estudio de los cargos por los de nulidad, tal como lo aconsejan la lógica y la técnica del recurso.

Causal cuarta. Cargo tercero. La tacha fundamental que en este punto se hace a la sentencia es la de haberse dictado en juicio viciado de nulidad por haberse incurrido en el cuestionario en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que se le formuló a su defendido el cargo por hurto militar cuando debió haberlo sido por abuso de confianza.

Conviene recordar que al servicio de la Subestación de Policía "Chapinero" se encontraban, entre otros elementos, cincuenta y cinco (55) revólveres, de los cuales treinta (30) permanecían en un "armerillo grande" y estaban destinados al servicio ordinario del personal adscrito a esa unidad; los otros veinticinco (25) reposaban en un armerillo pequeño y solamente se empleaban "en servicios extraordinarios" o en "casos especiales" (folios 1 y 58 del cuaderno principal).

De ese "armerillo pequeño" desaparecieron, en el período comprendido entre el 11 y el 17 de agosto de 1979, dos revólveres, uno de ellos el que constituye el objeto material del delito por el cual fue condenado en las instancias el procesado Callejas Morales.

Durante ese lapso desempeñaron las funciones de Comandante de Guardia de la Subestación, por turnos, el sindicado y los agentes Cabarila Ibáñez Alejandro, Fuentes Téllez Luis, Vargas Fideligno y Camargo Jacinto (folio 1 ibídem).

Si bien es cierto que ese armamento quedaba bajo la custodia del respectivo Comandante de Guardia, quien lo recibía del antecesor en el turno y a su vez lo entregaba al que lo sucedía, puede establecerse una diferencia entre la forma como quedaban a su cuidado esos dos grupos de armas. Las treinta del "armerillo" grande le eran entregadas y permanecían en una continua ordinaria y no condicionada disponibilidad funcional y material. En cambio, las veinticinco del "armerillo pequeño" quedaban sustraídas a esa ordinaria disponibilidad, supeditada a que se presentara una situación extraordinaria o excepcional.

De allí el que empezara a convertirse en costumbre no dejar constancia en el libro de minuta de información de la entrega y recibo de esos veinticinco revólveres del "armerillo pequeño", concretándose ese específico control de la entrega a los treinta revólveres del "armerillo grande".

Así quedó establecido en la diligencia de inspección judicial que se practicó por el instructor sobre dicho libro y se comprueba en los folios del mismo que fueron aportados al expediente (folios 112 a 120 del cuaderno principal).

En el acta de inspección se dejó dicho: "Es de anotar que la relación de cincuenta y cinco revólveres aparecen únicamente hasta el folio 138 con fecha 19-VI-79 - 07:00 horas en que se entregan '30 revólveres con 208 cartuchos, 14 en servicio y 102 en el armerillo, 106 en servicio, escopetas 2 y cincuenta tiros, una Uzi con 99 tiros y 10 pares de esposas y tres armeloos, 25 revólveres con su respectiva munición y demás elementos que se encuentran dentro del cuartel'. A partir del folio 139 en adelante, la entrega y recibo del armamento se hacía en forma física del que estaba en servicio, o sea treinta revólveres, y no de los otros veinticinco que se encontraban en el armerillo" (folio 112 del cuaderno principal).

Esa remota posibilidad de uso de las veinticinco armas reservadas en el "armerillo pequeño" las convirtió en elementos bajo la vigilancia, pero no la disponibilidad de los Comandantes de Guardia, no sometidas por lo mismo a la cotidiana obligación de recibirlas específicamente y entregarlas detalladamente.

Esto explica el que todos los que hicieron turno de comandancia de guardia entre los días 11 y 17 de agosto de 1979, a quienes se les recibió declaración, aluden de manera concreta al recibo y entrega por libro de los treinta revólveres, pero no en igual forma de los veinticinco, así conservaran también las llaves del armerillo en que éstas se guardaban, para la eventualidad de que se llegaran a presentar las situaciones de excepción que harían imperioso su uso (folios 60 a 65; 68 y 69; 125 y vuelto; 160 a 162 del cuaderno principal).

También el sindicado menciona únicamente los treinta revólveres que permanecían en continua disponibilidad. Así se expresa a folio 19 del cuaderno principal: "Sí tengo conocimiento sobre los hechos, cuando yo me encontraba como relevante de guardia de esa Subestación o sea Chapinero, estaba respondiendo por treinta (30) revólveres, como lo consta en el folio 240 de la minuta de guardia y dichos revólveres yo los entregué mano únicamente (sic) los cuales figuraban en dicho libro, ya que fui destinado a prestar mis servicios en la sección volante, habiendo entregado ese armamento al agente Umbarila". Esta misma afirmación de haber recibido únicamente los treinta revólveres la repite en varias partes de la presente declaración y la había hecho igualmente en la que rindió inicialmente el día 23 de agosto de 1979 (folio 14 ibídem).

Que esos veinticinco revólveres no se utilizaban en el servicio normal u ordinario de la Subestación está también acreditado documentalmente. En efecto, en el folio 274 del libro de minuta, cuya copia fue aportada en debida forma al expediente (folio 119 del cuaderno principal), se lee: "17-VIII-79 - 10:55 Revista. A esta hora el señor es (sic) Monsalve Gómez Luis pasó revista al armamento haciendo constar que hace falta los revólveres ND 2267 y 2272 que se encontraban *dentro del armerillo que no se utiliza para el servicio*" (subrayas fuera de texto).

También el defensor destacó con énfasis en la audiencia pública esa ausencia de disponibilidad que los Comandantes de Guardia tenían respecto de los veinticinco revólveres del "armerillo pequeño", si bien lo hizo con miras a la fundamentación de las tesis presentadas en favor de su patrocinado. Así, a folio 261 del cuaderno principal se lee: "Voy a probar cómo los 25 revólveres del armerillo que no estaba al servicio ni al cuidado de los agentes que prestaban servicio en la guardia, no existió y digo que no existió por esto: porque esos 25 revólveres jamás fueron puestos a disposición ni al cuidado del depósito bajo la custodia de ellos, nadie sabía que estos revólveres existían, pudo haber existido el armerillo solo, pudo haber existido 20, 23 o 25 revólveres, pero en el momento que ellos prestaban su servicio, las ocho personas que tuvieron directa vinculación a ese armerillo o a ese recinto de la guardia, en ningún momento supieron que existían los 25 revólveres, siempre supieron que existían 30 revólveres, que eran los que se sacaban para el servicio".

Más adelante, y después de analizar las declaraciones de los agentes que prestaron el servicio de guardia, expresó: "Entonces señores oficiales, la desorganización era de tal magnitud que desde meses atrás se venían entregando 30 revólveres no más; aquí están las pruebas señores oficiales, desde meses atrás no se estaban entregando los 55 revólveres (el señor apoderado pasa una revista minuciosa a la minuta de guardia y lee las diferentes anotaciones respecto a las entregas del puesto de los Comandantes de Guardia, con el fin de encontrar alguna entrega de 55 revólveres) y continuó diciendo: esos 55 revólveres, señores oficiales, en ningún momento fueron entregados a los agentes de la guardia, los entregados fueron 30 revólveres, de esos 30 revólveres no se perdió absolutamente ninguno, se perdieron fue del armerillo pequeño donde estaban los 25 revólveres, esto es una prueba documental, señores oficiales, es una prueba documental, es un documento y como tal tiene fuerza probatoria, mientras no se demuestre la falsedad de estas actas, tienen plena fuerza y pleno valor" (folio 266 ibídem).

En otro momento de la audiencia, reiteró una vez más esa carencia de disponibilidad por parte de los Comandantes de Guardia sobre los revólveres del armerillo. En esta ocasión lo hizo después de estudiar los elementos de prueba que, a su juicio, permiten afirmar que uno fue el revólver desaparecido del armerillo y otro el que Callejas vendió a Zoracipa y éste a Eusebio Rodríguez, a quien le fue decomisado. En esta oportunidad dijo: "Si eso es así, si es una prueba exacta, contundente, fehaciente de esta sumaria, cómo es posible imputarle responsabilidad penal a mi defendido, por haber sustraído, hurtado dice el cuestionario, ese revólver, si se probó que no tuvo posibilidad jurídica de tener el armerillo" (folio 267 ibídem).

Las transcripciones que se dejan hechas evidencian que sobre los veinticinco revólveres del "armerillo pequeño" los Comandantes de Guardia solamente tuvieron, pues no se presentaron en

la época de los hechos las situaciones de excepción a que estaban destinados, una tenencia puramente física o material, no fiduciaria, creadora de un deber genérico de vigilancia sobre ellos, pero desprovista de capacidad de disponibilidad de los mismos dentro de las circunstancias ordinarias o normales del servicio.

Ese tipo de tenencia accidental o precaria, constitutiva no de un hecho jurídico sino de un simple hecho material, puede dar ocasión a un delito de hurto, pero no a uno de abuso de confianza, ni al de peculado, en su caso.

Quien, sin consentimiento del dueño y con propósito de aprovechamiento, toma una cosa mueble que le fue entregada dentro de esas limitadas condiciones, la sustrae o se apodera de ella y comete, por tanto, el delito de hurto.

Fue lo que sucedió en el caso que se juzgó dentro de este proceso, pues por las circunstancias como quedaban al cuidado de los Comandantes de Guardia los veinticinco revólveres del "armerillo pequeño", cualquier acto de disponibilidad sobre los mismos les estaba vedado, salvo que se presentaran situaciones excepcionales.

La calificación que se dio a los hechos en el cuestionario fue correcta, pues de haber tenido el agente Callejas Morales disponibilidad funcional y física sobre esos veinticinco revólveres de los cuales desapareció aquel cuya sustracción se le atribuyó, ciertamente no habría incurrido en el delito de hurto, pero tampoco en el de abuso de confianza como lo pretende el defensor, sino en un peculado, dadas su condición de empleado público y la calidad de oficial del objeto material de la conducta.

No prospera, por tanto, esta parte de la censura, como tampoco logran éxito, según pasa a verse, los demás aspectos de la misma.

En efecto:

1º Aunque no se dijo expresamente en el cuestionario que el agente se encontraba al momento de los hechos "en servicio activo" como lo demanda el recurrente, ello se deduce claramente de otra de las expresiones del cuestionario "hechos que se realizaron en actos del servicio por razón o con pretexto de él"; aparte de que está suficientemente acreditado en el expediente que Callejas Morales era por entonces Agente de la Policía Nacional y que entre el 11 y el 17 de agosto de 1979, época en que fue sustraída el arma, desempeñó funciones de Comandante de Guardia en la Subestación "Chapinero".

2º Decir que se trata de armas de uso privativo de la Policía Nacional, fue expresión utilizada en el cuestionario para indicar la procedencia de la misma, la que está debidamente acreditada como de origen oficial, según pasa a verse en el numeral siguiente.

3º En el expediente existe prueba suficiente para acreditar que el revólver sustraído era de propiedad de la Policía Nacional. Así se dice inequívocamente en la diligencia de inspección judicial practicada sobre el arma, la que, además, tiene un letrero en el cañón que dice "Fuerzas de Policía República de Colombia" (folio 132 del cuaderno principal). También se deduce esa propiedad del oficio número 1839 de 20 de octubre de 1979 visible a folio 100 ibídem y de las actas de traspaso de armas de la Decimoprimera Estación y de entrega entre Comandantes de la Subestación "Chapinero" (folios 102 a 105 y 178 a 181 ibídem).

4º Igualmente existen elementos de prueba idóneos para afirmar que el revólver que desapareció del armerillo de la Subestación de Policía "Chapinero" es el mismo que le fue decomisado a Eusebio Rodríguez, quien lo adquirió del Agente de la Policía Víctor Julio Zoracipa Useta, que a su vez lo había comprado al procesado.

Efectivamente, la descripción que éste dio del revólver que dijo haberse encontrado al pie de un árbol en terrenos de la Subestación "Chapinero" y que vendió al agente Zoracipa coincide con la de una de las armas relacionadas en los documentos citados en el numeral precedente (folio 19 del cuaderno principal). Con esa misma descripción se refiere Rodríguez al revólver que compró a Zoracipa, el mismo que le fue decomisado (folio 16 ibídem); y Zoracipa Useta admite que el revólver que él le vendió a Rodríguez fue el mismo que le había comprado al procesado Callejas Morales (folio 132 vuelto, ibídem).

5º Es cierto que la suma de diez mil pesos que se incluyó en el cuestionario como precio de la venta del revólver por parte del sindicado al agente Zoracipa no coincide con la de $ 7.000.00 en que dice el procesado haberla vendido, ni con la de $ 8.000 en que afirma éste que lo compró, ni con la de $ 12.000 en que la justipreció el armero de la Sexta Estación de Policía (folios 18, 19 y 258 del cuaderno principal), pero igualmente lo es que ese hecho no incidió para nada en la sentencia, pues no se agravó la pena por el factor cuantía como pudo haberse hecho, ni ese criterio regula la competencia en el campo penal

militar. No existe, por tanto, a este respecto, interés para recurrir.

El cargo no prospera por ninguno de sus aspectos

Cargo cuarto. Es cierto que el Consejo de Guerra Verbal que juzgó al Agente de Policía Carlos Arturo Callejas Morales no se efectuó en la fecha inicialmente fijada para ello en la resolución convocatoria, pero también lo es que este hecho obedeció no a capricho del Presidente del Consejo, ni a desidia o descuido de él para realizarlo dentro del marco de tiempo señalado originalmente, sino a circunstancias de fuerza mayor includibles, según constancia del proceso visible a folio 244 del cuaderno principal.

También está comprobado que, en virtud de ese involuntario trastorno, ajeno a cualquier afán de perjudicar al procesado en el justo ejercicio de sus derechos, el Presidente del Consejo fijó inmediatamente como nueva fecha la del 26 de mayo de 1980 y ordenó, en el mismo auto en que adoptó esa determinación, que se hicieran nuevamente las comunicaciones a todos los integrantes del mismo, como efectivamente se hizo (folio 244 ibídem).

Al folio 246 del expediente se encuentra el oficio número 0865 de 22 de mayo de 1980, por medio del cual el Presidente del Consejo de Guerra Verbal solicitó al Director de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá que remitiera al ex Agente Callejas Morales el día 26 de mayo de 1980 a las 08:00 horas para juzgarlo en Consejo de Guerra Verbal por el delito de hurto militar.

Ese mismo día, a las 08:30, en el Teatro del Departamento de Policía Bogotá, o sea en el mismo sitio y a la misma hora señalados inicialmente en la resolución de convocatoria, y con los mismos integrantes del Consejo que se determinó en esa resolución, y con la asistencia, entre otros, del procesado y su defensor, se dio comienzo al Consejo de Guerra Verbal que juzgó a aquél (folios 240 y 256 ibídem).

Fuera de que el Código de Justicia Penal Militar permite convalidar la nulidad originada en la falta de notificación del auto que señala día y hora para la celebración del juicio, si el interesado no notificado concurre al Consejo de Guerra (artículo 441, numeral 4º), debe destacarse que a él no solamente asistieron el sindicado y su defensor, el mismo que ahora recurre en casación, sino que no alegaron esa nulidad, no obstante que el defensor planteó y sustentó otras de naturaleza diferente, como la de ausencia de notificación en debida forma del auto cabeza de proceso (folios 256 y 257 ibídem).

No resultaron, por tanto, perjudicados en sus derechos por el cambio de fecha para la celebración del Consejo de Guerra, ni se desconocieron, por lo mismo, las finalidades de la notificación que buscan, a no dudarlo, que las partes no sean sorprendidas en sus justas prerrogativas de poder hacer valer sus razones. El procesado disfrutó, por lo demás, de una amplia y técnica defensa, como fue la adelantada a su nombre por su apoderado.

No se afectó con este procedimiento el debido proceso y, en consecuencia, no prospera el cargo que por tal respecto se formula a la sentencia.

Causal primera. Cargo primero. Además de que, como se dejó dicho al analizar el cargo tercero, los hechos fueron debidamente calificados como tipificadores de un delito de hurto militar, la presente censura ha de desestimarse por falta de técnica en su formulación, pues *cuando se alega la violación directa de la ley sustancial* por interpretación errónea, *se acepta que la selección de la norma fue la indicada, sólo que se le atribuyó un sentido y alcance que no tiene.*

El recurrente, por el contrario, parte de la base de que la norma aplicada, que fue el artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar, referente al delito de hurto, no era la adecuada, pues la que debió haberse tenido en cuenta era el artículo 241 del mismo estatuto, ya que para él no hubo sustracción del revólver por parte de Callejas Morales, sino apropiación del mismo, de donde su conducta debió haber sido enmarcada dentro del abuso de confianza y no del hurto.

En el fondo lo que alega en este primer cargo es una aplicación indebida, pero enunció y fundamentó una errónea interpretación, concepto diferente de aquél y excluyente.

La censura no prospera.

Cargo segundo. En este punto vuelve a esgrimir la misma tacha que ha venido haciendo a la sentencia (haber condenado a Callejas Morales por hurto cuando debió haberlo sido por abuso de confianza), sólo que le busca un amparo jurídico diferente; para este caso, la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la norma que sirvió de sustento al fallo.

También esta censura habrá de desecharse, pues en la forma como el recurrente la presenta y fundamenta equivale a *una equivocada denominación jurídica de la infracción, concepto que no puede proponerse dentro del marco de la cau-*

sal primera, pues de llegar a prosperar la acusación habría que dictar el fallo de sustitución (artículo 583, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal).

En esas condiciones, se proferiría sentencia en desacuerdo con el cargo formulado en el cuestionario y con el veredicto emitido por los vocales, lo cual entraña violación de lo dispuesto por el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal y constituye otra de las causales de casación (artículo 580, numeral 2º ibídem).

La violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de la norma que debe regir el caso, supone que los hechos y conducta fueron correctamente valorados en el fallo, sólo que se yerra al hacer la adecuación típica de los mismos dentro del dispositivo legal que debe recogerlos.

Mental o abstractamente el fallador selecciona en forma acertada la norma, tanto que hacia su aplicación ordena toda la argumentación de la sentencia, pero al materializar ese pensamiento e indicar el precepto, señala el que no es.

Si esa equivocación en el escogimiento de la norma y su corrección con el señalamiento de la que es pertinente, implican un cambio del nomen juris *de la infracción no puede alegarse este motivo de casación, sino el de nulidad, pues se rompería la relación procesal que debe existir entre el auto de cargos, o el cuestionario en su caso, y la sentencia.*

En el caso presente, todos los supuestos fácticos y los argumentos de la sentencia se enderezan hacia el reconocimiento de la responsabilidad de Carlos Arturo Callejas Morales por un delito de hurto, no por el de abuso de confianza. Luego, no hubo indebida aplicación del artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar que describe y sanciona el hurto, ni se dejó de aplicar el artículo 241 del mismo estatuto, pues en la mente del fallador no estuvo el condenarlo por el delito de abuso de confianza, ni por él fue llamado a responder en Consejo de Guerra Verbal. En la resolución se le convocó por el delito de hurto militar, y en el cuestionario se le acusó de *sustraer* el arma, empleando el verbo rector del hurto, no el del abuso de confianza que es el de *apropiarse* (folios 240 y 261 del cuaderno principal).

No está por demás recordar que también esta misma acusación la propuso como tacha de nulidad a la sentencia bajo la enunciación de una errónea denominación jurídica de la infracción, la cual fue igualmente desestimada por las razones que en su momento se dejaron expuestas.

El cargo no prospera.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para la Policía Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Álvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION DE JUEZ COLEGIADO POR CARGO DE MOROSIDAD

Artículo 78, numeral 12 del Código de Procedimiento Penal. Interpretación de la expresión "antes del pronunciamiento del fallo". Debe entenderse que el término hasta el cual es posible la recusación de Magistrado ponente, es el de la fecha en que presenta a la Sala el proyecto de fallo respectivo y no aquélla en la que la Corporación aprueba y firma la decisión tomada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 90 de septiembre 29 de 1981.

Bogotá, D. E., septiembre 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Vistos

Resolverá la Sala la recusación del honorable Magistrado Alvaro Luna Gómez, hecha por el representante de la parte civil.

Resultandos

1. Señala el recurrente dos causales como fundamento de su demanda, a saber: a) la 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal por amistad íntima entre el doctor Humberto Barrera Domínguez, apoderado del recurrente en el proceso, cuya sentencia condenatoria dio lugar a este recurso, y el honorable Magistrado Luna Gómez, y b) la 12 de aquella misma norma, por vencimiento de términos en el despacho del honorable Magistrado recusado.

2. Para fundamentar la primera causal afirma el actor que el doctor Barrera Domínguez influyó en el nombramiento del doctor Luna como Magistrado de la Corte, que ha oído decir que son muy amigos, que los apoderados en este proceso son oriundos de los dos Santanderes y por reparto le correspondió en esta Corporación precisamente al honorable Magistrado Luna Gómez y que en la página 92 del libro "Móviles ocultos de una injusticia" de que es autor el doctor Barrera Domínguez —obra que adjunta— aparece un mensaje del honorable Magistrado Luna Gómez dirigido a aquél y cuyo texto es el siguiente: "Sinceramente unímonos fervido homenaje que tributásele al jurista, al maestro, al novilísimo amigo".

3. En cuanto a la causal de morosidad dice que su prueba "la suministra el simple examen del proceso".

4. El honorable Magistrado Luna Gómez rechaza ambos cargos así: en cuanto al primero advierte que tiene con el doctor Barrera Domínguez iguales vínculos de amistad "a los que me unen con otros que han sido compañeros en la Corte" sin que ella pase del efecto puro y desinteresado que no alcanza al grado de amistad íntima que pudiera influir afectivamente en las decisiones judiciales; precisa, además, que ignora "hasta qué punto pudo influir o no el doctor Barrera Domínguez" en su designación como Magistrado de esta Corporación, que desconoce el lugar de origen de la mayor parte de los profesionales que han intervenido en este proceso y que rechaza enérgicamente la velada alusión de que algo anómalo pudo ocurrir en la diligencia de reparto de este negocio en la Corte.

5. En relación con el segundo cargo anota que entre el 2 de marzo y el 27 de julio se tramitó solicitud de expedición de copias, hubo diligencias de reparto del negocio a los Magistrados auxiliares y expedición de un certificado solicitado por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Bogotá y que, finalmente, se presentó proyecto de fallo el 4 de agosto del presente año según consta en el Acta Secretarial número 74 de tal fecha.

Considerandos

1. Respecto de la primera de las causales de recusación invocadas por el apoderado de la par-

te civil, reitera esta Sala que *el Código de Procedimiento Penal no ha erigido la amistad pura y simple como causal de impedimento o de recusación, sino la amistad íntima, vale decir, aquella que trasciende los planos de los formalismos y conveniencias propios de la vida de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunidad sentimental y espiritual entre dos seres que se identifican y complementan y que mantienen por eso más o menos estables relaciones interpersonales de complementación mutua y desinteresada ayuda* (autos de 6 de diciembre de 1979 y 17 de febrero de 1981). En el presente caso no emerge cosa distinta de las naturales relaciones de afecto entre dos juristas que fueron compañeros durante varios años en esta Corporación; el mensaje transcrito evidencia precisamente tal afecto; pero de estos antecedentes no puede colegirse la existencia de un vínculo necesariamente bilateral y tan estrecho y profundo como el de la íntima amistad que no reconoce, por lo demás, el propio recusado.

2. *Aunque el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal señala que la recusación puede hacerse en cualquier estado del proceso "antes del pronunciamiento del fallo", en tratándose de la causal prevista en el numeral 12 del artículo 78 ibídem —cargo de morosidad— cree la Sala que es necesario distinguir según se trate de juez unipersonal o colegiado; en el primer caso, resulta claro que la fecha límite para presentar la recusación es aquella en que el funcionario ha proferido sentencia de primera o segunda instancia; ha de aclararse, además, que el "pronunciamiento del fallo" a que se refiere el Código es el de la fecha de su emisión, no de su ejecutoria. En el segundo caso, debe entenderse que el término hasta el cual es posible la recusación de Magistrado ponente es el de la fecha en que presente a la Sala el proyecto de fallo respectivo y no aquella en que la Corporación aprueba y firma la decisión tomada. Son razones de esta interpretación las siguientes: a) la función del Magistrado ponente es la de estudiar el proceso que le ha correspondido en reparto para presentar ante la Sala su criterio sobre la cuestión pertinente, vertido en un proyecto de providencia; registrado este culmina su misión de ofrecer a la Sala su personal propuesta de solución del conflicto jurídico que todo proceso implica; de allí en adelante es la colegiatura, con el aporte de todos sus integrantes, la que decidirá sobre la suerte final de la ponencia; b) la inmediata finalidad de la recusación por mora no es otra que la de lograr la separación del funcionario moroso recusado para que sea otra persona (el Magistrado que le siga en turno si se trata de Tribunal o Corte), quien realice oportunamente la actividad judicial no desarrollada aún por el recusado; si esto es así, carecería de sentido separar del conocimiento del negocio a un Magistrado recusado por mora después de que éste ya ha cumplido, así hubiese sido con retardo, su función de elaborar la ponencia correspondiente y ponerla en conocimiento de la Sala, porque en tal hipótesis nada tendría que hacer el Magistrado que debiese reemplazar a quien fue objeto de la recusación. A este propósito no sobra recordar lo que esta Sala dijo respecto de la causal de recusación de que ahora se ocupa la Corporación: "Conviene destacar que la recusación comentada se proyecta hacia el futuro, cuando no ha surgido la actividad procesal que se requiere del funcionario judicial, y no para afectar una competencia subjetiva, cuando esta se ha ejercitado, así sea dentro de las condiciones del artículo 78-12 del Código de Procedimiento Penal" (auto de junio 21 de 1978, Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez).*

3. Como quiera que en el presente caso el honorable Magistrado Luna Gómez presentó proyecto a la Sala el 4 de agosto pasado, fecha en la que se inició su discusión, en tanto que el escrito de recusación fue entregado a la Secretaría el 15 de septiembre, es decir, poco más de un mes después de aquella fecha, síguese que lo ha sido extemporáneamente de acuerdo con el criterio expuesto en precedencia por la Sala.

4. Con fundamento en las anteriores consideraciones sobre inexistencia de amistad íntima entre el doctor Barrera Domínguez y el Magistrado recusado, y extemporaneidad de la recusación por mora, la Sala negará la pretensión del representante de la parte civil.

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

Resuelve:

RECHAZAR la recusación formulada al honorable Magistrado Alvaro Luna Gómez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PETICION DE CONTRAEVIDENCIA

Las partes pueden solicitar en cualquiera de los momentos que medien entre la conclusión de la audiencia con jurado y la emisión de la sentencia, que se decrete la contraevidencia del veredicto; sin embargo, el juez no puede proferir providencia aislada donde niegue la declaración impetrada, porque ello sería obligatorio a que anticipe la sentencia. Si el funcionario decreta la contraevidencia, no debe entenderse que accede a la solicitud del peticionario, sino que existe entre ellos coincidencia de criterios en la evaluación del caudal probatorio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 91 de 1º de octubre de 1981.

Bogotá, D. E., octubre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación formulado por el defensor de oficio en contra de la sentencia, por la cual el Tribunal de Bogotá condenó por homicidio al procesado José Guillermo Camelo.

Los hechos

Breve y exactamente los resume así el Fiscal Tercero del Tribunal:

"En la noche del 14 de mayo de 1978 en la cantina de Domingo Bohórquez, situada en la población de Nimaima (Cundinamarca) se presentó una discusión y pelea física entre José Orlando Luna y el señor Gustavo Pérez. Ante insinuación del dueño del establecimiento los riñentes salieron a la calle a continuar la contienda. En un momento dado el señor Domingo Bohórquez intervino para separar a los contendores, dándole un empujón a cada uno habiendo recibido el mediador un golpe de mano de parte de José Orlando Luna y Gustavo Pérez cayó hacia la calzada, pues existe una cerca bastante alta. Gustavo Pérez retrocedió trastrabillando, por frente a un campero que se encontraba estacionado, momento en el cual José Guillermo Camelo disparó contra él (Pérez) por el costado izquierdo y cuando la víctima alzaba los brazos indefenso, recibió tres disparos más de manos de Camelo, todos por la región axilar izquierda que produjeron el deceso inmediato de Gustavo Pérez".

El proceso

El Juzgado Promiscuo Municipal de Nimaima dictó auto cabeza de proceso el 15 de mayo de 1978, oyó en indagatoria a Camelo Martínez y le detuvo. El caso pasó por competencia al Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, en donde fue cerrada la investigación y se llamó a responder en juicio a Camelo Martínez por homicidio en Gustavo Pérez (noviembre 21 de 1978). Este auto fue apelado y el Tribunal de Bogotá lo confirmó (febrero 23 de 1979).

La audiencia pública se realizó el 25 de noviembre de 1980 y el jurado contestó afirmativamente el cuestionario que se les propuso.

El defensor del procesado dirigió al juez un memorial para pedirle que declarara el veredicto "claramente contrario a la evidencia de los hechos" porque, según él, el encausado había obrado en legítima defensa. El juzgado emitió sentencia para condenar a Camelo Martínez a la pena principal de ocho (8) años de presidio, pago de perjuicios y sanciones accesorias de ley. Apelada esta sentencia el Tribunal la confirmó el 9 de abril de 1981, modificando la naturaleza de la pena de conformidad con la nueva legislación (prisión por presidio) y las accesorias de pérdida de la patria potestad (por suspensión) y publicación especial de la sentencia (eliminada).

La demanda

Un solo cargo alega el demandante: el de que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad y aduce en su apoyo la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Esa nulidad, según dice, es de rango constitucional (artículo 26 de la Carta) y consiste en que el juzgador se negó a darle contestación a un memorial mediante el cual le pedía declarar el veredicto claramente contrario a la evidencia de los hechos. Luego de un análisis de los distintos testimonios del proceso, de citar tres fragmentos de jurisprudencia de esta Sala y uno del Tribunal de Bogotá, dice:

"Por considerar que el veredicto era injusto y que solamente correspondía al señor Juez Diecinueve Superior de Bogotá declarar su contraevidencia, fue que le formulé concretamente la petición respectiva que él tenía el deber ineludible de resolver aisladamente, antes de proferir la sentencia, dentro de los términos legales, para permitirme apelar de su proveído en el evento de que me hubiera sido desfavorable, con el fin de que fuera revisado por el honorable Tribunal de Bogotá, lo que no hizo violando ostensiblemente no sólo el derecho de defensa, sino el artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal".

Termina por solicitar que se anule toda la actuación cumplida a partir de la sentencia de primer grado para que el juzgado Diecinueve Superior de Bogotá se pronuncie sobre su petición de contraevidencia.

Concepto del Ministerio Público

Considera el Procurador Primero Delegado en lo Penal que no debe casarse la sentencia impugnada y luego de una serie de consideraciones atinentes al procedimiento de los juicios por jurado, dice:

"En el caso presente el señor juez recibió del defensor un memorial en que se impetraba la declaratoria de contraevidencia del veredicto y como respuesta a tal solicitud profirió la sentencia condenatoria que armonizaba con la respuesta del jurado de conciencia. Este proceder a juicio del Ministerio Público es absolutamente correcto y ajustado a las prescripciones legales, pues la sentencia condenatoria representaba una negativa al pedimento que se había hecho; tal vez lo ilógico habría sido lo pretendido por el impugnante, ya que contra la lógica y la economía procesal la sentencia habría sido anunciada y pospuesta en forma innecesaria. No se desconoció, pues, ni el derecho de petición, pues el planteamiento fue resuelto, ni el derecho de defensa, pues los argumentos dados para condenar, negaban los que adujo el defensor para hacer su solicitud".

Las consideraciones de la Sala

Se aceptó la demanda en este caso porque reunía los requisitos mínimos exigidos por la ley (artículos 576 y 578 del Código de Procedimiento Penal), y solamente porque su autor adujo en ella vicio de nulidad supralegal (artículo 26 de la Constitución Nacional) antecedente en el proceso a la sentencia (numeral 4º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

Forzoso resulta —ahora que se decide—, reconocer que traía el germen de su rechazo por la peculiar manera con que la censura aprecia la técnica que orienta el mecanismo procedimental de la declaratoria de contrariedad del veredicto con los hechos comprobados en la investigación. En consecuencia y dado que sólo alrededor de dicho tema giran los equivocados conceptos del impugnador, el recurso no puede prosperar como se dirá en seguida.

La jurisprudencia, y el demandante cita algunos fragmentos atinentes, ha dicho siempre que no es soberano el jurado porque al juez de derecho le asiste, cuando tal labor se presenta como necesaria, declarar claramente contrario a la evidencia de los hechos el veredicto que tan grave defecto contenga. Esta facultad existe para el juzgador de primera instancia y también para el de segunda en su caso, y uno y otro pueden ejercitarla por una sola vez para convocar así la reunión de un nuevo jurado, cuya solución al pro-

blema planteado será definitiva (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal).

La operación enunciada es actividad propia de los juzgadores en las instancias y no trasciende al recurso de casación, pues la Corte sólo puede ocuparse, como se ve en el numeral 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de los llamados veredictos contradictorios, que constituyen fenómeno bien distinto.

En la adopción de la declaratoria de contraevidencia proceden ellos, los juzgadores de instancia, con autonomía plena y, por tanto, no requieren impulso de parte para su pronunciamiento. No puede, sin embargo, impedirse que dichas partes la soliciten en cualquiera de los momentos que median entre la conclusión de la audiencia con jurado y la emisión de la sentencia de primera instancia, o después de producida ésta, en la segunda instancia. Puede considerarse tal petición como la concreción de un intento por colaborar con el juez en la tarea, a veces difícil y siempre delicada, de hallar el error que permita declarar la injusticia de la respuesta del jurado, pero nada más.

No pueden las partes esperar, y menos exigir como el censor aquí lo cree, una respuesta del juez distinta de aquella que traiga la sentencia. Lo anterior quiere decir que sería exótica la providencia aislada que negara la declaratoria impetrada y que dicha resolución, de carácter interlocutorio, permitiera ser apelada en busca de solución favorable ante el juzgador de segunda instancia, porque éste solamente adquiere competencia funcional en estos casos cuando revisa, por apelación o por consulta, la sentencia de primera instancia, o por obligada consulta el auto que sí declaró la contraevidencia. En este último caso, apenas, si se está en presencia de una coincidencia en los criterios evaluadores del caudal probatorio que tienen el juez y el peticionario, y no debe entenderse que el primero accede a una solicitud del segundo en tal sentido.

Como consecuencia de lo dicho se tiene, para el caso de autos, que procedió bien el juzgador de primera instancia cuando finalizada la audiencia y finalizados los términos de que disponía para dictar sentencia emitió esta última sin referirse previamente, en providencia aislada, a la petición de contraevidencia que le hizo el defensor. De la misma manera procedió el juez *ad quem* y, por tanto, tampoco existe yerro de su parte. No hay conculcación alguna de los derechos de la defensa ni se faltó en lo más mínimo a las reglas que dirigen el debido proceso. No existe, según lo dicho y razonado, nulidad en el proceso, ni de carácter legal ni de rango constitucional, y, como ya estaba dicho, el recurso no puede prosperar.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INDAGACION PRELIMINAR

Durante la etapa de indagación preliminar no puede ejercerse la acción civil. La pretensión indemnizadora sólo es aceptable durante el proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 27066.

Aprobado: Acta número 91.

Bogotá, D. E., octubre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Contra el auto de veinte (20) de junio del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Bucaramanga (Sala Penal), rechazó la demanda de constitución de parte civil presentada por el abogado Carlos Arturo Rangel Molina en las diligencias de investigación preliminar que con motivo de una denuncia presentada por dicho profesional contra el Juez Cuarto Penal del Circuito de la mencionada ciudad por los presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad, se han venido adelantando, interpuso el denunciante recurso de apelación que se ha tramitado debidamente y dentro del cual conceptuó el Procurador Segundo Delegado Penal en la forma que se verá más adelante.

Agotado el trámite, se procede a resolver lo que sea del caso.

Según la denuncia, el abogado Rangel Molina fue detenido mientras se encontraba en Venezuela, traído a Bucaramanga y puesto a órdenes del Juez Cuarto Penal del Circuito, hecho este último que tuvo lugar, según los términos de la ampliación de denuncia, el 12 de mayo del año en curso, habiendo sido motivo de su captura una denuncia que contra él se puso por el delito de abuso de confianza.

De acuerdo con la misma ampliación, estuvo diez días privado de libertad e incomunicado en la Cárcel Modelo de Bucaramanga sin que el juez lo indagara, sino al cabo de ese tiempo desoyendo las peticiones que en ese sentido le hiciera el denunciante, motivo por el cual presenta la referida acusación contra el funcionario.

Antes de abrir investigación y como cuestión previa a la misma, el Tribunal dispuso la práctica de unas pruebas, lo que hizo por auto de quince de junio de este año.

En ese período fue cuando el denunciante presentó un memorial recibido el 15 del mes que se acaba de mencionar y en el que pide que se le reconozca como parte civil, a lo cual responde la Sala que, no habiendo proceso todavía, no puede aceptarse el pedimento.

En la presente instancia el Procurador Segundo Delegado Penal pide se confirme el auto materia de la alzada por considerar que tiene razón el Tribunal en la argumentación sobre la cual basa su negativa.

Consideraciones de la Corte

Es muy clara la ley cuando establece, en el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal que "la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal se ejercerá dentro del proceso penal *(se subraya) por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos" y reitera en el artículo 125 del mismo ordenamiento que "las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o sus sucesores, podrán ejercer la acción civil* dentro del proceso penal, *(también se subraya) constituyéndose parte civil".*

Esto es, que para ejercer dicha acción se necesita que se haya iniciado el correspondiente pro-

ceso, lo cual es obvio, ya que sólo a partir de ese momento puede decirse que se entra a investigar por el estado si se ha cometido un delito, quién o quiénes son sus autores o partícipes y la naturaleza y cuantía de los perjuicios como lo dice el artículo 319 del Código que se viene citando.

O sea, en definitiva, que la acción penal y la civil nacen cuando el Estado decide abrir el correspondiente proceso y únicamente a partir de ese momento puede decirse que toman cuerpo tanto la pretensión de aquel de descubrir y sancionar un delito como la de los presuntos ofendidos a que se les resarzan los daños que han recibido.

Esto lo ha expresado la Sala en diversas oportunidades y lo reitera en la presente para impartir su aprobación a lo decidido por el Tribunal de Bucaramanga en la providencia materia del recurso.

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

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Tiene por exclusiva finalidad remediar el error consistente en haber sido condenado un inocente

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26593.

Aprobado: Acta número 91.

Bogotá, D. E., octubre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Palermina.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de revisión propuesto por el procesado Jairo Moreno Ortiz, por medio de apoderado designado al efecto, con relación al proceso seguido contra él en el Juzgado Tercero Superior de Villavicencio (Meta), por delitos en concurso de falsedad y estafa, y que concluyó con la sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior del mismo Distrito que lo condenó a la pena principal de tres años de presidio, más las accesorias correspondientes.

Por auto de 2 de diciembre de 1980 se reconoció al apoderado nombrado, se admitió el recurso, se declaró ajustada a derecho la demanda presentada y se solicitó el proceso original. Posteriormente se abrió el recurso a prueba, sin que ninguna fuera dispuesta por ausencia de solicitud y, dentro del término legal de alegaciones, se recibieron las del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y recurrente.

Hechos y actuación procesal

Los primeros los presenta la sentencia de primera instancia, así:

"Jairo Moreno Ortiz fue sindicado por su propio padre Carlos Alberto Moreno, según denuncia que formuló por el delito de falsedad, de haberse sustraído un cheque en blanco de su talonario, el cual llenó girándolo a su nombre por la suma de dieciocho mil pesos y falseando su firma, obteniendo la cancelación de tal valor por parte de la entidad bancaria. Sucesos que tuvieron ocurrencia a mediados del mes de noviembre de 1977".

Tocante a la actuación procesal, consta en el expediente original que la investigación la inició el Juzgado Promiscuo Municipal de Acacías el 28 de noviembre de 1977 y que al ser radicada la competencia en el Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, éste procedió a su clausura el 10 de marzo de 1978, para posteriormente, mediante auto de 11 de mayo de igual año, calificar el mérito del sumario con el enjuiciamiento de Moreno Ortiz por delitos en concurso de falsedad documental y estafa, cuya materialidad encontró "plenamente demostrada tanto con la confesión del procesado Jairo Moreno Ortiz (folio 11), la declaración juramentada del empleado del Banco de Bogotá de Acacías (folio 8), fotocopia del cheque 675145 del Banco de Bogotá de Acacías por valor de dieciocho mil pesos, y la denuncia presentada juramentada de Carlos Alberto Moreno (folio 2)".

El Juzgado Tercero Superior de Villavicencio finalizó la causa con sentencia condenatoria de 16 de mayo de 1979, por los mismos delitos imputados en el auto de proceder y aludiendo a la misma prueba que a éste sirve de fundamento. Al surtirse la consulta, el Tribunal Superior de Villavicencio confirmó la decisión del juzgado, por la que se impuso al incriminado la pena principal de tres años de presidio, más accesorias de rigor.

La demanda

Invoca la causal tercera de revisión del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, según la cual, el proceso es revisable "cuando alguno está 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".

Estima el demandante que la condenación hecha a Jairo Moreno Ortiz se asienta en el testimonio-denuncia del propio padre de éste, que en manera alguna tiene el valor probatorio que se le asignó en las instancias, porque:

"... hay múltiples evidencias, en virtud de las cuales se demuestra que no es de contenido cierto sino absolutamente falso el denuncio que sirviera de base a los funcionarios municipales de Acacías, Meta, para abrir sumarias por supuesta acción ilícita en contra del joven Jairo Moreno Ortiz. Tal pieza del investigativo —a primera manera de ver— no da fe de actividades consagradas a montar los dos delitos, sino lo que determina, con nítido criterio, es aquel estado de ira que acompañaba al progenitor del condenado al participar, en ese momento psicológico, por motivación completamente personal, quebrantamientos de normas que resultaron ser, a la postre, de puerta cerrada, sin peligro, daño, ni reproche por el que impone pena.

"Esta misma trascendencia, al respecto, de un elemento del sumario que no podía tenerse como legal elemento de convicción enfoca, por consecuencia, un principio más vasto cuya virtualidad estriva (sic) en demostrar la inocencia de Moreno Ortiz; o, que complemente mejor, pues, ese estado iracundo o de anormalidad especialísima, cuya índole se olvidó puntualizar en tal instante, pero que vino con explicación propia el 24 de diciembre (d. de ampliación) creó una sindicación equivocada que muy consecuentemente el mismo denunciante reconoce a secas y pide cesar todo procedimiento ...".

El libelo invoca como fundamentos de derecho los artículos 584 y 585 del Código de Procedimiento Penal y trae anexas las pruebas a que se refiere la parte final del último de tales preceptos.

Las alegaciones

I. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de la relación de hechos y actuación procesal, pasa a referirse a la demanda, la que encuentra improcedente, por los siguientes motivos:

"... Considera que la prueba falsa, determinante de la condena, es la declaración y denuncia del perjudicado con el cobro del cheque adulterado, o sea el padre del condenado; y para demostrar la falsedad de la misma y consecuentemente deducir la procedencia de la revisión, no invocó en la demanda ningún medio probatorio, como tampoco formuló petición alguna dentro del término correspondiente del recurso.

"Lo anterior, porque considera —según los términos de la demanda— que dicha falsedad se desprendía del mismo contenido de la declaración del denunciante y su ampliación para que se prescindiera de continuar la averiguación, por haber procedido éste a dar la noticia del hecho delictuoso por la cólera o disgusto que le produjo la conducta de su hijo, que consideró en ese momento perjudicaba sus intereses.

"Estima este Despacho que tal alegación implica volver a examinar una prueba ya producida en el proceso, para concluir con base en las argumentaciones respectivas su falsedad, sin acudir a otros elementos de demostración de la situación alegada ...".

II. El recurrente, por su parte, no obstante no haber solicitado prueba alguna que viniera a corroborar su afirmación de ser falso el testimonio del padre del sentenciado Jairo Moreno Ortiz, pretende sustentar el recurso con los mismos argumentos expuestos en la demanda, de forma que la Corte queda relevada de volver sobre los mismos.

Se considera

La sola lectura del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal permite advertir, no solamente que la revisión es el único recurso que cabe interponer "contra las sentencias ejecutoriadas", sino que ella tiene por exclusiva finalidad remediar el error de haberse condenado a un inocente. De suerte que tal recurso extraordinario se opone al principio res judicata pro veritate habetur *para evitar que prevalezca una injusticia.*

Pero como la inmutabilidad de la cosa juzgada es cuestión fundamental en toda legislación para asegurar la firmeza del fallo, nada más lógico que entender que al través de una petición de revisión no se puede pretender la corrección de todos los yerros que hubieran podido cometerse en la tramitación de un proceso, sino tan sólo

de aquellos que, por estar relacionados con la prueba neurálgica del insuceso criminal, hayan conducido a una condenación injusta.

De ahí que en el caso específico de la causal tercera de revisión, que es la que aduce la demanda, constituya procedimiento equivocado pretender el éxito del recurso sobre la base de acusar de falsedad un testimonio sin intentar siquiera demostrar que sólo él fue el soporte de la condena o que su desquiciamiento derrumbaría necesariamente todo el apoyo dialéctico que la sustenta.

En consecuencia, bastaría prohijar las juiciosas reflexiones del Procurador Delegado para negar la revisión impetrada, porque la presunción de verdad que ampara la res judicata, *no puede ser desvirtuada recurriendo al expediente de hacer un nuevo examen crítico de las pruebas allegadas al proceso, sino acreditando en el término probatorio del recurso ser cierta la falsedad invocada, pues, si así no fuera, se desnaturalizaría el carácter extraordinario del recurso, que quedaría convertido en una tercera instancia.*

Agrégase, sin embargo, que aunque sean ciertas las contradicciones que la demanda señala respecto de las dos declaraciones juradas rendidas en el proceso por el padre del condenado, no por ello podría prosperar la revisión, porque, como esta misma Corporación lo ha señalado, "no 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, 3 de junio de 1966, CXVI, 239). Además, en el proceso a que apunta la solicitud de revisión no sólo el testimonio tildado de falso sirve de sustento al fallo de condena, desde luego que éste, como lo evidencia la reseña hecha de la actuación procesal, fue proferido aludiendo a otros elementos de juicio.

Así, pues, si cuando se invoca la causal tercera de revisión es deber del recurrente demostrar, con distintos medios de convicción, la falsedad de la prueba en que fundamentalmente se apoya la sentencia, precisa concluir que en el evento sub judice *el recurso no está llamado a tener éxito, puesto que ninguna prueba se adujo en ese sentido.*

Por las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de revisión de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA

Jurados principales y suplentes. Finalidad de esta clasificación. Reemplazar a un jurado principal por un suplente, sin que se hubiere acreditado en forma debida la excusa presentada por aquél, es irregularidad procedimental que no vicia de nulidad el debate respectivo ni la decisión que en él se toma. La índole del asunto debatido en el juicio no condiciona la calidad de los jurados a quienes la ley no exige conocimientos técnicos o científicos sobre las materias que les corresponde decidir

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 91 de 1º de octubre de 1981.

Bogotá, D. E., octubre 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de dieciséis de diciembre del año próximo pasado, recurrida en casación, impuso a Rodrigo Alberto Alzate Murillo, por los delitos de homicidio en Belarmino Castaño, tentativa de homicidio en Carlos Castaño y robo en perjuicio de los mismos, veinte (20) años de presidio, así como las accesorias de ley.

De los hechos y antecedentes procesales, dijo el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"El domingo 27 de febrero de 1977 Belarmino Castaño Agudelo y sus hijos Octaviano y Oscar, se dirigían hacia el Municipio de Marinilla, junto con Carlos Castaño, sobrino del primero y primo de los segundos, por parajes rurales del sector denominado 'La Peña', cuando intempestivamente fueron atacados con armas de fuego mediante disparos provenientes de un lugar en donde varios individuos se hallaban emboscados.

"Belarmino fue gravemente herido y murió en el lugar de los hechos, mientras que Carlos recibió lesiones que lo incapacitaron por 25 días, y los otros dos transeúntes lograron escapar ilesos. Sin embargo, no contentos con lo hecho, uno de los atacantes registró los bolsillos de sus yacentes víctimas y se apropió de algunos dineros y de sus respectivos machetes.

"Como el ruido de las detonaciones atrajo la atención de los moradores de la casa de Esmeragdo Castaño —hermano del finado y padre del herido— tanto aquél como dos de sus hijos acudieron a enterarse de lo sucedido, y pudieron ver y distinguir entre los agresores a Rodrigo Alberto Alzate Murillo —como autor de los disparos y del hurto—, el que posteriormente fue capturado.

"La investigación fue iniciada el 8 de marzo subsiguiente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Marinilla, ante el cual rindió indagatoria el acusado, como más tarde lo hicieron sus presuntos compinches José Muñoz, Carlos Enrique Muñoz y Jesús Hernán Muñoz ante el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Medellín.

"El Juzgado Tercero Superior llamó a responder en juicio por los mismos ilícitos, por los que posteriormente fue condenado, a Rodrigo Alzate Murillo, mientras que sobreseyó a los demás implicados.

"Con fecha 13 de julio de 1978 se efectuó el sorteo de jurados de conciencia para efectos de la audiencia pública, y fue así como entre los designados figuró la doctora Amparo Múnera de Trujillo, a quien se notificó personalmente el auto que dispuso tenerla como tal.

"Llegada la fecha del debate reza el acta correspondiente, '... la doctora ... se presentó

pero por quebranto de salud (sic) el juez la excusó ...', de suerte que la diligencia se llevó a cabo con la asistencia de los funcionarios y demás personas obligados y el jurado estuvo integrado por dos de sus miembros principales y uno de los suplentes, quienes emitieron el veredicto base de la sentencia condenatoria, reformada en la segunda instancia, materia ésta del recurso extraordinario que nos ocupa".

La demanda

Se formula un único cargo, con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad").

Y se enuncia y demuestra del siguiente modo:

La jurado de conciencia, doctora Amparo Múnera de Trujillo, se hizo presente en el juzgado en la fecha y hora de la audiencia, pero fue sustituida por un suplente, por presunto quebranto de salud, sin acompañar el certificado médico de rigor. Ella, ese mismo día, estuvo desempeñando su cargo público de notaria y al efecto rubricó varias escrituras.

Como el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal señala los eventos en los cuales puede ser reemplazado un jurado y éstos no se dan en el caso de la doctora Múnera de Trujillo, pues ella no faltó de manera física, ni se presentó una ausencia legal, porque "no adujo prueba del pretendido quebranto de salud", es obvio que tal titular del proceso de juzgamiento fue retirado contra lo que manda la ley. Y el perjuicio de esta separación resalta cuando se considera que la suerte procesal de ... Alzate giraba en rededor del análisis de unas declaraciones sospechosas y contradictorias. La decisión judicial debería ser la resultante del sentido crítico dado a esas declaraciones. Y esto pertenece, como es obvio, más al mundo de lo jurídico que al mundo de lo práctico. Es así que la jurado principal ilegalmente reemplazada, doctora Amparo Múnera de Trujillo, es abogada titulada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín; de donde es de suponer que una persona versada en derecho podría haber acertado más en el alcance probatorio de unas declaraciones.

"¡Y esto resalta y aparece aún más de bulto si se repara que Rodrigo Alberto Alzate Murillo fue declarado responsable por el jurado *por mayoría*!".

De ahí, pues, que se invoque el artículo 26 de la Constitución Nacional y se solicite casar el fallo, disponiéndose, por "la Corte, que el proceso se envíe al Tribunal de origen y se convoque a nueva audiencia con jurado, toda vez que la nulidad alegada hace irrito todo lo actuado".

Consideraciones de la Corte y opinión de la Delegada

La desestimación que de la censura ofrece el Ministerio Público, es plenamente procedente. El criterio expuesto por este colaborador fiscal es pertinente por lo acertado y poco tendría que agregar la Sala a las razones que al respecto anota. De ahí que tenga que reproducir su pensamiento en la siguiente forma:

"Esta circunstancia (la excusación de la jurado principal y la intervención del suplente) permite inferir entonces que contrariamente a lo que aduce el censor, el juzgado del conocimiento observó a plenitud el precepto del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal y con él las formalidades propias del juzgamiento consagradas en la Constitución Nacional, pues dicha norma prevé la ausencia de 'alguno o algunos de los tres jurados principales' 'al iniciarse la audiencia', dispone su reemplazo por él o los suplentes sorteados, 'en orden de extracción de las fichas', y exige como requisito *sine qua non* para su validez, que el jurado con el cual se inicie el debate, actúe hasta su terminación.

"De otra parte, la valoración de la excusa presentada por el jurado ausente corresponde al juez de la causa, y la inasistencia a la vista pública está debidamente sancionada por el artículo 554 del mismo estatuto, sin que este hecho, subsanado conforme a la primera norma citada, tenga por qué afectar la validez del juzgamiento.

"La institución del jurado de conciencia en su forma y su funcionamiento otorga igual poder decisorio a todos y cada uno de sus integrantes para cada caso concreto, y es así como todos sus miembros son citados en la debida oportunidad al debate público —artículo 553 ibídem—, en sabia previsión legal de hechos como el que es materia de discusión.

"De esta suerte, si no concurren causales que prohíban la designación como jurado ni impedimentos conforme a los artículos 528 y 529 del Código de Procedimiento Penal, y se reúnen los requisitos básicos del artículo 530 ibídem, pierde toda trascendencia el argumento del demandante en el sentido de que el ser la jurado reemplazada profesional del derecho, y estar por ello más ca-

pacitada que sus compañeros de labor para adelantar una valoración más adentrada en el campo 'de lo jurídico' de algunas pruebas de cargo, su cambio propició un veredicto perjudicial. Porque no debe perderse de vista que la decisión del *juri* es básicamente un fallo de hecho, ajeno por esencia a las disciplinas jurídicas, y por consiguiente puede ser emitido en igualdad de condiciones por cualquier tribunal de conciencia integrado conforme a la ley".

A lo anterior agréguese:

La irregularidad procedimental en que pueda incurrir un juzgador de derecho, en cuanto a permitir la participación de un jurado suplente, sin acreditarse en forma debida la excusa presentada por uno principal, no vicia de nulidad el debate respectivo ni la decisión que en él se toma. Todos los jurados, principales y suplentes, tienen una igual capacidad y vocación. Esa clasificación apenas sirve para ordenar sus obligaciones y señalar el modo preferente como estas deben servirse y ser exigidas por el juez de la causa. Su quebrantamiento, por unos u otro, apenas origina una consecuencia disciplinaria, pero nada más. Ninguno de los integrantes tiene, a ese respecto, una mayor capacidad. Si la índole del asunto debatido estableciera por sí una calificación en el jurado, la ley hubiera precisado una conformación del jurado que respondiera a esa especial capacitación. Así es como en cuestiones médicas habría señalado una integración con expertos en estas ciencias, en puntos de controversia jurídica con abogados, en materias de balística, toxicología, grafotecnia, etc., con personas versadas en las mismas. Pero no, simplemente ha exigido que se trate de ciudadanos "honorables y competentes" para juzgar una conducta —artículo 522-1—, decisión que deben tomar "con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado, sin atender voz distinta a la de (la) personal conciencia y no hacerlo jamás sin convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga" —artículo 560 del Código de Procedimiento Penal—.

De modo, pues, que la ausencia de un jurado no debe analizarse, en cuanto a su posible perjuicio, desde el punto de vista de su especialización científica o de la profesión, arte u oficio que ejerce, porque la ley no los selecciona ni integra atendiendo exclusivamente a este criterio. Menos debe aceptarse que la excusa insuficiente o inadmisible de un jurado, tomada con largueza y hasta en cierta forma de modo abusivo por el juez, conduzca a la invalidación de lo actuado por los restantes jurados. Si así fuere, si la intervención del jurado principal fuere inevitable, la ausencia de uno de éstos, sin razón alguna para ello, evitaría la realización de la audiencia o la anulación de la verificada en estas circunstancias. Y nada de esto ocurre porque la ley de procedimiento entiende que todos los seis jurados, tres principales y tres suplentes, son igualmente aptos y están en idénticas condiciones de cumplir su ministerio. Por eso se les cita a todos y por lo mismo la renuencia de uno o varios de ellos, permite la automática integración del jurado con principales, con suplentes o con principales y suplentes, quedando a salvo la sanción pertinente para los que debiendo concurrir o asistir no lo hicieron y no presentaron excusa válida.

Insiste la Sala en que la indebida aceptación de una excusa mantiene el juicio en su órbita de plena validez, posibilitándose sí la sanción disciplinaria para el juez de derecho que no ha atendido las regulaciones legales. Y otro tanto acontece para el jurado que ha engañado al juez con una excusa irreal o fingida. La comprobación posterior, así se le haya aceptado en un principio, conduce a la aplicación de las sanciones pertinentes. Y a todo esto proveerá la Sala.

En consecuencia, el cargo no prospera.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. No casar el fallo recurrido, ya indicado en su fecha, origen y naturaleza; y

2. Dar cuenta de lo sucedido en esta audiencia a la Procuraduría Seccional de Medellín, para que esta oficina investigue si existió o no excusa justificada en la jurado doctora Amparo Múnera de Trujillo, y si la actuación del Juez Tercero Superior de Medellín, doctor Laureano Colmenares Camargo, estuvo ajustada a derecho. Conforme a esta averiguación y a sus resultados, se tomarán, para una y otro, las sanciones disciplinarias del caso, y, si es pertinente, se informará lo acontecido a la Superintendencia de Notariado y Registro, en relación con la doctora Múnera de Trujillo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Finalidades de la revisión. Taxatividad de sus causales

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 94.

Bogotá, D. E., octubre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Aldemar Morales, condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cali, a la pena principal de dieciséis meses de prisión como responsable de hurto, interpuso por medio de abogado recurso extraordinario de revisión.

Resultandos y considerandos

1. En su demanda el apoderado de Aldemar Morales solicita a la Corte que se declare la nulidad del proceso en razón de que a su patrocinado no lo citaron para concurrir a dos diligencias de inspección judicial que se realizaron en los Bancos Comercial Antioqueño y de Colombia, con lo que se burló "el derecho de la legítima defensa que tiene toda persona".

2. *La revisión —ya se la entienda formalmente como un recurso extraordinario o sustancialmente como una acción excepcional— es preciada institución jurídica que ha sido creada por el legislador para corregir protuberantes injusticias que no pudieron ser evitadas en el decurso regular del proceso y que han conducido a la probable condenación de persona inocente. Como quiera que su aceptación implica quebrantamiento del principio de la cosa juzgada sobre el cual se asienta la inconmovilidad de las sentencias judiciales ejecutoriadas, supuesto esencial del estado de derecho, el legislador ha sido particularmente severo en el taxativo señalamiento de las causales que hacen posible la aceptación de aquel mecanismo revisor; por manera que resulta imposible la pretensión de forzar la vía de la revisión por razones distintas de las que expresa y precisamente señala el Código de Procedimiento Penal.*

3. *En el presente caso, el demandante solicita que se declare la nulidad de un proceso que ya culminó con sentencia condenatoria, petición ésta que tendría sentido si se alegase en las instancias ordinarias y aún en sede de casación, pero que carece en absoluto de respaldo legal y de sindéresis jurídica en tratándose de una revisión, porque la nulidad no está prevista en el artículo 594 del Estatuto Procesal Penal colombiano como causal de tal recurso. No se requiere demasiada agudeza mental ni muy especiales conocimientos jurídicos para llegar a esta conclusión.*

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

Resuelve:

RECHAZAR la demanda de revisión propuesta y ordenar que se devuelva el proceso al juzgado de origen; por la Secretaría déjese copia de la actuación.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA OPINION JUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Los conceptos que emita el funcionario en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia, no imposibilita su posterior actuación en el proceso, salvo el evento contemplado en el ordinal 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 94.

Bogotá, D. E., octubre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

El doctor Mario Ernesto López Camargo, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en auto de 21 de agosto de 1981 y con invocación de la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, manifestó que se declaraba impedido para conocer del proceso seguido contra Jorge Ernesto Monroy Aponte por el delito de homicidio.

Los restantes Magistrados de la Sala de Decisión, en providencia de 8 de septiembre de 1981, no aceptaron sus planteamientos y ordenaron el envío de las diligencias a la Corte para que se decida el incidente de conformidad con el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor López Camargo funda su impedimento en la consideración de que, como Fiscal que fue del extinguido Tribunal Superior de Sogamoso, manifestó en este mismo proceso su opinión sobre el fondo del mismo cuando rindió concepto favorable respecto de la confirmación del auto por medio del cual el juzgado del conocimiento se abstuvo decretar la detención preventiva del sindicado, decisión de la cual apeló el representante de la parte civil. Anota el funcionario que en su vista fiscal analizó la totalidad de los elementos probatorios obrantes en el expediente, que son los mismos que lo conforman al presente, y se pronunció sobre la imputabilidad del procesado y sobre su responsabilidad, ubicando su actuación dentro de las circunstancias de justificación del hecho a que se refería el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal de 1936, y que, por tal motivo, no puede conocer de la providencia que ahora debe revisar el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso sobresee definitivamente en favor de Jorge Ernesto Monroy Aponte, con fundamento en la justificación de su conducta.

El Tribunal, al no aceptar el impedimento hizo los siguientes planteamientos:

"En el evento que nos ocupa y, como ya se dijo, el concepto versó sobre un auto de detención, auto de características muy diferentes al de llamamiento a juicio, pues sus presupuestos son bien distintos.

"Así tenemos que entre los objetivos del auto de detención se encuentra el de garantizar la comparecencia del sindicado, evitar posibles influencias sobre los testigos y por eso se dice que es una medida precautelativa que no tiene el carácter de pena.

"De allí que ni siquiera se requiera para proferirlo la comprobación del cuerpo del delito, exigencia que sí es necesaria en el auto calificatorio".

"... Cuando se ha dado concepto sobre un auto provisional como es el de detención no es causal de impedimento para, luego, conocer en el fondo. Y si en el caso presente sucede justamente eso, es decir, el concepto versó sobre un auto de detención, significa que ahora el honorable Magistrado doctor Mario E. López Camargo no está

impedido para conocer del asunto" (folios 10 a 15 del cuaderno del Tribunal).

Se considera

Ha dicho la Sala que "la opinión que imposibilita la posterior actuación del funcionario es la que se emite por fuera del proceso no la que expresa en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia. Si no fuese así, y si se tomare siempre como opinión enervante de futuras actuaciones la expresada con anteriores providencias judiciales, no podría, por ejemplo, proferir sentencia el juez que dictó el auto de proceder.

"En tratándose de funcionarios y en lo que respecta a su actividad judicial, la causal de impedimento procedente es la considerada en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal en la hipótesis de la revisión de la propia providencia, que, para el Ministerio Público, se traduciría en conceptuar acerca de la misma providencia" (auto de 17 de abril de 1980).

En el caso presente no se trata de opinión que hubiere emitido el doctor López Camargo por fuera del proceso, sino en cumplimiento de su función como Fiscal del Tribunal Superior de Sogamoso, cuando conceptuó favorablemente en relación con la confirmación del auto por medio del cual el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad prescindió de decretar la detención preventiva del inculpado (folios 141 a 149 del cuaderno principal).

No cabe, por tanto, alegar la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Pero aún ubicando el impedimento del doctor López Camargo dentro del numeral 7º de la misma norma, que sería el indicado, tampoco prosperaría, pues no se trata de decidir ahora acerca de la providencia que fue objeto de su valoración, sino de otra, como lo es la que dispuso el sobreseimiento de carácter definitivo en favor del sindicado, decisión que requiere presupuestos probatorios diversos y que tiene consecuencias jurídicas igualmente diferentes.

Sus apreciaciones estuvieron entonces vinculadas a unos elementos de convicción que bien pudieron haber variado en el decurso de la investigación. De allí las obvias salvedades que se advierten en la vista fiscal: "por lo cual la eximente está perfectamente demostrada y debe, y *al menos por ahora* serle reconocida al sindicado" ... "el celador sindicado actuó dentro de los marcos de la ley y por este aspecto *hasta el momento* no aparece la prueba requerida por la ley para dictar en su contra auto de detención preventiva" ... "muy razonables son los argumentos presentados por el doctor Guevara, pero dada la realidad procesal y las circunstancias en que el hecho se cometió es inadmisible la petición que formula, *al menos por ahora*" (folio 148 del cuaderno principal —subrayas fuera de texto—).

Si los conceptos que se expresan al proferir un auto de detención o al abstenerse de privar de su libertad a una persona, inhibieran a los funcionarios para posteriores actuaciones, nunca podrá el mismo juez que profirió dicha decisión calificar luego el mérito del sumario.

Resulta, en consecuencia, infundada la manifestación del impedimento analizado.

El expediente registra notorias moras en su tramitación a partir del 5 de mayo de 1969, como puede observarse de folios 155 a 175 del cuaderno principal.

El Tribunal tomará las medidas pertinentes con el fin de que se averigüe la posible responsabilidad de los titulares del juzgado del conocimiento durante esos lapsos de tardanza.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Mario Ernesto López Camargo, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, quien deberá proseguir en el conocimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DECRETO 1188 DE 1974

Dosis de aprovisionamiento y dosis personal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26421.

Aprobado: Acta número 94.

Bogotá, D. E., octubre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación propuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida el 11 de julio de 1980 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y mediante la cual confirmó la del 29 de abril del mismo año dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Roldanillo que condenó, como infractor del Decreto 1188 de 1974 a Norberto Aguirre, a la pena principal de tres años de presidio y multa de cinco mil pesos moneda corriente.

Hechos

Los sintetizó el Tribunal de la siguiente manera:

"... Norberto Aguirre era trabajador del Ingenio Riopaila, situado en la jurisdicción del Municipio de El Zarzal, y habitaba con otros compañeros un dormitorio de esa factoría. Las autoridades de ésta dióronse cuenta del consumo y expendio de marihuana que se realizaba en el citado campamento, y dieron noticia a la policía. Por esta causa, en la tarde del 25 de octubre del pasado año el Comandante del puesto y tres agentes más practicaron requisa al dormitorio de algunos trabajadores, entre quienes se hallaba el procesado Aguirre, logrando detectar en la maleta de propiedad de éste cuarenta y tres papeletas del narcótico que allí conservaba cuidadosamente ...".

La demanda

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga interpuso y sustentó este recurso extraordinario contra la sentencia aludida aduciendo, para tal efecto, la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), por considerar que se dictó sobre un proceso viciado de nulidad debido a falta de competencia del juez que conoció en la primera instancia y a una clara inobservancia de formas propias del juicio.

Para fundamentar el cargo hace estas consideraciones:

"... si el artículo 39 del referido Decreto 1188 de 1974 consagra expresamente las condiciones en que se determina la dosis personal a que hace referencia el inciso 2º del artículo 38 ibídem, es menester entonces que cuando se pretenda llevar a efecto dicha determinación, se cumplan a cabalidad las características de la respectiva peritación médico-legal, según 'la calidad y cuantía de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado ...'.

"... Tal omisión probatoria cobra más fuerza de convicción, si se analiza detenidamente la reciente tesis de la honorable Corte Suprema de Justicia sobre dosis de aprovisionamiento para uso personal, por cuanto en el caso *sub examine*, de conformidad con la confesión que hizo el procesado Norberto Aguirre, el porte de marihuana en cantidad de cincuenta y un gramos, bien puede apreciarse que corresponde a distintas dosis personales, ya que cada una de las cuarenta y tres (43) papeletas que contenían la marihuana destinada al consumo particular del incriminа-

do, no sobrepasa la cantidad de veintiocho (28) gramos, que científicamente representa la dosis personal de marihuana, según lo dicho por esa Corporación de justicia en el fallo de casación fechado en mayo seis (6) del año en curso, referente al proceso seguido a Germán Enrique Bermúdez Quintero ...".

"...Comoquiera, pues, que en este proceso no se produjo la peritación médico-legal en la forma requerida por el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, el proceso quedó viciado de nulidad al faltar las formalidades propias en el juicio respectivo, situación que a su vez genera la incompetencia de jurisdicción en el Juez Penal del Circuito, pues según el artículo 37-4, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, cuando exista duda de si se trata o no de dosis personal, la instrucción del sumario corresponde al Juez Municipal, mientras se produce la peritación médico-legal a que hace referencia el artículo 39 del Decreto 1188 de 25 de junio de 1974 ...".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal manifestó simplemente que "... con fundamento en lo dispuesto en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, coadyuva la demanda ...".

La Corte considera

El cargo único que hace el demandante a la sentencia de nulidad por inobservancia de las formas propias del juicio al no haberse practicado el examen médico-legal del procesado para determinar su dosis personal, y luego establecer si la marihuana que le fue decomisada estaba dentro de esos límites, en cuyo caso la competencia para conocer del asunto radicaba en el Juzgado Municipal y no en el de Circuito, no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

Al acusado se le decomisaron 43 papeletas de marihuana que tenía dentro de una maleta en su dormitorio del campamento "Coscorrón", ubicado en los predios internos del Ingenio Riopaila S. A., donde prestaba sus servicios como obrero en corte de caña. La citada hierba tuvo un peso neto de 51,0 gramos, determinado en la balanza Omaus.

El procesado se confesó adicto y admitió tener esa cantidad de marihuana. Alegó poseerla a título de dosis de aprovisionamiento para su consumo personal.

El Decreto 1188 de 1974 no se refiere a dosis de aprovisionamiento. La única que reconoce para darle un tratamiento punitivo de menor drasticidad al hecho es la dosis personal *por entrañar un concepto más preciso y de innegable carácter científico, mientras que la llamada* dosis de aprovisionamiento *para un día, una semana, un mes o un año, en cantidades de gramos, libras o kilogramos es criterio que por el momento cae en el terreno caprichoso del intérprete o del juez, con menoscabo del derecho de defensa o de la punición que el asunto merece.*

Si en términos generales "la dosis personal" es la cantidad de fármaco o droga que el organismo de una persona determinada tolera al ser por ella ingerida, por cualquier vía y "de una sola vez" (artículo 6º, Decreto 1188 de 1974), requiere en principio de una peritación médico-legal para quedar determinada con absoluta exactitud. Pero, es lógico que ese dictamen sólo constituye labor insudible del instructor cuando la cantidad decomisada de hierba, sustancia, droga o fármaco resulta fronteriza con los máximos que la ciencia, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como límites normales de tolerancia a su acción perniciosa en el organismo humano, porque en tales eventos, emerge una duda razonable que debe ser eliminada de inmediato.

En el caso concreto la situación fue diferente: el peso neto de la hierba indicaba, por sí solo, que los límites normales de la "dosis personal" estaban sobrepasados. Sin embargo, el examen en cuestión se le hizo por la Oficina Médico-Legal de Zarzal (Valle), en estos términos:

"... En el día de hoy, según su oficio número 2130, del 26 de los corrientes, hemos practicado el reconocimiento médico-legal al señor Norberto Aguirre, dando el siguiente resultado:

"Es difícil determinar si una persona es adicta o no a la droga (marihuana).

"La cantidad de cincuenta y un (51,0) gramos no se encuentra dentro de los límites de 'dosis personal' ...".

Esta pericia, si en verdad, no precisa la "dosis personal" del acusado, despeja toda posible duda en cuanto a que la cantidad de marihuana que le fue decomisada por la policía se encontraba objetivamente por fuera de esa dosis, rebasándola con creces.

Si esto es evidente, poco o nada importaba en este proceso la adición que el sindicado confiesa, porque, de todas maneras, conservaba en su maleta una cantidad de estupefaciente que bajo ningún aspecto podía tenerse como "dosis personal".

En consecuencia, no se violaron las formas propias del juicio ni se incurrió por recuvío en incompetencia del juez.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 11 de julio de 1980 y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RIÑA IMPREVISTA

La riña en la legislación anterior. Interpretación del veredicto cuando el jurado se abstuvo de calificarla de imprevista

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 94.

Bogotá, D. E., octubre 8 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

En sentencia del 9 de febrero del presente año el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Quinto Superior de esta ciudad contra Campo Alberto González, por delito de homicidio. Decidirá la Sala el recurso de casación interpuesto por el procesado respecto de aquella decisión.

Hechos

En las horas de la tarde del 27 de diciembre de 1970 Campo Alberto González León llegó a la hacienda "El Noviciado", ubicada en zona rural del Municipio de Cota y cuchillo en mano agredió de palabra y de obra a José Miguel Guerrero; éste reaccionó con unas pequeñas tijeras, con las que causó leve lesión a González León y enseguida emprendió carrera; perseguido por González, fue alcanzado poco después y recibió de éste una cuchillada en la espalda que le causó la muerte.

Actuación procesal

Culminada la etapa sumarial por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cota, el Quinto Superior de Bogotá, calificó su mérito con auto de proceder contra González León como autor material de delito de homicidio; ejecutoriada esta providencia, se adelantó el juicio hasta la audiencia pública que culminó con la siguiente respuesta del jurado: "Sí es responsable, pero en hechos sucedidos en riña". Con fundamento en tal veredicto, el juzgado emitió sentencia condenatoria por homicidio simple con imposición de pena mínima; dicho fallo fue confirmado por el Superior, como ya se indicó.

La demanda de casación

El recurrente invoca dos causales, a saber:

a) *La cuarta*, con fundamento en que el jurado principal Rafael Antonio Rodríguez León se excusó, sin que el juzgado le diera trámite al incidente respectivo ni procediera a reemplazarlo en legal forma; dicha omisión quebrantó las formas propias del juicio y vició de nulidad no solamente la diligencia de audiencia sino toda la subsiguiente actuación; agrega el recurrente que la presencia de aquel jurado "hubiera sido valiosa en el resultado del veredicto si se tiene en cuenta que en la diligencia de excusa se presenta como persona con experiencia en estos ajetreos judiciales", y que por eso su inasistencia afectó el derecho de defensa de su patrocinado;

b) *La segunda*, en cuanto habría desacuerdo entre el veredicto del jurado y la sentencia del juzgado y Tribunal, pues en tanto que el veredicto reconoce que el homicidio se perpetró en riña imprevista, aunque no la califica así textualmente, los jueces de derecho desconocieron esta específica atenuante. Basa esta conclusión en el hecho de que tanto el fiscal como el defensor la plantearon en el curso de la audiencia y que al mencionar simplemente la riña, los jurados entendieron que se trataba de la imprevista alegada en estrados; corrobora esta opinión con el recuento de algunos testimonios de cuyo contenido deduce la presencia de esta figura.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la sentencia debe mantenerse. Opina, en efecto, que no existe la nulidad reclamada porque el jurado Rodríguez León "no alegó excusa alguna" sino que se limitó a protestar ante el notificador por su designación, con lo que no era pertinente proceder a su reemplazo; recuerda, además, que el jurado fue integrado por personas legalmente sorteadas "con la anuencia del actor que para entonces actuaba como su defensor". Y en cuanto a la segunda causal, observa que aunque el fiscal mencionó la riña al final de su intervención, no probijó la imprevista, como sí lo hizo la defensa para una de las dos respuestas que le sugirió al jurado. Advierte que la prueba es abundante en el sentido de colocar al procesado como propiciador del altercado y que los juzgadores de derecho interpretaron correctamente el veredicto al considerar la riña como mera circunstancia genérica de atenuación de la pena.

Considerandos

1. *Causal cuarta.* Como bien lo anota la Procuraduría, no correspondía al juzgado tramitar incidente alguno ni decretar sorteo de nuevo jurado porque el señor Rodríguez León se notificó de su designación y recibió copia del auto de proceder (folio 215) sin que hubiese alegado excusa o impedimento legales; según el informe del notificador se limitó a protestar por su designación. Es verdad que no aparece entre los jurados que asistieron a la audiencia, pero no lo es menos que tampoco se le notificó el auto que señaló día y hora para su celebración; lo evidente, sin embargo, es que en el acta de audiencia se mencionan los nombres de Gilberto Puentes Corredor, Juan Mendoza Vega y Flor Marina Vargas de Chitiva como miembros del jurado, que estos ciudadanos fueron oportunamente sorteados como jurados, que se les notificó su designación y el auto que señaló fecha para la audiencia, que asistieron a ella, que emitieron veredicto y que contra ellos no se formuló tacha alguna; por manera que se cumplieron, por cuanto al jurado respecta, las exigencias propias de esta clase de juicios sin quebrantamiento alguno del derecho de defensa. Designados los seis jurados (tres principales y tres suplentes), al procesado no le asiste el derecho de escoger entre ellos los que han de asistir a la audiencia y responder al cuestionario; lo que interesa como garantía de una recta administración de justicia es que el jurado se integre por los tres principales, se complete con cualquiera de los suplentes cuando uno de aquellos no se haga presente al comenzar la audiencia, y que esta continúe hasta su terminación con los mismos jurados con que se inició; y eso fue lo que ocurrió en el presente caso; por tal razón el cargo no prospera.

2. *Causal segunda. La riña imprevista, reconocida como específica circunstancia de atenuación punitiva de homicidio y de lesiones personales por el Código Penal anterior (artículo 384), bajo cuyo imperio se juzgó al procesado, supone mutuo acometimiento de hecho entre los contrincantes, pero solamente favorecía a quien se hubiese visto envuelto en ella de improviso, vale decir, sin representación mental anticipada de su probable o cierta ocurrencia. No era, pues, la riña en sí misma considerada lo que la codificación precedente reconocía como causal de disminución de la pena imponible a quien hubiese sido declarado responsable de uno cualquiera de aquellos delitos, sino su imprevista participación en ella cuando en el decurso de la contienda hubiese herido o dado muerte al contrincante.*

Cuando el jurado de conciencia acepta que el homicidio se cometió en desarrollo de riña, pero se abstiene de calificarla como imprevista, ha de concluirse que no quiso reconocer la específica atenuante del artículo 384 del Código Penal anterior, aunque desea que se le tenga en cuenta para una más favorable dosificación punitiva (artículo 38, numeral 3º), a menos que del auto de proceder, de las incidencias probatorias del plenario y de las intervenciones de fiscal, parte civil y defensor en el curso de la audiencia pueda deducirse que fue su propósito el de reconocer aquella especial atenuante y que solamente hubo excusable omisión o ignorancia en el empleo de las palabras adecuadas para recoger la institución jurídica en su plenitud formal.

Es esta última la tesis que ofrece el recurrente. No obstante, ha de observarse que la providencia de llamamiento a juicio no menciona esta atenuante, pues limita el homicidio a su modalidad más simple y básica; tampoco se aportó en la etapa del juicio dato alguno que resaltara el fenómeno de la riña imprevista; no figuró tal aspecto en la formulación del cuestionario; la fiscalía orientó su intervención en el sentido del auto de proceder y aunque al final de ella mencionó la riña, lo hizo solamente para destacar que sería tarea del defensor su desarrollo; mas aún, al reconocer que hubo reyerta, puntualiza que

fue el procesado, quien la provocó y dio comienzo a ella (folio 250); el defensor sí planteó esta figura, junto con la de homicidio preterintencional, a la cual dedicó la mayor parte de su intervención; por eso solicitó del jurado una de estas dos respuestas: "Sí es responsable del delito de homicidio, pero en riña imprevista", o "Sí es responsable del delito de homicidio, pero sin intención de matar". Por manera que al limitar el veredicto a la responsabilidad por el homicidio en riña sin el aditamento de la imprevisión expresamente solicitado por la defensa y rechazado por la fiscalía, fue voluntad del jurado la de que no se le reconociera al procesado la específica circunstancia atenuativa del artículo 384 del Código Penal de 1938. Y si esa fue la interpretación que a tal veredicción dieron los jueces de derecho, no es dable predicar discordancia entre aquélla y la sentencia de condena proferida. Consecuencialmente, tampoco prospera este cargo.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Cuando se alega en casación violación directa de la ley, es supuesto indispensable que el recurrente acepte implícita o explícitamente los supuestos fácticos de la sentencia y el criterio probatorio que con respecto de los mismos haya tenido el juzgador

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 96, octubre 15 de 1981.

Bogotá, octubre 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 23 de abril de 1980, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a Pablo Antonio Jiménez Betancourt a la pena principal de ocho (8) meses de prisión, más accesorias correspondientes, como autor responsable de un delito de abuso de confianza.

Contra tal determinación el procesado interpuso recurso de casación, que la Corte admitió por auto de 24 de julio de 1980 y, dentro del término legal, por conducto de apoderado designado al efecto, fue presentada la correspondiente demanda, la que se declaró formalmente ceñida a la ley.

La parte civil constituida en el proceso presentó alegación adversa a la demanda, en la oportunidad correspondiente.

Hechos y actuación procesal

Pablo Antonio Jiménez Betancourt, cuyos servicios habían sido contratados por la firma "Vallejo Moreno & Asociados Limitada", recibió de éste, para cobro judicial y debidamente endosadas, varias letras de cambio. Pero a consecuencia del manejo irregular que hacía Jiménez Betancourt de los dineros que recibía, el contrato de trabajo fue cancelado dentro del período de prueba, por lo que al ser notificado de la determinación de la empresa optó por retener indefinidamente los dineros y letras de cambio que por suma mayor de $ 30.000.00, aún reposaban en su poder y que debía entregar a quien había sido su empleador.

La investigación fue iniciada el 22 de agosto de 1977 por el Juzgado Noventa y Cinco de Instrucción Criminal de Bogotá, quedando radicado el conocimiento del proceso en el Juzgado Octavo Penal del Circuito. Fue así como tal Despacho conforme al artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 7º de la Ley 22 de 1977 en vigencia desde la fecha de su promulgación ocurrida el 31 de mayo del mismo año (Diario Oficial número 34796), procedió a clausurar la investigación el 13 de septiembre de 1978, para posteriormente, el 23 de octubre de ese año, calificar el mérito del sumario con convocatoria del procesado a juicio por el delito de abuso de confianza.

Contra el auto de proceder el incriminado propuso apelación, pero aquél fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá con el suyo de 10 de febrero de 1979. La causa recibió el trámite de rigor y después de realizada la audiencia pública, el juzgado profirió la sentencia condenatoria de primera instancia, la que al ser apelada dio lugar a la del Tribunal materia del recurso de casación.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Aquella, con referencia al apartado inicial de la causal primera del artículo 580 del Código de

Procedimiento Penal, endereza un solo cargo contra el fallo del Tribunal, sobre la base de ser violatorio de la ley sustancial "por interpretación errónea".

Dice el recurrente:

"*Unico cargo*. Al condenar el juzgador *ad quem* al señor Pablo Antonio Jiménez Betancourt por abuso de confianza por el solo hecho de haber retenido títulos valores y dinero efectivo, cuya entrega debía hacer a sus patronos, dio por existente el tipo punible de que se ocupa el artículo 412 del Código Penal, como si esta figura penal no exigiese, para que tome cuerpo, el dolo específico que la gobierna y que en la doctrina se denomina *animus apropiandi*.

"Cumplió, así, el juzgador de segunda instancia una interpretación errónea de la ley sustancial, lo que determinó que se aplicara el precepto sancionador del referido artículo 412 de dicho Código, con la infracción del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que exige plena prueba del cuerpo del delito y también de la responsabilidad penal, para que proceda una decisión condenatoria".

En demostración, después de afirmar que reconoce la verdad de los hechos en que la sentencia se apoya, aduce:

"El delito de abuso de confianza implica la apropiación de cosa mueble que el agente haya recibido por un título no traslaticio de dominio.

"Apropiarse de una cosa mueble, en el alcance del precepto del artículo 412 del Código Penal, es realizar con la cosa ajena actos que apenas corresponden al dueño. Y sus formas de consumarlo se concretan en los actos de enajenación, distracción, consumación y retención.

"La última manera es la que el Tribunal de Bogotá estima ocurrida.

"Esta modalidad de la consumación del ilícito la estima el fallo recurrido existente con el sólo hecho de la retención cumplida por el señor Jiménez Betancourt, sin tomar en cuenta la ausencia del *animus apropiandi* en este caso, obviamente porque, debido a errónea interpretación de la norma aludida, lo considera no necesario".

Agrega que "en el orden de la retención, conocido es que existe la debida y la indebida", por lo que "entonces, la retención del bien mueble ajeno, o la negativa a devolverlo, o su distracción, no constituyen verdadera apropiación, si en el agente no aparece ese *animus rem sibi habendi*, y, en cambio, resulta evidenciado que el sujeto activo fue determinado por motivos diferentes. Por caso, quien retiene, porque estima de buena fe que ejerce un derecho; o quien se niega a devolver porque, sin dolo, considera que el bien le pertenece". Por manera que si el juzgador no desconoce en las instancias "que Jiménez Betancourt adelanta un juicio laboral que, de buena fe, considera que habrá de declarar que sus patronos le adeudan sumas mayores que las que reclaman del tenedor precario", si de algo podía acusarse a éste "sería del ejercicio arbitrario de su propio derecho, pero esta conducta no ha sido catalogada entre los ilícitos punibles". Concluye el libelo en que "de prosperar el cargo y por ende el motivo de casación, la Corte debe proferir la sentencia absolutoria que deba reemplazar a la acusada".

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, previa alusión a los hechos, actuación procesal y cargo presentado por la demanda, responde a ésta, así:

"La demanda presentada, a juicio del Ministerio Público, adolece de errores de técnica que deben conducir a pronunciamiento desestimatorio.

"Es bien sabido que la violación directa de la ley como motivo de casación ofrece tres formas diversas y excluyentes: la falta de aplicación, la aplicación indebida y la errónea interpretación. La primera de ellas supone el desconocimiento absoluto por parte del juzgador de disposición vigente aplicable; vale decir que dado el supuesto fáctico que hacía imperativa la aplicación de la disposición que tal supuesto regula, se ignora el mandato legal. Ocurre, en cambio, la aplicación indebida, cuando se soluciona un caso concreto con base en precepto legal que no lo contempla; en otros términos, la norma tomada en consideración en la sentencia, no contenía el caso solucionado, el supuesto fáctico por ella hipotetizado. Por último, se presenta la errónea interpretación en los eventos en que escogido correctamente el dispositivo legal llamado a resolver el conflicto de intereses, se le aplica con desvío de su verdadero alcance o dándole un significativo que no le corresponde.

"Las tres formas de violación directa de la ley son excluyentes entre sí, habida cuenta del principio lógico de no contradicción, pues si se afirma que una norma no se aplicó, mal puede decirse a la vez que se aplicó indebidamente o que se le interpretó en forma equivocada. Tampoco podría decirse que una disposición se aplicó indebidamente y a la vez alegarse que se la interpretó erróneamente, pues esta última forma de viola-

ción supone que se escogió acertadamente el precepto legal, pero hubo desvío en cuanto a su significado y alcance.

"En la demanda que es objeto de estudio se afirma que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 412 del Código Penal, que tipifica el abuso de confianza, '... sin tener en cuenta la ausencia del *animus apropiandi* ...'.

"Resulta claro del texto de la demanda presentada, que el impugnante alega ausencia de uno de los elementos que tipifica el delito de abuso de confianza, en este caso la falta del *animus rem sibi habendi* fundamental para la estructuración de este ilícito.

"No obstante, si se estudia con algún detenimiento el problema planteado, es evidente que cuando falta alguno de los elementos que conforman la descripción legal del ilícito, el comportamiento no es típico y por lo tanto sí se aplica una norma que no contiene todos los supuestos fácticos del caso, tal norma se aplicó indebidamente. Para utilizar otras expresiones puede decirse que una disposición penal sólo es aplicable en la medida en que se den en su integridad los elementos que la conforman (adecuación típica) y que ella no será aplicable cuando no se hallan reunidos todos esos elementos (atipicidad).

"Desde el punto de vista de la tipicidad puede decirse que se daría la falta de aplicación de norma sustancial, cuando demostrado que un hecho corresponde a una descripción legal ésta no se aplica. La aplicación indebida se presenta en dos eventos: a) cuando un hecho no corresponde a ninguna descripción típica (atipicidad absoluta) y sin embargo, se resuelve con base en un tipo penal, y b) cuando previsto el caso en un tipo determinado se realiza la subsunción en uno diferente (atipicidad relativa). Por último, la interpretación errónea supone la correcta escogencia del precepto legal (acertada adecuación típica), pero con alcance equivocado.

"De lo anterior síguese que en los casos de atipicidad no puede hablarse, de errónea interpretación, sino de aplicación indebida, pues como ya se dijo en precedencia, la interpretación errónea sólo podrá ocurrir frente a normas realmente aplicables al caso. No es por ello procedente el camino escogido por el censor para impugnar el fallo acusado, pues alegando que al caso falta uno de los elementos que exige la disposición (atipicidad), termina invocando correcta escogencia del dispositivo penal aplicable, pero con desvío en cuanto al concreto sentido que tiene.

"A más de lo dicho en precedencia, el caso que ahora se presenta es un claro ejemplo de lo que sería violación indirecta, pues en el fondo lo que se insinúa es que el juzgador desconoció la prueba en virtud de la cual podría acreditarse que al procesado le asistían razones jurídicas para retener dineros o que demostraban la ausencia del propósito de aprovechamiento. Obvio es que dentro de estos lineamientos lo pertinente habría sido alegar violación indirecta de la ley que condujo a la aplicación indebida del precepto incriminador".

Alegación de la parte civil

Haciendo uso del derecho subjetivo procesal consagrado en el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, la parte civil objeta la demanda con el argumento de que "en el presente caso, tanto el instructor como el juez del conocimiento y después el honorable Tribunal Superior de Bogotá, consideraron que para la estructuración del hecho punible cuestionado por el recurrente en casación, se da la plena prueba para declarar la existencia del *abuso de confianza*", por cuyo motivo los fundamentos invocados por el actor "carecen de asidero jurídico alguno, pues insinúa que quienes juzgaron no tuvieron en cuenta, o desconocieron, la prueba allegada para demostrar que Jiménez Betancourt está autorizado para retener y seguir reteniendo indefinidamente los dineros recaudados por él, lo cual indicaba la ausencia de voluntad de propósito".

Considera la Corte

Estímanse entradas en razón las apreciaciones de la Procuraduría Delegada, puesto que *la doctrina tradicional de la Corte afirma que cuando se propone la causal primera de casación por violación directa de la ley, deben acogerse implícita o explícitamente los supuestos fácticos de la sentencia y el criterio probatorio que con respecto de los mismos haya tenido el juzgador, no siendo dable discutir a su amparo sino el sentido en que el quebranto hubo de producirse, bien por omisión en la aplicación del precepto sustancial, ya por aplicación indebida, ora por interpretación errónea.*

La hipótesis que sugiere la demanda apunta a la aseveración de que no existe prueba alguna en el proceso que demuestre que el procesado, al retener los títulos valores y dinero, hubiese pretendido su apropiación. Ello comporta, desde luego, desconocer la existencia de uno de los

elementos tipificantes del delito de abuso de confianza, que la sentencia tiene por plenamente probado, partiendo del hecho real de la retención que, incluso, el libelo admite. Luego no se remite a dudas que la argumentación del censor cuestiona el criterio del fallador al respecto, pues mientras éste encuentra la retención como acto uti domine, *aquél le niega ese valor con olvido de que la misma jurisprudencia ha señalado que "la apropiación puede ser un hecho real o una ficción, como quien dice, que la circunstancia de retener vale como acto indebido de dominio sobre lo ajeno" (sentencia de 3 de diciembre de 1945, LIX, 1018).*

La demanda, en consecuencia, pugna con la metodología propia del recurso de casación. Si el sentenciador aplicó el artículo 412 del Código Penal de 1936, entonces vigente, al encontrar la conducta típica plenamente probada, tal conclusión debe admitirla el recurrente para, sobre esa base, plantear la violación directa de la norma sustancial. No hacerlo así, como en este caso, significa, ni más ni menos, refundir indebidamente los motivos de aquella con los de la violación indirecta, la cual sí está relacionada con los yerros de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas.

Por lo demás, recuérdase que la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea sólo tiene ocurrencia cuando a la norma se atribuye un efecto o alcance desavenido con su verdadero contenido. De forma que llama a perplejidad que la demanda aluda a tal forma de violación, puesto que al admitir el fallo la plena comprobación del delito de abuso de confianza procedía la aplicación del precepto penal cuestionado. Si el propósito del censor se encaminaba a demostrar la no existencia de esa comprobación, debía entonces recurrir a la violación indirecta, sin que la Corte esté en capacidad de corregir los desaciertos del libelo, pues no siendo la casación una tercera instancia, aquél debe ceñirse a la metodología propia del recurso so pena de desestimación.

La censura por ello no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION. DIFERENCIAS CON LOS RECURSOS

No se puede recusar a un funcionario porque se considere desacertado el fundamento o la decisión de una providencia. Para enmendar esta clase de yerros, la ley estableció los recursos y grados de jurisdicción

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 27183.

Aprobado: Acta número 96.

Bogotá, D. E., octubre 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

En escrito recibido en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué el día diecinueve (19) de septiembre del año en curso, los abogados Roberto Torres Beltrán y Alvaro Pinzón Velásquez, el primero de los cuales obra como apoderado de la parte civil y el segundo como apoderado del sindicado Jesús Piraquive Laguna en el proceso que contra éste al igual que contra Rubén Darío Restrepo Restrepo y otros, se viene adelantando en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de El Espinal (Tolima), por los posibles delitos de abuso de confianza y otras defraudaciones, manifiestan que recusan a la Sala Penal del Tribunal mencionado, compuesta por los honorables Magistrados Jaime Leguizamón Cayeedo, Rafael Murillo Forero y Beatriz Olave de Valencia, basándose en las causales que mencionan los numerales 1º y 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Como fundamento de la recusación exponen que el Tribunal ha demostrado parcialidad en favor del sindicado Restrepo Restrepo, tanto en providencia de 13 de agosto del año pasado como en la de 3 de septiembre del presente, por la primera de las cuales se dijo ser de propiedad de dicha persona unas motobombas existentes en la hacienda "San Rafael" y que los recusantes dicen ser de Juan de J. Piraquive L., en tanto que en la segunda se hicieron varias afirmaciones que los memorialistas consideran inexactas "por decir lo menos", según sus propias palabras, a saber: decir que el auto de detención contra Restrepo Restrepo había sido revocado cuando lo cierto es que dicho auto sólo está suspendido, afirmar que el memorial de aclaración solicitado por el doctor Torres Beltrán había sido presentado en forma extemporánea cuando lo fue oportunamente y expresar que la aclaración se refiere a un auto dictado cuando aún no había intervenido dicho profesional en el proceso.

Aseveran, además, que en la providencia mencionada en segundo lugar "se eludió estudiar el fondo del tema planteado como materia de la aclaración" a saber, a qué persona o personas debían entregarse las susodichas motobombas con lo que, afirman, se desconocieron los derechos de sus representados, todo lo cual conduce a afirmar que las providencias en cuestión "son contra jure, de manera ostensible y manifiesta, en cuanto a las pruebas aportadas y el derecho aplicable, está (sic) indicando que debía procederse en sentido absolutamente contrario".

Al mismo tiempo que el memorial recusatorio resumido, presentaron los recusantes otro en que solicitaban la nulidad constitucional de lo actuado en las providencias citadas por cuanto, de acuerdo con los peticionarios, se faltó a las formas propias del juicio y además, según sostienen adelante, sólo llevan la firma de dos de los tres Magistrados que componen la Sala y porque dos de ellos están unidos por vínculo afectivo.

Respecto a esta situación, dicen en el memorial de recusación, que por virtud de ella, dos de los Magistrados de la Sala tienen un interés creado en el proceso "por lo cual brilla en toda su plenitud, expresan, la causal prevista en el artículo

78, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal".

El Magistrado Leguizamón Caycedo, en auto de veintitrés (23) de septiembre de este año, rechaza la recusación diciendo que no tiene parentesco alguno con los sindicados Rubén Darío Restrepo y Jorge Latorre ni con ninguna de las demás partes, ni lo liga con ellas amistad íntima ni, menos, enemistad grave ya que no los conoce personalmente. Reitera que, como lo dijo en anterior ocasión "no existe ni uno ni otro sentimiento en su ánimo" y que las providencias que ha dictado junto con los demás Magistrados que componen la Sala y con el disentimiento de uno de ellos son "el fruto de su intención de acertar, sin que en su espíritu anide tendencia proclive hacia el favorecimiento o perjuicio de una de las partes, actitud que lo haría indigno de administrar justicia ante los hombres".

Transcribe, a continuación, una doctrina de la Corte en que se rechazan las recusaciones basadas en lo que los funcionarios expresan en sus providencias.

Y refiriéndose a los ordinales 1º y 6º del memorial recusatorio, advierte que si bien se ordenó a Restrepo entregar unas motobombas, no se dijo que éste transfería más derecho del que tuviera sobre dichos artefactos.

Consideraciones de la Corte

Las causales de impedimento y recusación contemplan circunstancias a las que la ley atribuye efectos especiales de particular importancia consistentes en que su presencia permite apartar a un juez del conocimiento de un proceso que se le ha atribuido siguiendo las normas generales de competencia.

Esas circunstancias miran exclusivamente a la persona del funcionario y tienden a preservar la imparcialidad de la administración de justicia, apartando de ella al juez sospechoso de no poder impartirla en forma imparcial, bien sea por su vinculación a las partes, ora por la que dice relación a la materia misma del proceso.

En este último caso, la causal de recusación no se refiere al contenido de la providencia, pues el haber expresado, en ejercicio de funciones de juzgamiento, un concepto dentro del proceso, no inhibe al funcionario, según reiterada doctrina de esta Sala, para conocer del mismo en una etapa posterior, salvo que se trate de revisar como superior, la providencia proferida en calidad de Juez o Magistrado en un cargo inferior de la jerarquía jurisdiccional.

Pero no se puede recusar a un funcionario porque se considere desacertado el fundamento o la decisión de una providencia ya que en estos casos la impugnación no se dirige contra la persona de aquél sino contra sus actuaciones y para esto último la ley consagra medios completamente diferentes de la recusación, como son los recursos y grados de jurisdicción que, precisamente, atacan el contenido de las providencias bien sea ante el mismo funcionario que las dicta o ante otro de superior jerarquía con la mira de que se remedien los yerros o agravios que ellas contengan.

Así, pues, los recusaciones de los funcionarios y los recursos contra las providencias obedecen a fines completamente distintos: aquéllos a preservar la imparcialidad en la administración de justicia, éstos a asegurar el acierto en las decisiones.

En el presente caso esos fines han sido confundidos en la parte de la recusación que se refiere al contenido de las providencias dictadas por los Magistrados recusados. Y de ahí que debe declararse sin fundamento dicho aspecto del memorial recusatorio.

En cuanto al otro, o sea el que dice relación a la posible amistad o enemistad de dichos funcionarios con las partes y a las situaciones afectivas que pueden presentarse entre los primeros, el Magistrado Leguizamón Caycedo ha negado rotundamente su existencia.

Y como quiera que los recusantes no han suministrado prueba alguna de ellas ni han especificado sobre el particular en el memorial hay que atenerse a lo manifestado por el Magistrado y declarar, lo mismo que en el caso anterior, sin fundamento la recusación.

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

Resuelve:

Declarar infundada la recusación contra el Magistrado doctor Jaime Leguizamón Caycedo, quien debe seguir interviniendo en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION. CAUSALES PRIMERA Y CUARTA DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

En la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, lo que se exige es que se señalen las que aparezcan suficientemente probadas en el proceso.

Y en cuanto a lo estatuído en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, el juez debe ordenar el examen por peritos médicos siempre que el procesado presente indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación o inconciencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 096.

Bogotá, D. E., octubre 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de 14 de agosto de 1980, confirmó la proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad el 28 de junio del mismo año, por medio de la cual condenó a Jorge Eliécer Morales Pérez, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como autor del delito de homicidio que le fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el defensor del procesado Morales Pérez, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual aquél presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen resumidos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a las pruebas del proceso:

"... En las horas de la noche del 15 de abril de 1979 en el sitio de diversión denominado 'La Bohemia', ubicado en el barrio 'El Salado' de la ciudad de Ibagué se hallaban numerosas personas ingiriendo licor cuando se presentó una discusión entre José del Carmen Pérez y Oscar Rubio Bustos, en la cual intervino Jorge Eliécer Morales Pérez, quien acompañaba al primero, por lo que la discusión continuó entre estos, quienes decidieron definir sus diferencias saliendo del lugar. Cuando Oscar Rubio Bustos se disponía a salir acompañado por Modesto Pérez González, Jorge Eliécer Morales Pérez accionó su revólver hiriendo con un proyectil a Modesto Pérez quien falleció por anemia aguda ...".

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan los siguientes cargos:

Causal primera. Cargo único. "... La sentencia acusada se dictó con violación directa de la ley sustancial y concretamente del artículo 384 del Código Penal vigente para la época de los hechos y de la mencionada sentencia, con lo cual se desconoció el principio de la favorabilidad y

se hizo más gravosa la situación del procesado Jorge Eliécer Morales Pérez ...".

"... En efecto:

"... *Primero.* Todos los testigos, incluyendo los de ambos bandos, desde un principio han señalado que los hechos que culminaron con la muerte del señor Modesto Pérez González, se suscitaron de un momento a otro y por abierta provocación del señor Oscar Rubio Bustos, quien para la época de los acontecimientos estaba catalogado como futuro yerno de quien resultó víctima ...".

"... *Segundo.* El sindicado, hasta donde las pruebas lo permiten establecer, jamás tuvo la intención de acabar con la vida del señor Modesto Pérez González, a quien ni siquiera conocía, como no fuera forzado por el ataque masivo que se le hizo, encabezado por el propio Oscar Rubio Bustos ...".

"... *Tercero.* El artículo 384 del Código Penal vigente para la época de los hechos y de la sentencia acusada dice textualmente lo siguiente: 'Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad ...".

"... *Cuarto.* Pese a la claridad de la norma transcrita y el principio de la favorabilidad de que trata el artículo 3º del mismo Código, al procesado no se le reconoció el principio de la riña imprevista, el que estaba más que justificado por la forma como los hechos se precipitaron, se desarrollaron y culminaron ...".

"... *Quinto.* El no haberse reconocido al procesado la riña imprevista, pese a estar suficientemente probada con la declaración de los testigos arriba mencionados, quienes describen los hechos y colocan al señor Oscar Rubio Bustos como el provocador de los mismos, al concurrir a donde se encontraba el procesado con sus amigos departiendo, con el objeto de insultar al señor José del Carmen Pérez, hecho éste que provocó el rechazo del procesado, ante lo cual el provocador fue hasta donde su futuro suegro en procura de un machete y con ello se formó un grupo grande de gentes que salieron en actitud agresiva, desafiante y pendenciera contra el procesado, con el resultado conocido, constituye una verdadera injusticia y un quebrantamiento de la ley ...".

"... *Sexto.* Lo anterior es suficiente para demostrar que se ha violado en forma directa la ley sustancial, por lo que hace relación al artículo 384 del Código Penal vigente para la época de los hechos y esta violación, en las condiciones en que se ha dado, constituye causal de casación y como tal debe reconocerse ...".

Causal cuarta. Cargo primero. "... Este cargo lo formulo como subsidiario del anterior e invoco la causal cuarta de casación señalada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad por errada calificación ...".

"... En efecto, este cargo lo demuestro así:...".

"... *Primero.* De las pruebas allegadas al proceso y muy especialmente de las declaraciones de los señores José del Carmen Pérez, Gustavo Ampudia, Raúl Montes, Luis Eliécer Navarro García, Oscar Rubio Bustos y la exposición del propio procesado, se deduce que los hechos se sucedieron dentro de la modalidad jurídica conocida en el Código vigente para la época de los hechos como 'riña imprevista' conforme se indicaba en el artículo 384 del mencionado estatuto ...".

"... *Segundo.* Pese a la claridad con que aparece la 'riña imprevista' en la descripción de los hechos formulada por los testigos y especialmente del papel de provocador de los acontecimientos jugado por el señor Oscar Rubio Bustos, tal circunstancia no fue reconocida ni en el auto de vocación a juicio por parte del Juzgado Primero Superior de Ibagué ni por el honorable Tribunal Superior de la misma ciudad al revisar dicha providencia, con lo cual se violó en forma grave no solamente el principio de la favorabilidad consagrado en el artículo 3º del Código Penal vigente para la época, sino que, además, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, agregándose a todo esto, el no haberse tenido en cuenta el numeral 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal cuando dice que el auto de proceder deberá contener entre otras cosas 'la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, *con las circunstancias conocidas que lo especifiquen* ...'.

"... *Tercero.* Precisamente una de las circunstancias que especificaban el hecho imputado está, conforme al acervo probatorio, en que la muerte del señor Modesto Pérez González, se sucedió dentro de la modalidad prevista en el artículo 384 del Código Penal vigente para la época de los hechos y el no haberse acreditado así en el auto de proceder se incurrió en una causal de nulidad, según se desprende del contenido del

numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal ...".

"... *Cuarto.* De lo expresado se deduce que se ha dado en el caso presente la causal de casación alegada en este punto y que la honorable Corte Suprema de Justicia, así lo habrá de indicar, procediendo a decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de vocación a juicio, como consecuencia de casar la sentencia acusada ...".

Cargo segundo. "... Este cargo lo formulo igualmente como subsidiario del primero e invoco como causal de casación la cuarta señalada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad ...".

"... En efecto: ...".

"... *Primero.* Todos los testigos señalados antes, pero especialmente José del Carmen Pérez, Gustavo Ampudia, Raúl Montes, Luis Eliécer Navarro García, Oscar Rubio Bustos y la exposición del procesado, se desprende que éste se encontraba en estado de ebriedad en el momento de los hechos, al punto tal que el propio acusado afirma no recordar buena parte de lo acontecido aquella noche en el bar 'La Bohemia' ...".

"... *Segundo.* Pese a la claridad con que se indicaba la embriaguez del procesado, no solamente por lo que él afirmaba, sino por lo sostenido por la mayoría de los testigos, ni el funcionario de instrucción ni el juez del conocimiento enviaron al procesado al examen médico psiquiátrico que se hacía indispensable, no solamente por simple lógica investigativa, sino por mandato del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, ya que de entrada se estaba indicando que el procesado podría encontrarse en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal vigente para la época de los hechos ...".

"... *Tercero.* Como quiera que el examen a que se refiere el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal no se llevó a cabo por orden de los funcionarios, de todas maneras hubo necesidad de que tal examen se llevara a cabo y es así que al proceso se acreditó el dictamen del doctor Lucio Larrota García (folios 368 y 369), cuya conclusión no puede ser más clara y terminante: 'En el momento del accidente (muerte del señor Modesto Pérez González) el señor Morales se hallaba en estado de *grave anomalía psíquica,* transitoria, con pérdida absoluta del control consciente de sus actos". Agregando luego: 'Esta *grave anomalía psíquica* la causó el alcohol obrando sobre la disfunción cortico-cerebral ...'.

"... *Cuarto.* Lo anterior, no deja la menor duda que en el presente caso se violó en forma grave el mandato constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta Fundamental, por cuanto al procesado se le juzgó y condenó por un procedimiento que no era el adecuado, puesto que se le llevó a audiencia pública con jurado, cuando lo lógico era que se hubiere condenado, si a ello hubiere lugar, pero mediante el procedimiento de la audiencia privada ...".

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con fundamento en las consideraciones que en el estudio de cada cargo, hará la Corte más adelante.

Considerando

El casacionista ha invocado las causales primera y cuarta previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o sea, violación de la ley sustancial y nulidad por error en la calificación jurídica del delito.

Por cuestión de método, sin embargo, la Sala iniciará el estudio de las causales por la cuarta, porque si hay alguna nulidad legal o constitucional, su declaratoria haría innecesario el estudio sobre si hubo o no violación de la ley sustancial.

Causal cuarta. Cargo primero. En el auto de proceder, dice el casacionista, no se reconoció la circunstancia de la riña imprevista, que estaba demostrada, por lo que se incurrió en errada calificación jurídica de la infracción.

Se considera

Al disponer el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal que el auto de proceder debe contener en la parte motiva, "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", lo que se exige es que se indiquen las que aparezcan suficientemente probadas en el proceso y no, por supuesto, las que a juicio del juez no reúnan ese requisito.

Además, como el jurado tiene la facultad de reconocer o negar las que estime modificadoras de la responsabilidad, según se deduce del artículo 531 ibídem y afirmar o negar aún la responsabilidad por el delito, con la única limita-

ción de que su veredicto no sea claramente contrario a la evidencia de los hechos, la omisión de circunstancias específicas en el auto de proceder no cabe en ninguna de las causales procesales determinadas por el artículo 210 ibídem ni, tampoco, se viola el derecho de defensa del procesado, que en la audiencia pública puede ejercerse con toda la amplitud necesaria para pedir al jurado el reconocimiento de las que se estimen emitidas en la calificación del sumario.

No es exacto, tampoco, que todos los testigos, de uno y otro bando, testifiquen sobre la riña imprevista en que se cometió el homicidio, según el casacionista, quien la hace consistir en la provocación no de la víctima, sino de su futuro yerno Oscar Rubio Bustos, por lo cual la circunstancia modificadora cae por su base desde que se enuncia. En efecto, los testigos citados en la demanda, José del Carmen Pérez, Gustavo Ampudia, Raúl Montes, Luis Eliécer Navarro García, Oscar Rubio Bustos y el procesado, dicen que se encontraban borrachos, algunos dormidos, cuando se inició una discusión entre Oscar Rubio Bustos y el procesado, quienes salieron del lugar en donde se encontraban y ya afuera se produjo la muerte de Modesto Pérez González, por cuyo motivo, a excepción del procesado y de Oscar Rubio Bustos, no dan razón de los hechos culminantes.

El señor Procurador Delegado tiene toda la razón al afirmar sobre este punto:

"... El presupuesto fáctico en el cual se apoya el demandante riño completamente con la verdad procesal, puesto que (...) ninguno de los testigos menciona siquiera que la víctima, Modesto Pérez González hubiera sostenido con el procesado discusión alguna y menos intercambiado agresiones de hecho que permitieran predicar la ocurrencia de una riña. Tan sólo dan cuenta de un intercambio de palabras soeces entre el procesado y Oscar Rubio, sin llegar a la riña, que, en ningún momento se presentó ...".

Cargo segundo. El proceso es nulo, afirma el demandante, porque no se ordenó el examen psiquiátrico del procesado, no obstante estar plenamente acreditado que, a tiempo de cometer el hecho, se encontraba en estado de embriaguez.

Se considera

El señor Procurador Delegado contesta este cargo con el siguiente razonamiento, que la Corte prohíja:

"... En el marco de la causal cuarta de casación el recurrente presenta un segundo cargo y al respecto sostiene que la sentencia fue dictada en proceso viciado de nulidad de orden constitucional, puesto que al procesado se le juzgó de conformidad con el procedimiento ordinario aplicado a los delincuentes normales siendo inimputable por padecer grave anomalía psíquica en el momento de consumar los hechos ...".

"... De acuerdo con el inciso 1º del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, para que proceda la orden de examen del sindicado ante los peritos médicos, es necesario que haya indicios de que el procesado actuó dentro de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, o estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, que lleven al funcionario al convencimiento de que el procesado actuó dentro de alguna de las circunstancias de inimputabilidad, de tal manera que si del proceso no resulta una manifestación seria a este respecto el juez no está obligado a ordenar el dictamen ...".

"... No es cierto que los testigos citados por el demandante afirmen el estado de embriaguez del procesado, la mayoría de ellos manifiestan que lo vieron en estado normal como José del Carmen Pérez, Gustavo Ampudia, 'yo no lo vi embriagado, estaba más o menos normal', Raúl Montes; 'no estaba tampoco demasiado borracho porque nos trató a nosotros común y corriente', Oscar Rubio Bustos 'tampoco vi a Jorge Morales borracho', y Luis Eliécer Navarro, según los testigos estaba dormido en el momento de los hechos por lo que no puede afirmar nada. De tal manera que no aparece en el proceso la necesidad del examen médico al procesado, ni para el funcionario instructor ni para ninguna de las personas que intervinieron en el proceso, pues tampoco su defensor lo solicitó, ni reclamó en ningún momento por el grave estado que se pregona, lo cual pone en evidencia su sanidad mental demostrada además por su comportamiento en el momento de los hechos ...".

"... Además, es bien sabido que la embriaguez ofrece distintos grados que sólo había una situación de inimputabilidad cuando la ingestión repetida de alcohol conduzca a una situación de intoxicación crónica, la embriaguez normal apenas representaba en el Código de 1936 una circunstancia de menor peligrosidad ...".

"... Solamente después de dictada la sentencia de segunda instancia se agrega a los autos el dictamen que obra a folios 368 y 369 de un mé-

dico psiquiatra particular, quien al parecer fundamentado únicamente en lo informado por su ocasional paciente afirma que en el momento del 'accidente', el procesado se hallaba en estado de 'grave anomalía psíquica transitoria', pero sin apoyo probatorio alguno dentro del expediente ...".

"... Dicho dictamen resulta inadmisible en el trámite del recurso de casación, puesto que incorporado al proceso con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, significa que el juzgador no lo conoció y siendo la finalidad principal del recurso, la legalidad de los fallos, no puede tomarse en cuenta para su examen pruebas distintas a las que obraban en el proceso al momento de dictarsen (sic) ...".

"... Pero además, el mencionado dictamen no fue decretado por el juez ni tiene apoyo alguno dentro de las pruebas legalmente aducidas al proceso, por lo cual carece de la fuerza probatoria que le atribuye el demandante, con el único fin de predicar la inimputabilidad del procesado. Es oportuno recordar lo expresado por la honorable Corte en este sentido: 'No basta un simple concepto médico no juramentado para sacar al reo del sistema moral de las penas y colocarlo en el especial de las medidas de seguridad, para esto sería necesario que en el juicio obrara una prueba legal y científicamente suficiente de que al tiempo de cometer el hecho se hallaba el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o que padecía de grave anomalía psíquica' (casación de 24 de septiembre de 1941) ...".

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, en efecto, ordena al juez el examen por peritos médicos siempre que el procesado presente indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia.

Respecto de la embriaguez, es lógico que debe haber evidencia en el momento de los hechos y ordenarse el examen inmediatamente, porque es natural que posteriormente la embriaguez haya desaparecido. Sólo en los casos de embriaguez patológica, puede verificarse el caso de "grave anomalía psíquica transitoria", para los efectos del artículo 29 del Código Penal, pues la embriaguez común, no condicionada a la comisión del delito, sólo puede considerarse como circunstancia atenuante.

En cuanto al examen psiquiátrico del procesado, previsto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, aunque es demasiado claro, la Corte ha dicho:

"... De conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, 'desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentra en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenará su examen por los peritos médicos', lo que quiere decir que, en principio, la ordenación de tal examen se deja al prudente criterio del funcionario, según observe en el procesado aquellas manifestaciones objetivas que le permitan ordenar, fundadamente, su reconocimiento psiquiátrico ...".

"... La sola manifestación del procesado, o de su apoderado, pretendiendo colocarle al margen de las penas, so pretexto de que cometió el hecho en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encontraba en estado de embriaguez, intoxicación aguda o fingiendo, por ejemplo, 'que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga' (sentencias de 1 de julio de 1950, LXVII, 583 y de 5 de julio de 1966, CXVII, 339), no es, de suyo, motivo legal suficiente para ordenar su reconocimiento psiquiátrico, si ni de la observación personal del funcionario de policía judicial o del instructor, ni de su propia clara, circunstanciada, bien orientada y razonada declaración de indagatoria, ni de su comportamiento antes y después de haber ejecutado el hecho, es posible suponer la veracidad y atendibilidad de sus manifestaciones ...".

"... En el derecho penal colombiano, de otra parte, la intoxicación crónica producida por el alcohol no está considerada como causal de irresponsabilidad y la embriaguez voluntaria, de naturaleza transitoria, apenas como circunstancia de menor peligrosidad, sólo 'cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas' ...".

(Sentencia de 8 de julio de 1980).

No prospera, en consecuencia, ninguno de los dos cargos anteriores.

Causal primera. Cargo único. Los hechos, reitera el casacionista, se cometieron en riña suscitada de modo imprevisto para el procesado, circunstancia que no fue reconocida y como resultado de cuya omisión hubo violación directa de la ley sustancial y concretamente del artículo 384 del Código Penal anterior.

Se considera

Ya se ha visto que la causal cuarta no puede prosperar, porque no existe ninguna nulidad, menos demostración al respecto, por lo cual es procedente analizar si hubo violación de la ley sustancial, o sea del artículo 384 del Código Penal, según el demandante, al no reconocer la riña imprevista en favor del procesado, ni en el auto de proceder, ni en el veredicto, ni en la sentencia, pues como puede observarse, el casacionista involucra las dos causales con el mismo argumento, que en su sentir consiste en que está demostrada esa circunstancia modificadora de la responsabilidad.

Al respecto, la violación de la ley sustancial, puede ser por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. El casacionista no determina de qué infracción se trata, porque la directa presupone la aceptación precisa de los hechos, a efecto de que con fundamento en los mismos, se señale cuál es la ley sustancial violada. Pero si se refiere a que la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba por el jurado, la Corte en reiterados fallos ha expresado que en los juicios en que interviene el jurado, no es pertinente la alegación de la causal de que se ocupa el inciso 2º, ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto: en casación de 25 de marzo de 1976, la Sala dijo:

"... Evidentemente, y tal como lo recuerda el Procurador, la Corte ha sostenido en diversos fallos que en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la alegación de la causal de que se ocupa el inciso 2º, ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y que se refiere a la violación de la ley sustancial penal 'por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba. Y esto, en razón de que en tales juicios los jueces populares cuentan con plena libertad en la estimación de las pruebas, subordinada apenas así a su íntima convicción. Y además, porque de prosperar este 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 de acuerdo con nuestro ordenamiento legal es privativo de los jueces de derecho en las instancias ...'.

"... En apoyo de la tesis relativa a la inoportunidad jurídica de la alegación de la causal primera de casación en los juicios en que interviene el jurado hay que tomar en cuenta que de acuerdo con lo establecido por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal para el caso de que prosperara la causal primera, correspondería a la Sala Penal de la Corte, casar el fallo, y dictar el que debe reemplazarlo, lo cual es a todas luces injurídico por cuanto que con semejante proceder la Corte estaría violando las normas propias, y muy propias del proceso, ya que tendría que dictar la sentencia respectiva, con prescindencia absoluta del veredicto del jurado, lo cual, se repite, resulta ser una atrocidad jurídica ...".

Y en fallo de 28 de abril de 1976, la Sala se expresó así:

"... La declaratoria de contraevidencia del veredicto del jurado no es del resorte del recurso de casación. Tal facultad fue otorgada al juzgador en derecho durante las instancias. De consiguiente, no puede la Corte, so pretexto de que se incurrió en yerro de derecho, por falta de aplicación de preceptos sustantivos de la ley penal, entrar en examen de los elementos de juicio que, obviamente, llevarían a que se hiciese tal declaración de ser contrario a la evidencia la decisión del jurado y se ordenara la convocatoria de un nuevo Tribunal de conciencia para repetir el juzgamiento. Y es tan contrario a la técnica de casación semejante pretensión del demandante, que de ser admitida en hipótesis tal posibilidad, lo que habría de resolverse no es precisamente lo que resulta de tal declaratoria de contraevidencia, sino de aplicar debidamente la ley penal, pronunciándose nueva sentencia por la Corte ...".

Tampoco prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXAMEN PSIQUIATRICO DEL PROCESADO

Intoxicación crónica producida por el alcohol. Alienación mental

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 097.

Bogotá, D. E., octubre 22 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia de 11 de octubre de 1980, confirmó, sin modificaciones, la del Juzgado Primero Superior del mismo Distrito que condenó a Oscar Jaramillo Carvajal y Sigifredo Peláez Henao a veintiocho (28) años de presidio el primero y veinticinco (25) años y seis meses de presidio el segundo, más las accesorias correspondientes, como autores penalmente responsables de los delitos de doble homicidio agravado, homicidio agravado imperfecto y lesiones personales agravadas que les fueron imputados en el auto de proceder.

Contra el fallo del Tribunal Superior de Cali, los procesados interpusieron el recurso de casación, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual el apoderado especial de ambos presentó la correspondiente demanda, que fue estimada por la Corte formalmente ajustada a las exigencias legales.

Resultandos

I. Los hechos y actuación procesal aparecen correctamente resumidos por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, así:

"... A eso de las tres de la mañana del 26 de enero de 1977, golpearon a la puerta de la casa donde vivían José Jesús Valencia Castaño, la hija de éste María Ruth Valencia García, el esposo de la anterior, Marco Tulio Sandoval Méndez y un niño hijo de éstos, de nombre John Jairo Sandoval Valencia, casa situada en el barrio San Luis o Jorge Eliécer Gaitán, de la ciudad de Cali. Al intentar abrir la puerta Marco Tulio Sandoval, recibió una descarga de arma de fuego de corto alcance de manos de quienes habían golpeado, personas éstas que penetraron al recinto donde dormía la familia mencionada y acribillaron a tiros y con arma cortopunzante a José Jesús Valencia, a María Ruth Valencia y al pequeño John, dando así muerte a los dos varones y dejando gravemente heridos a la mujer y su hijo. La investigación demostró que los autores del hecho criminoso que se deja relatado someramente, fueron el para entonces Agente de la Policía Nacional Oscar Jaramillo Carvajal y el particular Sigifredo Peláez Henao ...".

"... Dicha investigación estuvo en sus primeros momentos al cuidado de la Comisaría Norte de Policía Municipal de Cali, que realizó el levantamiento de los cadáveres y produjo las ordenaciones de rigor al respecto, pasando luego al Juzgado Once Penal Municipal de la citada ciudad, Despacho que dictó auto cabeza de proceso al día siguiente de la ocurrencia de los hechos, pasando seguidamente las diligencias al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, donde se adelantó el perfeccionamiento del sumario, que más tarde llegó al juez del conocimiento que lo fue el Primero Superior ...".

"... Ese Despacho, luego de haber ordenado la práctica de algunas diligencias que consideró de importancia, vino a cerrar la etapa instructiva el 23 de enero de 1978 y a proferir auto calificatorio del mérito sumarial el 26 de mayo del mismo año, llamando a responder en juicio cri-

minal y con intervención del jurado de conciencia a Jaramillo Carvajal y a Peláez Henao, como autores materiales de los delitos de homicidio agravado en las personas de José Jesús Valencia Castaño y Marco Tulio Sandoval Méndez y del mismo delito pero en la modalidad de frustrado, en la persona de María Ruth Valencia García, sobreseyendo definitivamente a cuatro personas más que habían sido vinculadas mediante indagatoria al proceso ...".

"... Apelado este auto por los afectados con él, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo confirmó plenamente —con algunas modalidades relacionadas con los sobreseídos— y agregando a los delitos por los cuales se llamó a juicio el de lesiones personales agravadas, en la persona del menor John Jairo Sandoval Valencia ...".

"... Rituada por el competente la etapa del juicio, culminó éste con la sentencia condenatoria de julio 29 de 1980, la que fue totalmente confirmada por el Tribunal, al ser apelada, el 11 de octubre siguiente. La condena fue de 28 años de presidio para Oscar Jaramillo Carvajal y de 25 años y medio de presidio para Sigifredo Peláez Henao, más las penas accesorias propias de la pena principal para cada uno de ellos ...".

"... Es, pues, contra ese fallo de once de octubre de mil novecientos ochenta que se presentan las demandas ...".

II. El apoderado especial de los procesados Jaramillo Carvajal y Peláez Henao presentó sendas demandas de casación, con invocación en ambos casos de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haberse proferido la sentencia en juicio viciado de nulidad.

a) La demanda a nombre de Oscar Jaramillo Carvajal formula un solo cargo: Ser la sentencia violatoria del ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y, consecuencialmente, haberse dictado en juicio viciado de nulidad, por "incompetencia del juez".

Con cita de jurisprudencia de esta Corporación aduce el censor que si está establecido en autos que "el procesado pertenecía a la Policía Nacional y estaba en servicio activo cuando sucedió el hecho de sangre que se le imputa", la competencia para conocer del proceso no podía quedar radicada en el Juez Superior que la asumió, sino en el Comando de Policía Nacional correspondiente, por cuanto "el país venía en estado de sitio desde la emisión del Decreto 1249 de 1975", por cuyo motivo la Corte debe invalidar la actuación "desde el momento en que se incurrió en nulidad, vale significar, a partir de la providencia que ordenó cerrar la investigación, inclusive, en adelante, 'pues esa fue la providencia que debió dictarse por juez competente' ...".

b) La demanda a nombre de Sigifredo Peláez Henao endereza, por su parte, once cargos contra el fallo recurrido:

Primero. "Se solicitó prueba fundamental para ser practicada en Bogotá. El señor juez la decretó pero la hizo realizar en Cali y por carencia de elementos fue incompleta".

Dice el recurrente que "como a todo lo largo del sumario el señor Peláez Henao había alegado no haberse dado cuenta de nada de lo acaecido por el alto grado de embriaguez de que fue víctima en la madrugada de los hechos", en el pleanario probatorio de la causa la defensa solicitó que el procesado mencionado fuera enviado al Instituto de Medicina Legal en Bogotá para examen psiquiátrico y prueba de alcohol que vinieran a precisar si "Sigifredo Peláez, en la noche de autos se encontraba padeciendo un estado de grave anomalía psíquica transitoria o intoxicación crónica". Sin embargo, el juez de la causa, a pesar de que dispuso practicar la prueba al hallarla conducente, se conformó con su evacuación parcial por parte de la Oficina Médico-legal de Cali, puesto que ésta, a quien se encomendó la realización del examen al incriminado, dijo no estar en condiciones de verificar la prueba de alcohol, "porque ésta sólo se debe llevar a cabo en una institución especializada". De ahí que concluya con la afirmación de existencia del vicio de nulidad, por quebranto del debido proceso, pues en su sentir el no haberse realizado íntegramente la prueba tal y como fue pedida impide saber "cuál el debido proceso: Si con Tribunal popular o no".

Segundo. "La defensa no fue eficaz", como lo evidencia la comparación de "la actuación de los señores defensores de los otros procesados y la referente al señor Peláez Henao".

En sustento comienza el censor por comparar la actuación cumplida por los diferentes abogados defensores en favor de sus patrocinados y concluye con el reconocimiento de que "el señor Peláez" tuvo "dos buenos defensores, el doctor Luis Hernando Becerra y el doctor Vásquez Pinzón", aunque muy tangencialmente, puesto que "en las diligencias primordiales e iniciales no estuvo asistido por un abogado con título, ni si-

quiera por un empírico, lo que vicia toda norma referente a los derechos de defensa de un procesado".

Tercero. "Falta de claridad en el auto de proceder en cuanto al señalamiento de las víctimas del homicidio agravado doble".

Sostiene la demanda que la censura no se asienta en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, "sino indicando la violación a garantías consagradas en el artículo 26 de la Ley Fundamental del Estado", puesto que el Tribunal, al confirmar el auto enjuiciatorio proferido por el juzgado, no cumplió con la obligación legal de señalar en la parte resolutiva de su decisión "cuáles las víctimas de homicidio agravado-doble que figuran en los cuestionarios".

Cuarto. El juez "no podía elaborar cuestionarios y hubo mala redacción de los elaborados".

La demanda transcribe apartes de la providencia mediante la cual el Tribunal confirmó la decisión enjuiciatoria de primera instancia y en los que con respecto a los hechos de que fue víctima María Ruth Valencia se sostiene que "se debe aclarar que el llamamiento a juicio es por homicidio agravado imperfecto, por tentativa frustrada, de acuerdo con el artículo 17 del Código Penal", para concluir en que esa aclaración impide saber qué fue lo que el Tribunal confirmó, amén de que en el ordenamiento jurídico penal colombiano no existe la figura de doble homicidio agravado, ni "tentativa frustrada". Afirma, por ello, que el auto de proceder así concebido "viola las formas propias del juicio, los artículos 1º de la ley procesal penal y 26 de la Carta Magna e inhibe al juez para formular cuestionarios, pues mal puede elaborarlos conforme al artículo 17 si en la providencia existe un híbrido de las normas 16 y 17".

Quinto. "Se violaron todas las normas sobre términos judiciales". Señala el libelo que hubo infracción de las formas propias del juicio, al no haberse dado estricto cumplimiento al artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, "las audiencias en juicio en que interviene el jurado, no podrán interrumpirse por lapsos mayores de dos días". Lo anterior, debido a que:

"... La audiencia fue convocada para el día martes seis (6) de mayo de 1980 —folio 198—; se instaló ese día —folio 207—, pero en forma arbitraria se hizo la nueva convocatoria para el día lunes 26 de mayo —folios 207 *in fine* y 208— (siempre en el segundo cuaderno) ...".

"... ¿Cuántos días caben entre el 6 de mayo y el 26? ...".

"... Del día 26 de mayo la aplaza hasta el día 2 de junio, es decir, 7 días después, como ese día 2 de junio no la instala, como era su obligación legal, el señor juez la aplaza para el día 17 de junio. Y cabe preguntar, ¿cuántos días caben entre el 2 al 17 de junio? ¿Y cuántos desde el 26 hasta el 17 de junio? ...".

"... Como el 27 de junio tampoco cumple el señor juez iniciando la audiencia, ésta es aplazada hasta el día 11 de julio —folio 215— ...".

Sexto. "El señor juez penetró por dos ocasiones al recinto de las deliberaciones" (del jurado).

La demanda funda la acusación sobre la base de existir en el proceso, a folio 273 del segundo cuaderno principal, memorial de la defensa que relieva el hecho de haber entrado el juez *a quo* en dos oportunidades al recinto en donde el jurado se encontraba deliberando para la emisión del veredicto "permaneciendo dentro por espacio de 10 minutos la primera vez y por espacio de 15 minutos la segunda y última vez", lo que constituye flagrante violación del artículo 536 del Código de Procedimiento Penal y del 26 de la Constitución, "porque el jurado no puede comunicarse con nadie cuando está deliberando su veredicto, virtud a lo cual, la actuación altamente significativa y acuciosa del juez de la causa, es nugatoria del derecho de defensa, porque atenta contra la plenitud de las formas propias del juicio penal de que nos habla la sagrada Constitución Nacional) y *además si se tiene en cuenta que dos de los miembros del jurado son alumnos del señor juez de la causa*, en su cátedra del alma mater, entonces se puede sospechar incluso un prevaricato ..." (subrayas del demandante).

Séptimo. "No se notificó a los procesados una providencia necesaria a los mismos".

El censor expresa que el Tribunal, para resolver la apelación propuesta por Sigifredo Peláez Henao contra el auto de proceder dictado por el juez superior, no notificó al procesado el auto de 22 de agosto de 1978 que dispuso la fijación en lista del proceso y el traslado al fiscal de la corporación, siendo que a su entender la notificación era imperiosa por encontrarse aquél detenido y no tratarse de un proveído de mera sustanciación que en los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal excusara la notificación. De forma que, al dársele al auto en mención el carácter de trámite excepto de

notificación, se ejecutó un acto procesal clandestino con quebranto de las formas propias del juicio.

Octavo. "No se notificó a un procesado legalmente la providencia que cerró la investigación ni la que lo enjuició".

Cita la demanda escrito del procesado Oscar Jaramillo en que advierte que, no obstante encontrarse recluido en el anexo psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Colombia, el auto de cierre de la investigación no le fue notificado. Pero aunque el mismo libelo señala que en opinión de la Corte la falta de notificación de ese auto no engendra nulidad, concluye, empero, en que "de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal, sí es un acto inexistente, puesto que se exige la notificación y personal al procesado encarcelado y el no hacerlo conlleva su inexistencia", razón por la cual "lo realizado a partir de tal providencia es nulo".

Noveno. "No se notificó en debida forma al procesado Oscar Jaramillo Carvajal, el auto de proceder".

Reconoce el censor que en el proceso existe constancia sobre el envío a la Penitenciaría Central de Colombia de copia del auto de proceder para que de éste fuese notificado el interno Jaramillo Carvajal. Pero agrega que en el proceso se echa de menos la notificación que realmente se hubiera podido hacer al procesado y como lo que no consta en el proceso no tiene existencia en él, débese concluir que la providencia enjuiciatoria no le fue notificada a Jaramillo Carvajal.

Décimo. "Por haberse fallado el juicio existiendo incompetencia de jurisdicción para el enjuiciamiento de uno de los dos procesados se perjudicó a ambos".

Dice el recurrente que estando revestido uno de los procesados del carácter de Agente de la Policía Nacional, el juez ordinario debió "en su momento procesal ordenar sacar copia de lo actuado" para que por la autoridad castrense correspondiente se investigara y fallara por separado la sindicación hecha a ese procesado, como lo relieva la demanda a nombre de Oscar Jaramillo Carvajal. Sin embargo, agrega, "no se obró así y por ello el juicio que se siguió al señor Jaramillo Carvajal es nulo y el juicio que venció al señor Peláez Henao es nulo, por incompetencia de jurisdicción para el primero ... y por violación de las formas propias del mismo para el segundo y por violación de las formas propias del juicio para los dos enjuiciados, por haberse violado a través de toda la investigación el Decreto 409 de 1971, artículo 1º y la Constitución Nacional, artículo 26 ...".

Undécimo. Nulidad legal, porque "la audiencia pública no se realizó el día y la hora señalada".

Arguye el demandante que al suspenderse en varias ocasiones la audiencia de juzgamiento sin motivo legal para ello, terminó por incurrirse en el vicio de nulidad previsto en el ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por no celebrarse la audiencia pública "en el día y la hora señalados".

La demanda concluye la exposición de los cargos solicitando la aplicación del artículo 583-2 del Estatuto de Procedimiento Penal, en el entendimiento de haber probado los motivos de nulidad que invoca.

III. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal señala que ambas demandas están llamadas a prosperar, por lo siguiente:

1º La formulada a nombre de Oscar Jaramillo Carvajal, porque:

"... Del documento obrante al folio 251 del cuaderno principal número uno, se tiene que el señor Oscar Jaramillo Carvajal era, para el 26 de enero de 1977, miembro activo de la Policía Nacional en el grado de Agente. Y que en la noche del 25 y en las primeras horas del 26 de ese mes de enero, no cumplía ninguna misión oficial ...".

"... De lo dispuesto en el artículo 308, ordinal 2º del Código de Justicia Penal Militar, se tiene que la jurisdicción penal militar conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes que hayan perpetrado militares en servicio activo, y cuya comisión se haya cumplido en tiempo de guerra, turbación del orden público, o conmoción interior ...".

"... A los miembros de la Policía Nacional —según lo ordena el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar—, se aplican los términos Militar o Militares para los efectos de ese mismo Código ...".

"... El territorio nacional, a virtud de lo dispuesto por el Decreto 2131 de octubre 7 de 1976, se halla desde entonces en estado de sitio y, por tanto, declarado dentro de él turbado el orden público ...".

"... Según todo lo anterior, es obvio que el enjuiciamiento y juzgamiento del Agente de la

Policía Nacional Oscar Jaramillo Carvajal ha debido llevarse a cabo por la justicia penal militar de la institución a la cual pertenecía por la época del acaecimiento de los hechos, y no por otra suerte de jurisdicción, como ha ocurrido en el presente caso ...".

"... De donde se tiene que asiste plena razón el demandante en casación, ya que precisamente la inobservancia de la ley penal militar privó al Agente Jaramillo Carvajal del fuero que esa legislación le reconoce, con lo que su causa no estuvo rodeada de las garantías que para juzgar a los ciudadanos colombianos exige la Constitución Nacional en su artículo 26 ...".

2º La presentada a nombre de Sigifredo Peláez Henao, porque el primer cargo que aduce contra el fallo del Tribunal es procedente y estimándose relevada por ello de estudiar los diez restantes, anota:

"... el demandante presenta a nombre de este procesado extensa demanda contentiva de once (11) motivos de impugnación, el primero de los cuales es el consistente en haber sido condenado su poderdante Peláez Henao sin haberse establecido previamente si se trataba de persona mentalmente normal, o no ...".

"... De la actuación procesal se tiene que cuando el procesado a que ahora nos referimos fue interrogado con el lleno de las formalidades legales por el F-2 de Cali sobre los hechos delictuosos que nos vienen ocupando, manifestó que cuando fue invitado a dar una vuelta en una moto ya estaba embriagado y que no se dio cuenta dónde más estaría (folio 27, cuaderno principal número 1). Y cuando se le interrogó por el juez instructor, también con el lleno de las formalidades legales, acerca de su participación en el hecho criminoso, volvió a repetir, la misma historia de su embriaguez avanzada, que no le permitió darse cuenta de lo acontecido, pues no sabe por dónde más estuvo (folio 86 ibidem) ...".

"... Debido a las anteriores manifestaciones del procesado, las que fueron hechas el 27 de enero de 1977 y el 1º de febrero de ese mismo año, respectivamente, el defensor del indicado procesado solicitó al juez de la causa el 4 de diciembre de 1978 enviar a Sigifredo Peláez Henao al Instituto de Medicina Legal de Bogotá con el fin de que fuera sometido a un examen psiquiátrico, y para que, igualmente, fuera sometido a una prueba de alcohol con el fin de saber si era cierto lo afirmado por el procesado en el sentido de que por la ingestión de bebidas embriagantes entra a padecer grave anomalía psíquica transitoria, o si su intoxicación es crónica, lo cual indicaría en qué estado mental se hallaba para la fecha y hora de los hechos criminosos (folio 147 del cuaderno principal) ...".

"... Y el Juez Primero Superior de Cali, por medio de providencia del 22 de enero de 1979 —folio 148 ibidem— en el ordinal noveno de ella decretó la prueba antes solicitada por haberla hallado conducente, y así ordenó enviar el procesado Peláez Henao al médico psiquiatra para que fuera examinado 'conforme a los puntos señalados por su apoderado en el memorial de pruebas' ...".

"... A los folios 163 y 164 del mismo cuaderno que se está citando ahora, aparece el dictamen médico-legal respecto al estado psíquico de Peláez Henao, emitido por el médico psiquiatra de la Oficina de Medicina Legal de Cali, donde, si bien se dice que 'el hecho de que presente amnesia de lo sucedido durante el período de ebriedad, no es indicativo ni de un estado de enajenación mental, ni de grave anomalía psíquica, como tampoco de un estado de intoxicación crónica por el alcohol', se agrega seguidamente: 'la prueba del alcohol no se practicó porque ésta sólo se debe llevar a cabo en institución especializada como es el anexo psiquiátrico' ...".

"... Lo anterior, en sentir de esta Delegada en lo Penal dejó en entredicho la experticia médica, ya que de una parte se dijo tajantemente que no existía enajenación mental, ni grave anomalía psíquica, ni estado de intoxicación crónica por el alcohol, pero de otra se dejó abierta la puerta para que se llevara a cabo la prueba del alcohol, la cual no fue cumplida por los legistas de Cali por lo anotado en el mismo experticio a que nos estamos refiriendo ...".

"... Pero tal examen nunca se cumplió, y así se produjo el juzgamiento de este procesado...".

"... Es evidente entonces que el decreto de tal prueba hecho por el juez se quedó escrito. Es cierto que el defensor peticionario de tal prueba expuso los motivos que lo llevaron a solicitarla. Es real que esa petición y su decreto ordenándola crearon una expectativa en el ámbito procesal, pues que de ella dependía la manera de juzgar a este ciudadano: si para cuando ocurrió el hecho ilícito estaba normal de la mente, su juzgamiento sería el que se cumplió sin el examen que ahora se echa de menos y que se quedó ordenado. Si esa malhadada noche y en tales momentos estaba padeciendo una anomalía psíquica, cualquiera que sea la forma de llamarse,

otra bien diferente sería la forma de su juzgamiento y otra la conducta a seguir al imponer sanción, si a ésto se llegare ...".

"... Y si esa certeza para juzgar y fallar, respecto a este procesado, no se ha producido dentro de este proceso, síguese que dentro del mismo se ha desconocido palmariamente la existencia soberana del mandato constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta, lo que hace materializar una nulidad supralegal que, de contera, hace que la demanda de casación que ahora nos ocupa por este solo aspecto prospere ...".

Considerandos

I. Demanda a nombre del procesado Oscar Jaramillo Carvajal.

Causal cuarta. Cargo único. Nulidad del proceso, por haber sido juzgada la conducta de Oscar Jaramillo Carvajal por juez ordinario, cuando el competente era el castrense por estar demostrado su carácter de Agente de la Policía Nacional a la fecha de los hechos, para la cual se hallaba vigente el estado de sitio en todo el territorio nacional.

Al respecto asiste razón al Procurador Delegado, pues es verdad que la evidencia procesal (folios 13, 14, 29 y 251, cuaderno principal número uno) muestra que para la época de los hechos en el victimario Jaramillo Carvajal concurría la calidad de Agente de la Policía Nacional en servicio activo y que durante ella se encontraba, como se encuentra ahora, en estado de sitio el territorio nacional a virtud de declaratoria hecha por Decreto 2131 de 7 de octubre de 1976.

Por lo demás, en sede de casación de 17 de marzo del presente año, al repetirse criterio dominante en esta Corporación, se anota:

"... La Corte, en fallo de Sala Plena de 29 de septiembre de 1973, proclamó la constitucionalidad del artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, según el cual, para los efectos de aplicación de tal estatuto, 'los términos militar o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II'. De suerte que, habiendo esta misma Corporación en fallo pleno del 4 de octubre de 1971 declarado exequible el ordinal 2º del artículo 305 de ese mismo Código, en cuanto asigna competencia a los jueces castrenses para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, cuando el país se halla en guerra, conflicto armado, o turbación del orden público, es protuberante el vicio de nulidad que aqueja al proceso con arreglo al numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por incompetencia del juez y, consiguientemente, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, al resultar lesionada la garantía procesal que apunta a la legalidad de la jurisdicción ...".

De forma que si en el caso *sub judice* el juzgamiento del policía Oscar Jaramillo Carvajal se hizo por la justicia ordinaria cuando debió serlo por la castrense, con prescindencia de que el reato hubiese sido cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo, el proceso en lo que a él concierne es nulo, de nulidad absoluta, desde el auto de clausura de investigación, inclusive, puesto que tal determinación está reservada al respectivo funcionario del conocimiento. El vicio de nulidad no comprende al codelincuente, vale decir, al particular Sigifredo Peláez Henao, porque la indivisibilidad de la jurisdicción sólo tiene operancia cuando no media hecho o circunstancia que sustraiga a cualquiera de los incriminados de la imputación común, como lo es el fuero.

Debido a lo anterior, el cargo prospera, por lo que la Corte habrá de casar la sentencia de condena proferida contra Oscar Jaramillo Carvajal y decretar la nulidad de la actuación en lo que a él toca a partir del momento procesal indicado.

II. Demanda a nombre de Sigifredo Peláez Henao.

Como los once cargos que aduce reclaman la nulidad del proceso a partir de momentos diferentes de su conformación, la lógica impone que su estudio se haga no en el orden señalado por el censor, sino teniendo en cuenta el mayor radio de actuación nula que cada uno de ellos pueda comportar para el caso de tener éxito, puesto que así la Corte quedaría excusada de analizar aquéllos que se refieran a actos procesales posteriores, comprendidos, por consiguiente, en la declaratoria de una precedente nulidad.

Es más, si ya se dijo que el proceso es nulo desde el auto de cierre de investigación en lo que al procesado Jaramillo Carvajal atañe, cabe afirmar que en este caso sobra el estudio de los cargos que se mencionan como octavo, noveno y décimo, pues los dos primeros tocan con supuestas actuaciones irregulares comprendidas en esa

nulidad, mientras que por el último se pretende asegurar que la unidad de jurisdicción exige extender al procesado Peláez Henao la nulidad por incompetencia del juez, y ya quedó dicho que ello sólo es evidente en ausencia de hechos o circunstancias que determinen la acusación por separado cuando son varios los reos, y que en este caso es el fuero a favor de Jaramillo Carvajal el que impide el juzgamiento común.

Siguiendo, pues, la metodología indicada cabe estudiar los otros cargos en el siguiente orden:

Segundo. Ser nulo el proceso, por violación del derecho de defensa, en la medida en que el procesado Peláez Henao, salvo ocasionales momentos, no gozó de una defensa igual a la de los otros incriminados.

El demandante recurre a la comparación de las formas en que se desempeñaron los distintos defensores, para concluir que como la defensa de menos actividad fue la de Peláez Henao, el proceso es por ello nulo, como si la defensa eficaz dependiera sólo de la mayor cantidad de peticiones que el encargado de ella formule al juez del proceso. Sin embargo, tan singular punto de vista, de por sí falto de seriedad, no señala, de otra parte, cuáles diligencias, distintas a las efectivamente cumplidas en el trámite del asunto, debieron ser solicitadas por los distintos defensores de Peláez Henao, y que de haber sido ordenadas y llevadas a término por el juez, hubiesen evitado la condenación o por lo menos morigerado la situación jurídica del procesado.

Que la demanda reconozca, empero, que el incriminado Peláez Henao tuvo "dos buenos defensores" implica, además, contradicción en la argumentación, porque el ejercicio de la defensa, como reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte, constituye en las varias etapas del proceso "labor compleja; lo mismo puede realizarse interponiendo recursos que absteniéndose de hacerlo; solicitando pruebas o no haciéndolo; propugnando en el debate público por la presentación de unas tesis o eludiendo el planteamiento de otras. Todo depende, entonces, de cómo haya sido planificada" (sentencia, casación de 29 de enero de 1981). De forma que la circunstancia de que los defensores de Peláez hubiesen desplegado una actividad inferior a la que tuvieron los de los otros victimarios, no es motivo que pueda servir de soporte al cargo en examen.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Tercero. Ser nulo el juicio, por quebranto del debido proceso, por cuanto el Tribunal, al confirmar el auto de proceder dictado por el juzgado superior, no señaló las víctimas del doble homicidio agravado imputado a los encausados.

El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, al disciplinar las "causas de nulidad en los procesos penales", por su ordinal 5º señala como una de ellas el "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo ... al nombre o apellido ... del ofendido". No obstante, la demanda expresa que el cargo no lo refiere a ese vicio de invalidez procesal, sino a uno de rango constitucional por infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque no es que el juez haya equivocado los nombres o apellidos de las víctimas, sino que omitió indicarlos.

El cargo, sin embargo, no encuentra respaldo en la realidad procesal, desde luego que es apenas obvio que al confirmar el Tribunal la determinación enjuiciatoria del *a quo* sin reparo alguno respecto de los nombres y apellidos de los ofendidos del doble homicidio mencionados en aquélla, estaba implícitamente aceptando tal mención, más cuando no es jurídico hacer distinción entre el auto de proceder proferido por el juez superior y la decisión confirmatoria del *ad quem*, puesto que aquél y ésta vienen a constituir una sola unidad jurídica: el pliego de cargos.

La censura, por ende, no prospera.

Séptimo. Ser nulo el juicio, por infracción del debido proceso, al no haberse notificado el auto de 22 de agosto de 1978, mediante el cual el Tribunal, al tramitar el recurso de apelación propuesto contra el auto de proceder, dispuso la fijación en lista y el traslado al fiscal para concepto.

Contrariamente a la opinión del censor, no se remite a dudas que el auto a que alude el cargo es de puro trámite o de sustanciación. Por modo que si el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal no lo incluye entre aquellos de ese carácter que son de imperiosa notificación, debe estarse a lo preceptuado por su inciso segundo, esto es, que "los autos de sustanciación no enumerados en el inciso anterior serán de cumplimiento inmediato y contra ellos no procede recurso alguno". De consiguiente, la impugnación carece de fundamento, puesto que mal podría afirmarse que hubo lesión del debido proceso aludiendo a un auto que fue dictado conforme al rito procesal.

El cargo, por ello, no prospera.

Primero. Ser nulo el juicio, por lesión del derecho de defensa, a consecuencia de no haberse practicado en su integridad la prueba bio-psíqui-

ca solicitada por el defensor en el plenario probatorio de la causa para precisar si Peláez Henao debía o no ser juzgado como normal.

Es verdad que la defensa solicitó que se hiciera a Peláez Henao el examen a que se contrae la impugnación y que el dictamen correspondiente (folios 163 y 164 del cuaderno principal número 2), reza:

"... El hecho de que el señor Sigifredo Peláez Henao presente amnesia de lo sucedido durante el período de ebriedad, no es indicativo ni de un estado de enajenación mental ni de grave anomalía psíquica, como tampoco de un estado de intoxicación crónica por el alcohol ...".

"... La prueba del alcohol, no se practicó porque esta sólo se debe llevar a cabo en una institución especializada, como es el anexo psiquiátrico ...".

Es igualmente cierto que la prueba del alcohol terminó por no efectuarse. Pero que así haya ocurrido no comporta lesión alguna del debido proceso, pues *en la legislación penal colombiana entonces vigente, ni siquiera la intoxicación crónica producida por el alcohol estaba considerada como causal de irresponsabilidad y tocante a la embriaguez, de naturaleza voluntaria, apenas como circunstancia de menor peligrosidad "cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas", amén de que conforme al artículo 31 del Estatuto Penal vigente la inimputabilidad sólo se predica de aquél que "en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental"* y aunque dentro de este precepto quepa la intoxicación crónica debida al consumo de alcohol en cuanto sea causa de obnubilación total de la conciencia que impida comprender el hecho ejecutado, la evidencia procesal, en este caso, no permite sospechar siquiera que Peláez Henao se encontrara en esa situación para el momento de los hechos, por más que al rendir indagatoria haya expresado no recordar circunstancias con ellos concomitantes.

Es más, *en opinión tradicional de la Corte la recta inteligencia del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal permite advertir que el examen psiquiátrico del procesado sólo debe ordenarse cuando se tienen indicios serios que en forma vehemente hagan sospechar en el sindicado alienación mental, o que se encuentra "en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia"*. De ahí que en sana lógica deba entenderse que si el juez de la causa no insistió en la prueba de alcohol solicitada por la defensa, fue porque no la estimó necesaria, máxime cuando el dictamen médico-forense antes transcrito descarta la posibilidad, aún sin la práctica de esa prueba, de que el procesado hubiera obrado bajo "un estado de enajenación mental ni de grave anomalía psíquica, como tampoco de un estado de intoxicación crónica por el alcohol".

El cargo, consiguientemente, no prospera.

Quinto. Ser nulo el juicio, por quebranto del debido proceso, al haberse interrumpido la audiencia de juzgamiento por lapsos mayores de dos días.

La lectura del acta que recoge el acto procesal de audiencia pública, en este caso con intervención del jurado, permite apreciar las varias interrupciones en su realización de que da cuenta la demanda. La generalidad de las mismas fueron por períodos superiores a dos días, sin que por el funcionario del conocimiento se hiciera constar hecho alguno que viniera a justificar la suspensión por término mayor del autorizado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal. Valga señalar, *verbi gratia*, que su iniciación tuvo lugar el 6 de mayo de 1980 e inmediatamente después de ser juramentados los jurados, como leídos los cuestionarios que se sometían a la consideración de éstos y el auto de proceder, "el señor juez ordenó suspender la sesión para continuarla el día lunes veintiséis", sin dar razón del porqué de la interrupción tan prolongada.

Pues bien: la Corte, en auto fechado el 4 de agosto del año en curso, precisa los alcances del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal frente al 26 de la Constitución Nacional, pues al respecto dice:

"... los vicios de invalidez de los actos procesales que la jurisprudencia deriva del contexto del artículo 26 de la Constitución Nacional apuntan a aquellos de indispensable ejecución por constituir el soporte de la acción jurisdiccional. La audiencia de juzgamiento es, a no dudarlo, uno de ellos, por lo que precisa entender que cuando el legislador señala en el artículo 563 del Estatuto de Procedimiento Penal, que ella no puede interrumpirse 'por lapsos mayores de dos días', ha querido significar, ni más ni menos, que las suspensiones por período superior, cuando son injustificadas, lesionan el debido proceso. No puede ser de otra manera, porque dejar al arbitrio del juez la suspensión de las audiencias, sig-

unificaría la quiebra del principio de concentración de los actos que en conjunto conforman el debido proceso y, en los juicios con jurado, además, la continuidad de la inmediación que los jueces de conciencia deben tener con respecto a los debates de audiencia para que el veredicto sea fiel trasunto de ellos ...".

"... Así, pues, enfrente de una situación de fuerza mayor o de caso fortuito, nada impide suspender la audiencia por tiempo superior al previsto en la norma. Pero que ello ocurra por capricho del juez, o por período superior al que aquellas circunstancias imponen, indudablemente que comporta lesión de una de las garantías que deviene del artículo 26 de la Carta Política, como es la legalidad del juzgamiento ...".

Por manera que si en el asunto *sub judice* tiénese a la vista como verdad incontrastable que la audiencia pública fue interrumpida con violación del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, sin que para ello hubiesen existido razones de fuerza mayor o caso fortuito, procede casar la sentencia acusada y declarar la nulidad del proceso a partir del auto que señaló fecha para el sorteo de jurados, inclusive, para que la audiencia pública se realice con sujeción al ritual procedimental, con intervención de nuevos jurados.

La procedencia de este cargo excusa el estudio de los restantes, puesto que éstos están basados en supuestas irregularidades cometidas con ocasión de la audiencia pública y lo que es nulo no está llamado a producir efecto alguno.

Por las razones que preceden, 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 recurrida y DECLARA, en consecuencia, que el proceso es nulo, en lo que al procesado Oscar Jaramillo Carvajal respecta, a partir del auto de cierre de investigación, inclusive; e, igualmente, nulo en lo que concierne al también procesado Sigifredo Peláez Henao, pero en este caso desde el auto que señaló fecha para el sorteo de jurado, inclusive.

El Tribunal deberá sacar copia del proceso y remitirla al juez castrense que corresponda, para que sea éste quien reponga el proceso contra Jaramillo Carvajal.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

La denuncia y la investigación penales como causales de recusación. Diferencia de criterios en la Corte. Las causales de impedimento o recusación son taxativas en el ordenamiento procesal penal, y por ende, como lo ha sostenido la mayoría de la Sala, en ningún caso puede acudirse a la vía de la aplicación extensiva de normas del Código de Procedimiento Civil, para cobijar situaciones no reguladas por aquel estatuto; la minoría, sin embargo, considera que cuando a raíz de la denuncia se ha iniciado investigación criminal o proceso disciplinario, la recusación o el impedimento son procedentes

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 97 de 22 de octubre de 1981.

Bogotá, D. E., octubre 23 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El procesado Conrado Guarín Zapata ha recusado a los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, doctores Clemente Viteri Alvarado y Eudoro Benavides Rivera, invocando al respecto la denuncia formulada contra los mismos por el doctor Olid Larrarte Rodríguez (enero 14 de 1981), al entender que aquellos funcionarios exigieron una gruesa suma de dinero para confirmar un sobreseimiento definitivo expedido a su favor, negativa que fue sancionada con el proferimiento de un llamamiento a juicio, acogido por mayoría, puesto que el Magistrado Plinio Calvachi Velasco, salvó su voto.

En esta oportunidad el Magistrado Benavides Rivera rechaza la recusación, puesto que su adhesión a la ponencia presentada por el Magistrado sustanciador se debió, exclusivamente, a la argumentación de la misma, la cual encontró ajustada a la ley. Destaca la ausencia de insinuación alguna por parte del Magistrado Viteri Alvarado, con "torcido propósito", recuerda las posiciones oficiales (Juez Municipal, Juez Superior, Director Seccional de Instrucción Criminal, Alcaldía de Pasto, Secretario de Gobierno Departamental) desempeñadas con la "más absoluta honestidad y probidad", al punto que nadie ha podido dirigirle la más mínima censura. Por último afirma desconocer al autor de la denuncia y a los procesados y pregona que "no siente perturbado su criterio imparcial de juzgador por la infundada denuncia".

Como la situación del Magistrado Benavides es similar a la del Magistrado Viteri, conviene repetir lo que respecto de la recusación de este último se dijo en auto de ocho de julio del año en curso:

"... La Sala, mayoritariamente, ha venido sosteniendo el criterio expuesto en auto de 21 de agosto de 1980:

"... *aunque el artículo 142, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil, consagra como causal de recusación el 'existir denuncia penal contra el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, formulada por alguna de las partes, su representante o su apoderado', lo evidente es que dicha causal no fue consagrada en el Estatuto Procesal Penal y que el elenco de las que allí aparecen es taxativo y siéndolo, no puede acudirse a la vía de la aplicación extensiva de normas del Código de Procedimiento Civil, permitida por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal en situaciones diferentes. De no aceptarse dicha taxatividad se correría el riesgo de extender peligrosamente por vía jurisprudencial las causales de impedimento o re-*

cusación o hechos o situaciones diversos de los precisamente consagrados en el Código, en detrimento de la presunción de rectitud que ha de amparar las determinaciones judiciales ...".

"Los que no participan de tal hermenéutica procedimental basan el disenso en la estimativa de que 'la simple denuncia no genera situación alguna de impedimento o recusación. Pero cuando ésta da origen a un proceso penal o disciplinario, la circunstancia, en sí, es suficiente para separar al funcionario del conocimiento del correspondiente negocio', aplicando en el campo penal, mediante uso de la facultad consignada en el artículo 8º del ritual procesal, la causal de impedimento o recusación que disciplina el ordinal 7º del artículo 142 del Estatuto de Procedimiento Civil, porque el 'desinterés, garantía de imparcialidad, puede verse seriamente comprometido cuando el juez sabe que al que juzga es quien, a su vez lo tiene denunciado a él'.

"En este caso, sin embargo, la discordancia no tiene existencia, porque según informe de secretaría la denuncia formulada contra el recusado no ha dado lugar a proceso.

"Tampoco cabría la invocación de la causal de impedimento o recusación que norma el ordinal 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, porque la denuncia no prueba la existencia de enemistad grave 'entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado'; ésta no es evento imposible pero cuando la recusación por ese motivo no está acompañada de las pruebas pertinentes, nada más lógico que acudir a la personal apreciación del funcionario vinculado al incidente sobre los sentimientos que posea respecto del recusante y ya ha quedado expuesto que en su sentir la denuncia no es motivo de perturbación de su imparcial criterio de juzgador".

En estas circunstancias, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, declara infundada la recusación cursada contra el Magistrado Eudoro Benavides Rivera, quien debe continuar conociendo de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUTO DE PROCEDER. LEY DEL PROCESO

Si el juez al calificar el mérito del sumario, consideró que varios de los actos imputados al procesado forman parte de una misma conducta, esa calificación se torna inmodificable una vez ejecutoriado el auto de proceder, y por ende, no puede cambiarse en la sentencia, a pesar de que se considere que se trata de una hipótesis de concurso de delitos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 98.

Bogotá, D. E., octubre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Por vía de apelación interpuesta por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio revisa la Corte la sentencia de 10 de octubre de 1980, por medio de la cual esa Corporación absolvió a Gabriel Rincón Alvarez, ex Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras (Mera), de los cargos que se le formularon por el delito de peculado.

Hechos

Se relacionan con la apropiación que le atribuye el Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras, Selvio Ramírez Fajardo, a su superior, doctor Gabriel Rincón Alvarez, de unos elementos pertenecientes a sumarios que cursaban en ese despacho, y de un revólver y una carabina con sus correspondientes pertrechos que el juez ordenó a la Policía que le decomisaran a Melquisedec García Virguez, cuando practicó una diligencia en finca de propiedad de éste, armas cuya entrega reclamó posteriormente el funcionario y le fueron enviadas al juzgado, de donde desaparecieron.

Resultandos

Estos hechos originaron dos investigaciones por separado. La primera se generó en el mensaje telegráfico que el Secretario del Juzgado dirigió al Tribunal Superior de Villavicencio el día 1º de febrero de 1974, en el cual le manifestaba que ese día había tomado posesión como juez encargado y que el titular, doctor Rincón Alvarez "ausentóse 11 noche llevándose varias armas y una radiola perteneciente un sumario" (folio 1 del proceso número 022, cuaderno principal). La segunda investigación se desprendió de la queja formulada ante la Procuraduría Regional de Villavicencio por Melquisedec García, en razón del comportamiento reprochable observado por el juez Rincón Alvarez cuando practicó en su finca una diligencia y con ocasión de ella ordenó el decomiso del revólver y carabina a que ya se aludió. Esta queja dio origen al proceso disciplinario número 603, adelantado en el Tribunal de Villavicencio, el cual culminó con sanción para el juez, impuesta en providencia de 10 de septiembre de 1976, en la cual se dispuso también compulsar copia de lo pertinente con destino a la Sala Penal de la Corporación, "con el fin de que se investigue la posible infracción penal cometida" (folio 9 del proceso número 136, cuaderno principal).

Así empezaron a caminar por vías diferentes dos procesos, en parte relacionados con unos mismos hechos.

En el proceso número 022 se llamó a responder en juicio al doctor Rincón Alvarez por el delito de peculado, por haberse apropiado, entre otros elementos, del revólver y carabina decomisados a Melquisedec García, o sea de aquello que constituía el objeto material de las posibles infrac-

ciones para cuyo esclarecimiento se abrió el proceso número 136.

Ejecutoriada la providencia enjuiciatoria dictada en el proceso número 022, el Magistrado sustanciador profirió el auto de fecha 21 de abril de 1977, cuyo texto es el siguiente:

"Como bien lo anota el honorable Magistrado Miguel Tarazona Gutiérrez en el auto de diecinueve de los corrientes, la investigación penal contra el universitario Gabriel Rincón Alvarez corresponde a hechos por los cuales se le llamó a juicio, se decreta la acumulación física de dicho proceso" (folio 140 del expediente número 022, cuaderno principal). El auto a que allí se alude es del siguiente tenor, y se encuentra al folio 39 del proceso número 136, cuaderno principal:

"En razón al informe se decretaría que antecede, previas las anotaciones del caso, pase este proceso al despacho del honorable Magistrado, doctor Alvaro Mojica Rivadeneira, con el fin de que ordene la acumulación física al negocio distinguido con el número 022, que por los mismos hechos se adelanta contra el procesado Gabriel Rincón Alvarez". El informe secretarial a que se hace referencia dice: "19 de abril de 1977. Recibido en la fecha. Anotado en el libro pasa al despacho 09 del honorable Magistrado, doctor Miguel Tarazona G., informando que por los hechos aquí investigados también se adelanta otro proceso, el distinguido con el número 022 que correspondió al honorable Magistrado doctor Alvaro Mojica R., y dentro del mismo con fecha octubre 14 de 1976 se produjo auto de proceder contra el sindicado Gabriel Rincón Alvarez, auto que se halla debidamente notificado y ejecutoriado".

En esas condiciones, quedaron incorporadas al proceso número 022 las pruebas practicadas dentro del expediente número 136 en todo lo relativo a los mismos hechos por los cuales fue llamado a juicio en el primero de ellos el doctor Rincón Alvarez y luego absuelto mediante la sentencia que ahora se revisa en virtud del recurso de alzada, oportunamente interpuesto.

Como la información suministrada por el juez encargado en el telegrama dirigido al Tribunal fue muy sucinta, la Corporación lo requirió para que la precisara en cuanto a los elementos desaparecidos y respecto de los cargos que le formulaba al juez titular.

Ramírez Fajardo respondió al Tribunal en dos comunicaciones que fueron recibidas el 4 de mayo y el 26 de junio de 1974, en las cuales, aunque simplemente suscritas con su nombre, sin indicación en cuanto a si lo hace en calidad de juez encargado, expresa al final que el informe lo rinde bajo la gravedad del juramento.

En estos escritos relaciona como elementos recibidos por el juez Rincón Alvarez, y desaparecidos del juzgado, según se desprende del contexto de las comunicaciones, los siguientes: un revólver calibre 32 largo, marca Colt, de cachas oscuras, distinguido con el número 22443, un reloj marca Zandos de tablero y pulso blanco y ciento sesenta pesos en efectivo pertenecientes, excepto el revólver, al sumario por robo contra Fabio Restrepo, la suma de ciento noventa y tres pesos pertenecientes al sumario contra Ernesto Tafur Oliveros, por el delito de hurto; un revólver calibre 38 largo, distinguido con el número C-952806, marca Smith y Wesson y una carabina, calibre 22, modelo 290, número 797881, de doce tiros y munición para la misma (24 cartuchos), armas y pertrecho decomisados a Melquisedec García Virguez en el mes de enero de 1974. En cuanto al revólver calibre 32 largo, marca Colt, número 22443, recibido por inventario, manifiesta que le consta que el juez lo usaba "para defensa personal en este municipio y que no regresó al juzgado, sin que aparezca constancia a qué diligencias pertenezca".

Respecto de la radiola a que había aludido en el telegrama, expresa en esta ocasión que fue encontrada dentro de la pieza que habitaba el doctor Gabriel Rincón Alvarez, hallazgo que fue presenciado por el Alcalde y Personero Municipal de Puerto Lleras, por el agente del DAS Agustín Mondragón y por Norvey Cortés, quienes actuaron como testigos, además del propietario de la casa y del personal del juzgado. A ninguno de ellos se los recibió testimonio a este respecto, ni aparece que se hubiese levantado acta de esta diligencia.

El universitario Gabriel Rincón Alvarez fue nombrado Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras por Acuerdo número 057 de 31 de agosto de 1973 del Tribunal Superior de Villavicencio y tomó posesión del cargo el día 8 de septiembre del mismo año (folios 13 y 18 del proceso número 022, cuaderno principal), y lo ejerció entre esta fecha y el 1º de febrero de 1974, según constancia sobre tiempo de servicio, expedida por el Secretario de la Alcaldía Municipal de Puerto Lleras (folio 35 del expediente número 136, cuaderno principal).

Cuando se hizo cargo del juzgado recibió del secretario anterior, mediante inventario que se

empezó a elaborar el día 8 de octubre de 1973 y se suscribió el día 11 de los mismos mes y año, los muebles, enseres, depósitos judiciales, sumarios y elementos de delito pertenecientes a estos, existentes en el despacho.

Entre ellos consta que le fueron entregados un revólver número 22443, marca Colt, en mal estado, calibre 32, de cachas oscuras, sin anotación en cuanto al sumario a que perteneciera; un reloj marca Zandos de tablero y pulso blanco y ciento sesenta pesos vinculados al sumario por el delito de robo contra Fabio Restrepo.

Como se desprende de la declaración rendida bajo juramento por Selvio Ramírez Fajardo el 9 de octubre de 1974 ante el abogado visitador de la Procuraduría Regional de Villavicencio dentro del proceso disciplinario número 063, su superior el doctor Gabriel Rincón Alvarez salió a disfrutar de una licencia por quince días que le fue concedida por el Tribunal a partir del día 1º de febrero de 1974, razón por la cual se ausentó de Puerto Lleras a las once de la noche del día anterior y él quedó en calidad de juez encargado por el término de esa licencia (folio 8 del expediente número 136, cuaderno principal).

El doctor Rincón Alvarez no retornó al juzgado ni, por lo mismo, hizo entrega de él, ni ha vuelto a aparecer hasta el presente.

El secretario encargado de juez, Selvio Ramírez Fajardo elaboró por su cuenta un inventario de los enseres, sumarios, elementos de delito y demás objetos existentes en el juzgado, el mismo que suscribieron también el Alcalde y el Personero de esa localidad y los testigos Pastor Montealegre y Rozo Sánchez. Este inventario se firmó el día 25 de abril de 1974 y es en él donde se dice que la radiola o radio tocadiscos marca Nivico, perteneciente al sumario contra Héctor Niño Restrepo por el delito de hurto fue hallada en la habitación del doctor Rincón Alvarez.

En el expediente se encuentra copia de este inventario, al igual que del suscrito por el doctor Rincón Alvarez cuando recibió el juzgado en septiembre de 1973 y del que se firmó entre Selvio Ramírez Fajardo, juez encargado, y Carlos Orlando López nuevo titular del juzgado de Puerto Lleras, quien se hizo cargo del despacho en los primeros días del mes de junio de 1974 (folios 24 a 37; 38 a 62; y 63 a 92 del proceso número 022, cuaderno principal).

El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Villavicencio practicó en el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras una inspección judicial y en el acta se dejó constancia de que no aparecieron en este despacho los elementos que el secretario Selvio Ramírez detalló como desaparecidos en las comunicaciones enviadas al Tribunal. También se dijo que no se encontró evidencia de que el juez Rincón Alvarez hubiese hecho entrega del juzgado y finalmente se dijo que "por la brevedad del tiempo así como por el excesivo número de expedientes no fue posible revisar uno por uno y establecer si tanto los dos (2) revólveres Colt Smith y Wesson, como la radiola tocadiscos marca Nivico existieron realmente en este juzgado como pertenecientes a investigaciones" (folios 19 a 21 del proceso número 022, cuaderno principal).

Obra también en el expediente número 022 el oficio número 1018 de 2 de septiembre de 1974, firmado por el Comandante Segundo del Distrito de Policía de San Martín, en el cual informa al juez que instruye el proceso que el revólver marca Smith y Wesson, número C-958806, calibre 38 largo con seis cartuchos y una chapuza, así como la carabina número 797881, calibre 22, con veinticuatro cartuchos, armas que habían sido decomisadas a Melquisedec García Virguez, fueron remitidas con oficio número 0129 de 22 de enero de 1974 a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras por solicitud del juez (folio 104, cuaderno principal).

El secretario del juez Rincón Alvarez confirma en su declaración ante el Visitador de la Procuraduría en el juicio disciplinario número 603 que éste recibió efectivamente esas armas (folio 8 del expediente número 136, cuaderno principal).

Los elementos desaparecidos del juzgado fueron avaluados por apreciación en la suma de tres mil ochocientos veinticuatro pesos ($ 3.824.00), entre ellos el revólver y la carabina decomisados a Melquisedec García, o sea, los mismos que constituían el objeto del proceso número 136, el cual fue acumulado físicamente al proceso principal (folios 108 y 109 del expediente 022).

Como el procesado no compareció a responder por su conducta, fue emplazado en debida forma, declarado reo ausente y se le nombró defensor de oficio (folios 118 a 120 del proceso número 022).

Con estos elementos de juicio, susceptibles de haber sido respaldados con otras pruebas, el Tribunal declaró "cerrada la investigación y dio en traslado el proceso al Ministerio Público para su concepto".

El Fiscal Primero solicitó que se profiriera un sobreseimiento de carácter temporal, debido a lo deficiente de la instrucción y principalmente a la ausencia de comprobación del tiempo durante el cual ejerció el universitario Gabriel Rincón Alvarez sus funciones de Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras. A este respecto dijo:

"Sin esta prueba resulta difícil establecer si dentro de la vigencia de su cargo se desaparecieron los elementos o fue dentro de la vigencia del juez encargado Selvio Ramírez Fajardo que se cometió la infracción. En este último caso habría que vincular a Ramírez Fajardo a la investigación penal" (folio 125 ibídem).

El Tribunal se distanció de la opinión de su colaborador fiscal y llamó a responder en juicio al sindicado por el delito de peculado.

Como el procesado tampoco compareció durante la etapa de la causa, fue nuevamente emplazado, esta vez para efectos de la notificación del auto de enjuiciamiento, se le declaró reo ausente y se le proveyó defensor de oficio (folios 132 a 139 ibídem).

Como se dejó atrás anotado, una vez ejecutoriado el auto de proceder, se acumuló físicamente a este proceso el número 136 que se adelantaba en parte por los mismos hechos.

Ninguna prueba fue solicitada ni practicada durante el plenario y la audiencia pública se celebró el día 6 de julio de 1979. En ella el Ministerio Público, representado por el Fiscal Primero del Tribunal, pero a cargo en esta ocasión de un titular diferente del que había solicitado una calificación de sobreseimiento temporal, impetró la condenación del juez Rincón Alvarez, por estimar que, aunque parcamente, se daban los presupuestos indispensables para una sentencia condenatoria.

El defensor, por su parte, solicitó la absolución de su patrocinado, en razón de la ausencia de la prueba necesaria para un fallo adverso. Así se expresó: "La condena para un ciudadano implica plena prueba en su contra señalándolo como autor del reato y en este negocio existirá pruebas de que Rincón Alvarez fue Juez del Distrito y prueba, muy deficiente por cierto, de que algunos elementos desaparecieron, mas no hay un solo elemento de convicción indicando que fue Rincón Alvarez quien los sustrajo. Por aquí falló la investigación y en este momento el Tribunal no puede llegar a una condena sin el riesgo de incurrir en inequidad" (folios 148 y vuelto, ibídem).

El Tribunal absolvió al procesado mediante la sentencia que, recurrida por el Fiscal, es ahora objeto de consideración por la Sala.

La carencia de prueba suficiente para condenar fue el argumento central del fallo. En este aspecto dijo el Tribunal:

"No obstante, la investigación fue notoriamente deficiente. Así, vemos que al señor Selvio Ramírez no se le oyó en ampliación de declaración o de denuncia, para establecer hasta qué momento pudo ver en las oficinas del juzgado aludido los elementos que él echó de menos, pues no sobra anotar que las armas a que hace referencia el Comando del Segundo Distrito de Policía de San Martín y que fueron solicitadas por el funcionario que ejerció el cargo de Juez en Puerto Lleras para el 22 de enero de 1974, no fueron relacionadas en los inventarios. Su existencia sólo consta en las informaciones suministradas por la Policía, pero al parecer no hicieron parte de alguno de los expedientes que se tramitaron en el referido juzgado.

"No hay constancia sobre el ejercicio del cargo que como Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras desempeñara el acusado Gabriel Rincón Alvarez. Se ignora hasta qué momento ejerció esas funciones para las que fue nombrado por este Tribunal en el Acuerdo número 057 del 31 de agosto de 1978, y los motivos de su salida como funcionario en ese juzgado.

"El inventario de expedientes, elementos y enseres del precitado juzgado, fue elaborado por Selvio Ramírez Fajardo, por su propia cuenta, pues a él no le hizo entrega Gabriel Rincón Alvarez. Aquí, pues, surge duda suficiente sobre la responsabilidad penal del susodicho juez. Ya que como bien lo planteó el señor defensor del acusado, la sustracción de las armas y los demás elementos relacionados por Ramírez Fajardo pudieron ocurrir por acción directa de personas distintas al juez Rincón Alvarez, ignorándose de igual manera en qué fecha ocurrieron esos hechos, puesto que de otra parte sólo se tiene conocimiento en el proceso que dicho funcionario tomó posesión de su cargo, pero no se ha precisado hasta qué fecha desempeñó sus funciones.

"Ante la inexplicable salida de Gabriel Rincón Alvarez como Juez de Puerto Lleras, otros sujetos pudieron hacer la sustracción de los elementos, cargándole gratuitamente la responsabilidad penal a éste.

"Conclusión de todo lo anterior es que en el presente proceso no existe la prueba plena de la responsabilidad penal para dictar sentencia con

denatoria, y por lo mismo, habrá de absolverse al acusado Gabriel Rincón Alvarez de toda responsabilidad penal y civil por razón de los cargos formulados en el auto de proceder" (folios 156 y vuelto ibídem).

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la sentencia absolutoria recurrida, puesto que, no encuentra plenamente comprobados ni el cuerpo del delito de peculado ni la responsabilidad de Rincón Alvarez respecto de los hechos por los que fue denunciado.

A esta conclusión llega como consecuencia de las deficiencias probatorias en esta averiguación, en relación con las cuales expresa:

"La investigación fue tan deficientemente dirigida y orientada que no fue posible precisar hasta qué momento actuó como juez Gabriel Rincón Alvarez, irregularidad que impide determinar, por ejemplo, si en su carácter de juez solicitó y recibió de la Policía el revólver y la carabina de que da cuenta el oficio ya mencionado.

"Se desconocen los motivos por los cuales fue reemplazado en el cargo de juez y aunque se supone que lo sustituyó el denunciante Selvio Ramírez Fajardo, este hecho no resulta claramente comprobado.

"La circunstancia de no haberse hallado el acta de entrega del juzgado por parte del sindicado al juez que lo sustituyó no descarta la posibilidad de que tal cosa hubiera sucedido o de que Rincón Alvarez se hubiera apropiado de los bienes que por razón de funciones estaba obligado a custodiar.

"Pero es que ni siquiera se interrogó al denunciante Ramírez Fajardo sobre aspectos básicos que hubieran orientado la investigación. Tampoco se oyó en declaración a los empleados del juzgado, al Alcalde ni al Personero Municipal de Puerto Lleras, quienes seguramente habrían contribuido al esclarecimiento de los hechos denunciados.

"Todo en esta averiguación fue producto de improvisación a tal extremo que difícilmente resulta establecido que el procesado recibió las armas y elementos de que se le acusa y si éstos realmente se encontraban bajo su custodia y vigilancia, dados los vacíos existentes" (folios 4 y 5 del cuaderno de la Corte).

Considerandos

Ciertamente no se aportaron al proceso todos los elementos probatorios que pudieron haber sido allegados si la investigación hubiese contado con un poco más de visión e interés de parte de los funcionarios que tuvieron que ver con ella tanto en su orientación como en su realización.

Pero a pesar de esas deficiencias, se cuenta con los elementos de convicción indispensables para afirmar la responsabilidad del ex Juez Gabriel Rincón Alvarez en la apropiación de objetos que habían ingresado al despacho a su cargo y que, por lo mismo, estaban bajo su custodia y al alcance de su disponibilidad jurídica y material.

El inventario que firmó cuando su antecesor le hizo entrega del juzgado, comprueba que recibió el revólver marca Colt, calibre 32, de cachas oscuras, número 22443, así como el reloj marca Zandos, de tablero y pulso blanco y los ciento sesenta pesos, elementos estos últimos que pertenecían al sumario por el delito de robo que se adelantaba contra Fabio Restrepo (folio 25 del proceso número 022). De ese revólver, que no se estableció a qué sumario pertenecía, dice el secretario que le consta que el juez lo usaba para su defensa y que no lo regresó al juzgado (folios 7 y 8 del proceso número 022).

La declaración de Melquisedec García ante el abogado visitador de la Procuraduría Regional de Villavicencio, el oficio número 012 de 15 de enero de 1974, el testimonio de Guillermo Jiménez A. y el oficio número 0003 de 20 de enero de 1974, dirigido por el Comandante del Puesto de Carabineros de Puerto Rico al Comandante del Segundo Distrito de Policía de San Martín, piezas probatorias del expediente número 136 (folios 1, 2, 4, 5, 6 y vuelto), permiten sostener que fue el procesado Gabriel Rincón Alvarez quien practicó en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras, una diligencia en finca de propiedad de Melquisedec García y quien ordenó a los agentes de Policía que lo acompañaban que decomisaran a éste el revólver marca Smith y Wesson, calibre 38 largo número 958806 con seis cartuchos y la carabina calibre 22, modelo 290, número 797881 de doce tiros con veinticuatro cartuchos para su dotación.

El oficio número 0129 de 22 de enero de 1974, dirigido al Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras por el Comandante del Segundo Distrito de Policía de San Martín, del cual obra copia tanto en el proceso número 022 —folio 104—,

como en el expediente número 136 —folio 20— evidencia que esas dos armas fueron enviadas al Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras, en virtud de solicitud que a ese respecto hizo el juez en poligrama de 21 de enero de 1974, cuando aún desempeñaba sus funciones de tal el universitario Gabriel Rincón Alvarez, pues ya se vio que hay constancia de que desempeñó el cargo hasta el día 1º de febrero de 1974 (folio 35 del expediente número 136).

Es más, al reverso del folio 20 del expediente número 136, el Comandante Segundo del Distrito de Policía de San Martín, en contestación de un despacho del juzgado instructor y al transcribirle el citado oficio número 0129, anota que las armas fueron entregadas en el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras por el agente Amado Amado Edilberto, "quien fue comisionado para dicho fin".

El secretario de ese juzgado, Selvio Ramírez Fajardo, el mismo que fue encargado para reemplazar al titular doctor Rincón Alvarez durante la licencia que comenzaba a disfrutar el día 1º de febrero de 1974, corrobora en las comunicaciones que dirigió al Tribunal cuando le informó lo sucedido con el juez Rincón Alvarez, que esas dos armas efectivamente fueron recibidas en el juzgado. En ellas, a folios 7 y 8 del proceso número 022, se lee: "existen constancias de haber recibido de la Policía Nacional de la localidad un revólver 38 largo, distinguido con el número C-988806 marca Smith y Wesson y una carabina calibre 22 número 797881, modelo 290 de doce tiros y munición para la misma, 24 cartuchos, decomisada al señor Melquisedec García Virguez, en enero del presente año".

Y en la declaración que rindió el mismo Selvio Ramírez ante el Abogado Visitador de la Procuraduría de Villavicencio en el proceso disciplinario número 603 afirmó que le vio tales armas al juez Rincón Alvarez y que éste las llevó a su apartamento y que a raíz de su partida en uso de la licencia desaparecieron. Así se expresó en esta ocasión:

"Y más tarde me informó el doctor Rincón Alvarez que venía del 'Cafre' que allá estado (sic) con don Ignacio Rodríguez y otros y que había ordenado el decomiso de una arma, pero que la Policía de Puerto Rico las había cogido para enviarlas a San Martín y él las iba a reclamar, porque pertenecían al juzgado. Más tarde la Policía le entregó una carabina personalmente al doctor Gabriel Rincón Alvarez y me parece que un revólver también, pero todas maneras (sic) él firmó un recibo y se lo entregó a la Policía. Las armas las llevó él para su apartamento en Puerto Lleras y como en esos días, él había solicitado al Tribunal Superior una licencia por el término de quince días que debía hacer uso desde el 1º de febrero del año en curso, me encargaron por ese término del despacho y el doctor Rincón Alvarez hasta el último del mes de enero le vi la carabina en sus manos, salió a las once de la noche hacia Bogotá y al día siguiente a las ocho de la mañana me asomé a su pieza y vi que ya no se encontraba ahí ni objetos ni armas de ninguna naturaleza, porque por los vidrios ventanales de la pieza se veía perfectamente bien hacia adentro, se encontraban ahí otros elementos personales del doctor Rincón, menos las armas, inmediatamente fui al despacho del juez, porque él mantenía una (sic) y podía entrar a la misma a cualquier hora, no encontré nada de eso, dándome cuenta que faltaba un reloj y otros objetos que se encuentran relacionados en un oficio dirigido al honorable Tribunal" (folio 8 del expediente número 136).

El exjuez Rincón Alvarez no regresó a su juzgado una vez vencida la licencia, ni hizo, por tanto, entrega del mismo, ni elaboró acta de inventario. Así quedó acreditado en la diligencia de inspección judicial (folio 20 del expediente número 022).

Hasta el presente no ha comparecido a explicar su conducta y en cuanto a aspectos personales sólo pudo saberse que también el Juzgado Primero Penal de Vélez (Santander), solicitaba su captura igualmente bajo la sindicación de peculado, y que abandonó su casa, dejando a su esposa "para marcharse con otra mujer", información suministrada por su propia madre, según se desprende del informe rendido por Abigail Lizarazo G. detective, placa número 1150, al servicio de la División de Policía Judicial del DAS (folio 114 del proceso número 022).

La prueba que permite afirmar que el procesado se apropió en provecho propio de esos objetos que se encontraban en el juzgado dentro de la esfera de su actividad funcional, en razón del deber de guarda o custodia de los mismos, obligación que en un juzgado gravita esencialmente en cabeza del juez, está constituida por el testimonio del Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras, el cual entró el día 1º de febrero de 1974 a reemplazar al titular y hoy procesado, universitario Gabriel Rincón Alvarez, mientras éste disfrutaba de una licencia, y quien no iba a tener interés en acusar por

acusar de ese modo a su superior que debía regresar una vez finalizara la licencia, y por los graves indicios que se desprenden de los siguientes hechos: haber recibido el juez Rincón esos elementos, unos por inventario y otros por requerimiento suyo hecho a la Policía para que se los remitiera; haber desaparecido durante el tiempo en que él desempeñó las funciones de juez, pues fue coetaneamente con su retiro cuando se advirtió que no estaban en el juzgado, habiéndolos recibido como se dejó dicho; haberle sido encontrada en su habitación la radiola o radio tocadiscos marca Nivico perteneciente a un sumario; no haber regresado al despacho al concluir la licencia y haber desaparecido en forma inexplicable, sin concurrir ante la justicia a explicar su comportamiento; no haber hecho entrega del juzgado ni elaborado inventario, como era su deber; y, finalmente, el ser solicitado también por otra autoridad judicial igualmente bajo la sindicación de peculado.

La calidad de Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras que tenía el doctor Gabriel Rincón Alvarez por la época en que se presentaron estos hechos está debidamente acreditada (folios 13 y 18 del proceso número 022 y 35 y 36 del expediente número 136).

No podía ignorar él que esos objetos de que se apropió se encontraban en el juzgado en virtud de actividades propias de un despacho judicial y que su obligación era la de guardarlos o custodiarlos para entregarlos, en su oportunidad, a quien acreditare el derecho a su devolución, o para darles el tratamiento y destinación que la ley establece.

Al obrar en sentido contrario, con manifiesta violación de sus deberes oficiales, lesionó el interés jurídico de la recta administración pública, sin que exista causal de justificación ni de inculpabilidad respecto de su conducta.

Su proceder se adecua al tipo penal que describe y sanciona el delito de peculado, el mismo por el que fue llamado a responder en juicio y en razón del cual será condenado, pues se reúnen a satisfacción los requisitos que para ello exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

A pesar de que los actos realizados por el ex juez Rincón Alvarez fueron varios y prestaban fundamento para predicar un concurso material de delitos, el Tribunal los tomó como una sola infracción y desestimó, aunque sin decirlo en forma expresa, la forma concursal.

Por ello, y como el auto de proceder una vez ejecutoriado es ley del proceso, y por cuanto la sentencia debe estar en consonancia con el auto de proceder, se partirá también para el fallo de ese presupuesto como si se hubiera tratado de una sola ilicitud.

Los objetos fueron avaluados en suma superior a los tres mil pesos (folios 108 y 109 del expediente número 022).

En estas condiciones, la pena imponible, de acuerdo con la norma que dejó de regir (Decreto 1858 de 1951, artículo 3º) era de cuatro a quince años de presidio.

El nuevo Código Penal señala como sanción imponible para casos como este (peculados en cuantía inferior a quinientos mil pesos) prisión de dos a diez años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años (artículo 133).

Aunque la norma que dejó de regir consagraba solamente la pena privativa de la libertad y el nuevo ordenamiento penal agrega la pecuniaria y la de interdicción, es tal la diferencia de la privativa de la libertad tanto en su mínimo como en su máximo, que no cabe duda de que es la nueva legislación la más favorable para este caso y por eso se acudirá a ella.

No se acreditaron circunstancias de agravación punitiva, por lo cual se impondrá el mínimo de la sanción allí contemplada.

En cuanto a condiciones civiles y personales del doctor Gabriel Rincón Alvarez solamente se conocen las siguientes, las que se extractan del acta de posesión y del informe del detective Abigail Lizarazo G., placa número 1150, las cuales obran en el proceso número 022 en los folios 18 y 114: cédula de ciudadanía número 17116675, expedida en Bogotá, Libreta Militar número 869284 del Distrito número 4 de Bogotá, certificado de Policía número T. D. 185617 de Bogotá, el nombre de la madre es Carmen Alvarez de Rincón.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Villavicencio de 10 de octubre de 1980, y en su lugar CONDENAR a Gabriel Rincón Alvarez, de las condiciones personales y civiles consignadas en precedencia y las demás desconocidas, a la pena principal de dos años de prisión, que purgará en el establecimiento carcelario que designe el Gobierno Nacional, por intermedio de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, multa de mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por un año como autor responsable del delito de *peculado* cometido cuando ejerció el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras (Meta), en las circunstancias analizadas en la parte motiva de esta providencia.

2º Se le condena, además, a la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad, si la tuviere, por un período igual al de la pena privativa de la libertad que se le impone.

3º Igualmente queda condenado al pago, en forma genérica, de los perjuicios ocasionados con el delito.

4º Declarar que el condenado Gabriel Rincón Alvarez no tiene derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

5º Como el delito por el que se condena al exjuez Rincón Alvarez está sancionado con pena privativa de la libertad, el Tribunal Superior de Villavicencio librará la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la condena, sin perjuicio de que también lo haga la Corte.

6º El Tribunal expedirá las copias pertinentes con destino al Ministerio de Justicia para los fines previstos en los artículos 43 del Código Penal y 668 del Código de Procedimiento Penal. Así mismo remitirá copia a la Registraduría Nacional del Estado Civil para los efectos pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Víctor León Mendoza, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES

La interpretación equivocada, no puede dar fundamento para deducir intención torcida en la aplicación de la ley

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26713.

Aprobado: Acta número 98.

Bogotá, D. E., octubre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el auto de fecha 14 de noviembre de 1980, por medio del cual el Tribunal Superior de esta ciudad sobreseyó definitivamente en favor de la doctora Mariela Alvarez Arias, Juez Promiscuo Municipal de Zipacón, por el delito de abuso de autoridad.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita de la Sala dictar auto de proceder contra la funcionaria acusada por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Hechos

Se hallan sintetizados dentro del proceso de la siguiente manera:

"... En denuncia y ampliación de la misma, el ciudadano Daniel Duarte refirió que fue demandado en juicio de lanzamiento por Armando Jiménez y proferida la sentencia de primera instancia en contra suya, se ejecutó, no obstante haber sido impugnada en apelación por su apoderado. Añadió que el lanzamiento se realizó en forma arbitraria porque a la hora en que se efectuó, ni él ni su esposa se hallaban presentes y no habían sido informados con antelación y sus menores hijos y sus enseres fueron evacuados sin consideración, y que sus pertenencias fueron deterioradas seriamente. Atribuyó los hechos a la Juez Promiscuo Municipal de Zipacón, doctora Mariela Alvarez Arias, quien como juez de la causa adelantó proceso y comisionó a las autoridades de policía que efectuaron el desalojo...".

Elementos de juicio

1º Se acreditó en debida forma la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Zipacón que ostentaba la sindicada para la época de los hechos.

2º Se practicó diligencia de inspección judicial al juicio de lanzamiento de Armando Jiménez contra Daniel Duarte y, posteriormente se trajo fotocopia íntegra del referido juicio.

3º Se oyó en declaración jurada a Luis Jorge Lombana Losada (Alcalde Municipal), José Armando Jiménez, Fabio Páramo Rojas (Agente de Policía), Bernabé Uriel Bolívar Riaño (Agente de Policía), Maximiliano Rangel Ruedá (Agente de Policía), Lucila Duarte Soto (menor), Humberto Oviedo Correa, Yanira T. de Barrera, Adán Arturo Puerta Martínez, Julia Rosalba Parada de Prieto, Gustavo Gómez, doctor Rafael Alberto Contreras González (apoderado del demandante), doctor Víctor Manuel Pinzón Rodríguez (apoderado del demandado) y doctor Dionisio José Gómez Rodado.

4º Se oyó en indagatoria a la funcionaria acusada y se realizó diligencia de confrontación entre ésta y el denunciante Daniel Duarte.

El auto recurrido

El Tribunal Superior de Bogotá en auto de 14 de noviembre último, sobreseyó definitivamente a la acusada y fundamentó su decisión en el numeral 1º del artículo 491 del Código de

Procedimiento Penal por no encontrar la conducta de la funcionaria contraria a la ley.

Además, después de citar algunas decisiones de la Corte, hace un estudio del material probatorio para concluír que existe ausencia de culpabilidad en la acusada, no obstante, aparecer en su actuación varias irregularidades de tipo procedimental.

Alegato de la parte civil

El señor apoderado de la parte civil, solicita de la Sala se llame a responder en juicio criminal a la doctora Alvarez Arias pues, según su criterio, la funcionaria actuó en forma dolosa, pues de modo alguno puede predicarse buena fe en sus reiteradas equivocaciones, no obstante su insistencia de ser oído dentro del juicio de lanzamiento. Para apoyar su criterio copia de la decisión adoptada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Facatativá con oportunidad del recurso de queja que le fuera atendido por el superior.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se profiera auto enjuiciatorio contra la funcionaria acusada, pues "... la conducta observada por la juez Mariela Alvarez en este asunto debe mirarse en conjunto y no por actos separados. De esta manera se advierte, como ya se apuntó, parcialidad que objetivamente configura el delito de prevaricato por proferir providencias judiciales contrarias a la ley y en perjuicio de la parte demandada. El aspecto subjetivo de la infracción también aparece demostrado, pues en su indagatoria la juez no dio explicaciones satisfactorias a su irregular comportamiento en el juicio de lanzamiento en estudio, mediante repetidas decisiones todas en perjuicio de una parte y en favor de la otra, que concluyeron en forma inexorable con la desocupación del inmueble en el tiempo récord de 4 meses, excluidas las vacaciones judiciales -- 19 de octubre de 1979 a 12 de marzo de 1980—".

"Los actos reseñados de la juez se acomodan al delito de prevaricato —proferir a sabiendas auto o sentencia contrarios a la ley y omitir actuaciones propias de sus funciones por simpatía hacia una persona—, previsto tanto en la legislación vigente para la época en que la juez Alvarez Arias tramitó el proceso de lanzamiento de Armando Jiménez contra Daniel Duarte, como en el Código Penal, cuya aplicación se inició en enero de este año ...".

Consideraciones de la Sala

Se imputan tres hechos delictuosos a la funcionaria acusada, así:

1º Haber tramitado un juicio de lanzamiento con fundamento en una demanda sin el lleno de los requisitos legales y no permitir a la parte demandada su intervención aduciendo falta de pago de los cánones correspondientes para poder ser oída.

2º Ejecutar la sentencia de lanzamiento no obstante haber sido recurrida por la parte demandada y haber comisionado al Alcalde Municipal habiéndole hecho cometer un acto arbitrario e injusto.

3º Haber ordenado la entrega al demandante de los valores consignados desconociendo la solicitud de la parte demandada en el sentido de la retención del segundo título por valor de $ 3.060 por haberse efectuado pago doble.

De la lectura del juicio de lanzamiento, aportado en fotocopia, aparece que el doctor Rafael Alberto Contreras González, inició ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Zipacón acción de lanzamiento contra el señor Daniel Duarte y que por auto de 23 de octubre de 1979, se declaró inadmisible su demanda por cuanto en ella se advertían ciertas irregularidades.

En escrito al señor apoderado de la parte actora dice que la demanda se presenta por no pago de los cánones de arrendamiento, lo que comporta causal de lanzamiento y que, consecuencialmente, solicita la condena en costas y perjuicios por la actitud morosa del demandado.

Por cuanto el juzgado consideró ajustada al procedimiento civil la aclaración le dio curso a la demanda y ésta fue contestada por el doctor Víctor Manuel Pinzón Rodríguez en representación de la parte demandada. En dicha contestación manifestó que "Daniel Duarte Vela, se encuentra dándole total cumplimiento a lo establecido en el contrato de arrendamiento tal como se demostrará en el curso del proceso". En dicha demanda de contestación solicitó excepciones de mérito y previas y, por ende, se opuso a las pretensiones de la parte actora.

El artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, numeral 5º, dice:

"Si la demanda se funda en falta de pago, el demandado no podrá ser oído en el proceso si no consigna a órdenes del juzgado los cánones que adeuda, o no presenta los recibos de pago o consignación al demandante conforme a la ley".

Y la norma antes citada prohíbe al funcionario oír a la parte demandada sin haber consignado a favor del juzgado los valores adeudados, o en su defecto, los recibos de pago efectuados directamente al arrendador o las consignaciones efectuadas a nombre de éste ante la entidad autorizada para tal recaudo cuando existe negativa a recibir los valores correspondientes. Así fue entendido por la acusada, razón por la cual dictó sentencia inmediatamente al tenor de lo dispuesto en el numeral 7º que dice: "Si el demandado no se opone en el término de traslado de la demanda y el demandante acompaña siquiera prueba sumaria documental del contrato, o de confesión judicial, se dictará inmediatamente sentencia de lanzamiento".

Con posterioridad a la sentencia de lanzamiento, el señor apoderado de la parte demandada presentó memorial en que interpone recurso de reposición contra el auto que le negó la apelación de la sentencia y dice:

"... A la vez me permito manifestar a la señorita juez, que mi representado señor Daniel Duarte Vela, se halla al día en el pago de los cánones de arrendamiento con el señor José Armando Jiménez, ya que al negarse a recibir los pagos personalmente al señor Jiménez se hizo por consignación, ante la *Recaudación de Hacienda del Municipio de Zipacón*, con el fin de que se expida copia del título AK 733472 o la respectiva certificación" (folio 73).

Ahora bien. A folio 94 aparece fotocopia de la certificación de la Recaudación de Hacienda Municipal en que se dice que el señor Daniel Duarte Vela consignó a favor del señor José Armando Jiménez la suma de $ 3.000.00 el día 20 de noviembre de 1979 por valor del canon de arrendamiento de seis meses sin especificar el período a que se refiere dicho pago. Esta constancia fue aportada al juicio el día 27 de febrero de 1980, esto es, con posterioridad a la sentencia de lanzamiento y del auto de 20 de febrero que dispuso el cumplimiento de la sentencia. En la misma fecha, el juzgado negó nuevamente el recurso de reposición y en su lugar ordenó la expedición de copias para que el apoderado de la parte demandada recurriera en queja para ante el Superior.

En síntesis, este fue el proceder de la funcionaria que, *si bien es cierto, tuvo fallas de criterio, no aparece por parte alguna que hubiese actuado dolosamente en contra de los intereses de la parte demandada y, por lo demás, siempre resolvió oportunamente los memoriales que se pusieron a su consideración. La simple interpretación de las normas procedimentales en forma equivocada, de modo alguno puede dar fundamento para deducir intención torcida en la aplicación de la ley y mucho menos en favor de una de las partes por simpatía hacia ella, cuando lo cierto es que las varias declaraciones recibidas en el curso de la investigación, dejan ver claramente que la acusada no tenía antecedentes de amistad o animadversión en ningún grado con las personas intervinientes.*

Por este aspecto, habrá de ratificarse el sobreseimiento definitivo decretado en su favor.

En cuanto al cargo de haber ejecutado la sentencia no obstante estar recurrido en queja y haber comisionado al Alcalde Municipal para llevar a cabo el lanzamiento decretado, cabe advertir que, el recurso de queja no suspende la actuación del inferior y, además, como lo resolvió el Juez del Circuito de Facatativá en su oportunidad, el recurso contra la sentencia de lanzamiento lo es en efecto devolutivo y no en el suspensivo como lo pretendió la parte demandada.

Así lo entendió la procesada y por tal razón libró el despacho número 02 de fecha 7 de marzo de 1980 dirigido al señor Alcalde Municipal de Zipacón, quien efectuó la diligencia de lanzamiento el día 12 del mismo mes y año de conformidad con lo ordenado.

Se dice en la denuncia que la diligencia se realizó sin la debida notificación y que por tal motivo se lanzó a las hijas del demandado y se sacaron los enseres que se hallaban en la casa de habitación, con perjuicio para las menores y los bienes que allí se encontraban, dado que, el señor Duarte y su señora esposa no se hallaban en la localidad.

A tal efecto el acta de diligencia de lanzamiento, dice:

"... Acto seguido el Despacho procede a indagar por lo (sic) arrendatarios encontrándose presente el señor Gustavo Gómez con cédula de ciudadanía número 17104960 de Funza, manifestó que vive y duerme en el inmueble de la diligencia. *Preguntado:* ¿Sírvase manifestar al Despacho si sabe en dónde se encuentra el señor Daniel Duarte Vela y su señora esposa? *Contestó:* Ellos se fueron para Quipile, seguramente se les murió algún familiar y de un momento a otro llegó la razón. *Preguntado:* ¿Sírvase manifestar en esta diligencia si ellos le recomendaron alguna cosa especial? *Contestó:* Como estoy durmiendo acá me recomendaron que ayudara a cuidar por quedar sola la casa ...". Y, en la misma di-

ligencia se dejó constancia que tanto el local como las tres habitaciones y la cocina que ocupaba el señor Daniel Duarte Vela se hallaban desocupadas.

Por lo anteriormente transcrito se desprende que no hubo desalojo violento de personas o muebles y que, las menores no se hallaban en el momento de la diligencia en la casa de habitación. Tan sólo residía el señor Gustavo Gómez, quien se hallaba cuidando la edificación.

Por último, no puede predicarse que la parte demandada no tuviera noticia de la diligencia, puesto que, el señor apoderado siempre estuvo atento a presentar alegatos, incidentes y obviamente sobre el curso del juicio.

Por este cargo igualmente habrá de confirmarse la providencia impugnada.

El último punto consistente en haber ordenado la entrega de los valores consignados en la Recaudación de Hacienda no obstante habérsele solicitado la retención del segundo título hasta la terminación del juicio, permite observar:

En el expediente aparece el oficio número 006 de fecha abril 14 de 1980, dirigido a la señora Recaudadora de Impuestos Nacionales de Zipaquirá, en el cual la acusada ordenó la cancelación de los títulos AK 733472 y AK 733479, por valor de $ 3.000.00 cada uno, en favor del demandante José Armando Jiménez.

En su declaración indagatoria la funcionaria inicialmente aduce que únicamente ordenó la entrega del título que reposaba en el Despacho, pero al serle puesto de presente el oficio dirigido a la señora Recaudadora de Impuestos, aclara que ello se debió a que el demandante se lo solicitó en vista de la situación económica que padecía por los perjuicios causados con la falta de cancelación de los arriendos en su debida oportunidad. Agregó que a pesar de habérsele solicitado la retención del título, pasó inadvertida tal circunstancia y por ello obró en la forma en que se dejó reseñada.

En cuanto a este cargo la Sala no puede compartir los argumentos del Tribunal de instancia por cuanto, la parte demandante solicitó la condena en costas y perjuicios causados con el incumplimiento del demandado. Y, en la sentencia la acusada guardó silencio con relación a este punto concreto que en su momento declaró ajustado a la ley.

No puede admitirse que un juez de la República, conmovido por la situación económica alegada por una parte, perjudique a la otra o a terceros, porque los bienes y valores que el funcionario tiene bajo su disponibilidad jurídica en cada proceso, no son para darle satisfacción a sus sentimientos humanitarios ni a su capricho personal sino para asegurar los fines del juicio en la forma prevenida por la ley.

Aquí se perjudicó al demandado porque se le obligó a pagar doblemente los cánones debidos; o bien, si el asunto se quiere remitir a otra imputación, a cancelar las costas del juicio sin que éstas se hubiesen liquidado mediante el incidente respectivo, es decir, sin existir una decisión ejecutoriada al respecto y sin haber tenido éste la oportunidad de ejercitar su defensa.

Por lo anterior, la Corte habrá de llamar a responder en juicio a la procesada Mariela Alvarez Arias por el delito denominado abuso de autoridad, según la legislación vigente al momento de los hechos (artículo 171 del Código Penal de 1936) por ser más favorable, pues, no cabe duda, que con su proceder privó arbitrariamente a la parte demandada del derecho a obtener la devolución de unos dineros no comprometidos por una resolución judicial preexistente en el juicio de lanzamiento que motivó este proceso.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público en parte,

Resuelve:

1. REVOCAR la referida providencia en cuanto al cargo últimamente descrito y, en su lugar, LLAMAR A RESPONDER EN JUICIO, por los trámites ordinarios, a la doctora Mariela Alvarez Arias por el delito de abuso de autoridad que contempla el Código Penal de 1936 en su Libro II, Título III, Capítulo VI.

Por el Tribunal de instancia notifíquese personalmente esta decisión a la encausada y háganse le las prevenciones de ley.

2. CONFIRMAR en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Víctor León Mendoza, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PECULADO

Comisión por el juez en el ejercicio de funciones públicas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 098.

Bogotá, D. E., octubre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Futerman.*

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el defensor del procesado, bien concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar la sentencia de 31 de marzo de 1981, mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja condenó condicionalmente a Juan José Sepúlveda Parra, al hallarlo autor responsable de un delito de peculado cometido en ejercicio del cargo de Juez Promiscuo Municipal del Círculo Judicial de Berbeo - San Eduardo (Boyacá).

El recurrente no sustentó la apelación, en tanto el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la decisión recurrida, porque la "considera fundada en su integridad".

Resultandos

I. Ceñida a la realidad procesal, esta corporación expuso los hechos fundamentales del proceso en su providencia de 23 de noviembre de 1980, confirmatoria del auto de proceder dictado por el Tribunal, así:

"1. En el Juzgado Promiscuo Municipal de Berbeo (Boyacá), se estaba adelantando un proceso ejecutivo por Lastenia Bohórquez de Cortés contra Luis Antonio Moreno Benavides, para el cobro de unos cánones de arrendamiento. El ejecutado alegó y probó que había hecho mejoras en el terreno rural que ocupaba, a título de arrendamiento, las cuales fueron avaluadas en la suma de treinta y un mil quinientos pesos...".

"... 2. El arrendatario prometió en venta a Josué Segura Díaz las mejoras por el precio de treinta mil pesos. El convenio se hizo en presencia del juez Juan José Sepúlveda Parra, quien se comprometió a redactar el documento en que constara el contrato, pero jamás lo hizo ...".

"... 3. El precio lo pagaría el prometiente comprador así: un abono inicial de tres mil quinientos pesos que hizo al prometiente vendedor; y el saldo lo cancelaría dando un segundo abono de once mil quinientos pesos y una letra de cambio por quince mil pesos. Pero en el juicio ejecutivo en que se discutieron las mejoras, el juez no hizo constar la promesa de venta ...".

"... 4. Como el prometiente vendedor se retractó, en presencia del juez trató de devolver los $ 3.500.00 a Segura, quien, por insistir en que la promesa de venta se llevara a cabo, no quiso recibirlos, por cuya razón aquél dejó dicha suma de dinero y la letra de cambio por quince mil pesos sobre el escritorio del juez ...".

"... 5. Cuando el prometiente comprador le reclamó al juez la entrega del dinero, éste le manifestó que, debido a una calamidad doméstica, había dispuesto de él. Después de varias diligencias de cobro, el juez le pagó a Segura un mil pesos, y le firmó letras de cambio por los dos mil quinientos pesos restantes ...".

"... 6. Para la época de los hechos anteriores el juez Sepúlveda Parra había estado ejerciendo, en interinidad, las funciones de Juez Promiscuo Municipal del Círculo Judicial de Berbeo - San Eduardo entre el 1º de septiembre de 1971 y el

25 de septiembre de 1972, como aparece de la copia autenticada del acuerdo de nombramiento número 058 de 5 de agosto de 1971 del Tribunal Superior de Tunja, de la copia del acta de su posesión y de la certificación sobre el tiempo por él servido en el cargo, expedida por la Alcaldía Municipal de San Eduardo ...".

II. Los hechos en precedencia, estimados en el llamamiento a juicio como constitutivos de peculado por apropiación, en los términos del artículo 3º del Decreto 1858 entonces vigente, no sufrieron alteración alguna con los nuevos elementos de juicio recogidos en el plenario probatorio de la causa, pues éstos sólo apuntan al establecimiento de la conducta anterior del ex funcionario incriminado, de modo que el Tribunal insistió en la tesis expuesta en el pliego de cargos y profirió fallo condenatorio por tal delito, aunque refiriendo éste, con criterio de favorabilidad, al artículo 133 del Estatuto Penal vigente desde el 29 de enero de 1981 (Decreto 100 de 1980).

III. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, previa alusión a los hechos en forma similar a la antes expuesta, concluye:

"... Visto en sus componentes el comportamiento del cual se sindica al ex juez Sepúlveda Parra no cabe duda, en opinión de este Ministerio Público, que tipifica el delito de peculado por apropiación; que es además antijurídico por cuanto con dicha conducta traicionó la confianza depositada en él por los particulares lesionando el deber de honestidad oficial y con perjuicio para aquéllos, siendo también culpable ya que el procesado tenía cabal conocimiento de la ilicitud del hecho y voluntariamente lo ejecutó ...".

"... Dándose en el caso examinado, como indiscutiblemente se da, legalmente producida, la prueba plena del reato por el cual se lo comprometió en juicio y de ser responsable del mismo, quedan satisfechos los presupuestos para dictar sentencia condenatoria que contempla el artículo 215 del Procedimiento Penal y, por consiguiente, se impone la confirmación del fallo apelado ...".

Considerandos

Al resolver la apelación propuesta contra el auto de proceder, la Corte admitió la hipótesis de peculado en él plasmada, porque:

"... si en el caso de autos no se discute que el señor Juan José Sepúlveda Parra, para cuando desempeñaba las funciones de Juez Promiscuo Municipal de Berbeo - San Eduardo, recibió la suma de dinero a que se refieren los autos, lo que no sólo admite él mismo sino que, incluso, acepta que dispuso posteriormente de ella, lo que resta por aclarar es si tal comportamiento entraña peculado. Y debe decirse que sí, porque cuando al procesado se le confió la suma de dinero en cuestión para que la guardara y la entregara luego a Josué Segura, fue en razón del deber funcional que implicaba el cargo oficial que desempeñaba, como que quien hizo la entrega, el señor Luis Antonio Moreno Benavides, figuraba como demandado en el proceso ejecutivo sometido a su resolución, dentro del cual se había suscitado el incidente de las mejoras que, en definitiva, propició la entrega del dinero al titular del juzgado ...".

"... Ya en providencia del 2 de marzo de 1978, proferida en este asunto, por medio de la cual la Corte confirmó el auto del 14 de octubre de 1977 dictado por el Tribunal Superior de Tunja rechazando una petición sobre cesación del procedimiento, dijo la Sala:

"... El acervo probatorio demuestra que no hubo préstamo de ninguna clase (el procesado en el memorial petitorio alegó que el dinero lo había recibido en préstamo de Segura), sino que, encontrándose en el despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Berbeo, el juez intervino en el pacto de la promesa de venta de unas mejoras hechas por Luis Antonio Moreno Benavides en el fundo de propiedad de Lastenia Bohórquez de Cortés que ocupaba a título precario, como arrendatario. El juez acusado quedó comprometido a redactar el documento en que constara ese contrato; que, como el promitente vendedor no se allanó a cumplir lo pactado, a solicitud de Josué Segura Díaz (promitente comprador), lo citó al despacho del juzgado, donde Moreno Benavides le entregó al juez los tres mil quinientos pesos que había recibido por concepto de arras de manos de Segura; por último, que el juez Sepúlveda utilizó en provecho suyo ese dinero, sin consentimiento de Segura ...".

"... De modo que no existe la menor duda sobre que Sepúlveda Parra actuó como juez en el evento sometido a estudio. Y si ello es así, como lo es, en efecto, dedúcese que al apropiarse de dineros a él confiados y al quebrantar el buen nombre, el recto funcionamiento y el prestigio de la administración pública, incurrió en el delito de peculado que le imputó el Tribunal ...".

Cabe puntualizar, en efecto, que el prometiente comprador Josué Segura Díaz es enfático en relievar que "al no quedar por escrito el contra-

to", requirió "por varias veces al señor Moreno para el cumplimiento", pero "como esto no fuera posible, hubo necesidad de que interviniera el juzgado y así fue que el señor juez Sepúlveda... hizo venir al juzgado a Moreno, quien a su vez y en presencia del señor juez hizo manifestación expresa que por ningún motivo podía cumplir con dicho contrato, procediendo de inmediato a hacer la devolución del dinero que había recibido o sea los $ 3.500.00, como también la letra de cambio que se le había girado por la suma de $ 15.000.00", lo que quiere decir que *no se trata de que el procesado, como simple particular o revestido de la calidad de juez, influyera para que Moreno dejara en su despacho el dinero con destino a Segura, sino que al atender petición de éste, dentro del asunto que ambos acordaron tramitar en el juzgado, hizo uso del poder coactivo que le daba la función jurisdiccional para citar a Moreno, quien de ese modo viose precisado, al resistirse a cumplir lo venia prometida, a depositar en manos del juzgador los valores recibidos de Segura para que el funcionario los devolviera a éste.*

Desde luego, *es verdad que conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Civil "el juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados"; pero si a pesar de la improcedencia del que se propone como cuestión accesoria dentro de un proceso propio de sus atribuciones, compromete la función pública, es apenas natural que las cosas que reciba en ejercicio de ésta queden bajo su custodia administrativa, de suerte que si se apropia de ellas, como acontece en el evento* sub judice, *comete delito de peculado, porque en este caso el objeto material de la delincuencia indudablemente llegó al funcionario como consecuencia del ejercicio de sus funciones.*

En suma, la condenación por peculado materia de apelación, debe ser confirmada, por responder a la realidad procesal y jurídica.

II. En cuanto a la dosificación que de la pena se hizo en el fallo del Tribunal, ningún reparo merece la fijación de la principal, pero en lo atinente a las accesorias, es evidente que la concerniente a la "publicación de la sentencia" no se compadece con el dispositivo penal que rige, pues éste, en su artículo 42, las enumera taxativamente, sin que entre ellas figure la publicación del fallo.

El noticiamiento público de la parte resolutiva a que alude el artículo 43 ibídem es, de otra parte, obligación administrativa del Ministerio de Justicia que, por tanto, no compete al juez. Por modo que el fallo que se revisa debe ser modificado, con el fin de excluir de las sanciones accesorias la estimado improcedente.

III. La concesión al procesado del subrogado de la condena de ejecución condicional se aviene con la realidad procesal, porque aun cuando en el informativo (folios 224 y 225) existe constancia de que al funcionario acusado, por motivos diferentes a los de la sentencia apelada, le fueron impuestas sanciones disciplinarias por mal comportamiento en otros cargos, no puede concluirse, por ello, que merezca realmente "tratamiento penitenciario", como lo señala el artículo 68 del Código Penal de 1980 a diferencia del de 1936 que, entre otros requisitos, exigía que la conducta anterior del inriminado hubiera "sido siempre buena", condición que no fue reproducida en la norma vigente, más favorable al condenado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de origen y fecha indicados, con la modificación anotada respecto de las penas accesorias.

Notifíquese y devuélvase el expediente al despacho de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Víctor León Mendoza, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS

El hecho de haber proferido la sentencia correspondiente no sólo no impide resolver el incidente de libertad condicional, sino que, por disposición expresa de la ley, quien debe decidir sobre ese subrogado es, precisamente, el juez que la dictó en primera instancia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 099.

Bogotá, D. E., octubre 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El señor Magistrado Pedro R. Camacho Orozco, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, se ha declarado impedido para conocer de la consulta del auto por medio del cual la Juez Primera Superior de la misma ciudad, doctora Rosalba Sierra Redondo, concedió al condenado Jorge Gutiérrez Mira el beneficio de la libertad condicional, en la consideración de que cuando estuvo al frente de ese juzgado profirió el auto de proceder y la correspondiente sentencia condenatoria, lo que, a su juicio, configura la causal de recusación contemplada en el ordinal 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Los restantes Magistrados de la Sala, por el contrario, estimaron infundado el impedimento alegado porque aun cuando el Magistrado Camacho Orozco, "como Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dictó el llamamiento a juicio y la sentencia condenatoria contra Jorge Gutiérrez Mira, es incuestionable que ello no incide fundamentalmente sobre los argumentos que se emiten en la ponencia que resuelve el grado de jurisdicción de la consulta del subrogado penal de la libertad condicional que le otorgó al condenado el Juzgado Primero Superior de Valledupar, a cargo de la doctora Rosalba Sierra Redondo".

Considerandos

Basta conocer el texto del artículo 696 del Código de Procedimiento Penal para advertir que el hecho de haber proferido la sentencia correspondiente no sólo no impide resolver el incidente de libertad condicional del condenado, sino que quienes deben, por disposición expresa de esa norma decidir sobre ese subrogado penal son, precisamente, el juez que la dictó en primera instancia y, en segunda, a causa de estar sujeta esa decisión a consulta, el respectivo superior jerárquico.

Es cierto, además, que los factores que deben considerarse para decidir sobre el subrogado penal se limitan a examinar el tiempo de reclusión, la conducta observada por el condenado en el establecimiento carcelario, la cantidad y calidad de la pena impuesta a aquél y los antecedentes que le figuren en el proceso respectivo, circunstancias todas objetivas, de directa comprobación procesal que, reunidas, apenas sí otorgan al juez o magistrado la facultad de decidir sí, con fundamento en ellas, le es posible suponer la readaptación social del condenado.

Si lo anterior no resultara más que suficiente para estimar absolutamente infundado el impedimento alegado por el Magistrado Camacho Orozco, conviene recordar, una vez más, la ya reiterada doctrina de la Corte, conforme a la cual la causal de que se trata sólo puede darse, en tratándose de jueces y magistrados, cuando éstos, lícitamente, como particulares o como funcionarios pero en asunto diferente, o abusivamente, dentro del mismo proceso que conocen o por fuera de él, han emitido opiniones sobre las que han de ser las futuras determinaciones que han de adoptarse en el asunto, vale decir, respecto de

una providencia que aún no ha sido legalmente proferida.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Pedro R. Camacho Orozco, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Valledupar, para intervenir en este asunto.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Víctor León Mendoza, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXPULSION DE EXTRANJEROS

Cuándo el interés del funcionario es indebido. Facultad discrecional del Gobierno para cancelar visas a extranjeros

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 099.

Bogotá, D. E., octubre 29 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El doctor Antonio José Ortiz Barbosa, ha formulado denuncia contra el doctor Manuel Guillermo Silva González, Director del Departamento Administrativo de Seguridad, acusándolo de la comisión de los delitos de "encubrimiento y posible prevaricato o los que pudieren resultar", que dijo ejecutados por éste, en ejercicio de sus funciones, a causa de haberle coaccionado para obligarle a renunciar, sin existir fundamento para hacerlo; por haberle acusado de un delito sin presentar, no obstante, la correspondiente denuncia en su contra; por haber mostrado, como Director del DAS, señalado interés en lograr la expulsión de unos ciudadanos extranjeros y por haber pretendido tal finalidad, no siendo ésta la que merecían sino, a lo sumo, la de la imposición de una multa.

La Corte, por auto de 8 de julio del año en curso, dispuso la práctica de varias diligencias preliminares para decidir, con fundamento en ellas, si era el caso de iniciar sumario contra el funcionario acusado o el de abstenerse de hacerlo, decisión a la que se procede en esta oportunidad luego de cumplidas, en su totalidad, las pruebas ordenadas en aquella providencia.

Resultandos

De conformidad con los términos de la denuncia formulada por el doctor Ortiz Barbosa, rendida bajo la gravedad del juramento, éste considera violada la ley penal por la ocurrencia de los siguientes hechos:

1. El Director del Departamento Administrativo de Seguridad, doctor Manuel Guillermo Silva, ejerció coacción moral para obligarle a renunciar del cargo que desempeñaba en esa dependencia, sin que existiera realmente fundamento alguno para provocar su renuncia.

"... una tarde si mal no recuerdo, miércoles 23 o 24 de junio del año en curso, me llamó (el doctor Silva González) a su Despacho para decirme que en bien de la institución y en el mío propio y con el ánimo de no perjudicarme y pudiera conseguir otro puesto, me solicitaba la renuncia por el hecho o el caso de (unos) libaneses, alegando para ello que yo, en mi Despacho, había recibido determinada suma de dinero, no me dijo cuánto y al explicarle que eso no era cierto, que ellos sí (los libaneses) habían sacado un fajo de billetes para pagar una multa, manifestándole yo que la multa no era ahí en mi Despacho sino en ventanilla y eso era mediante una resolución que ya no era de mi incumbencia. El doctor Silva parece que entendió mi explicación, por cuanto me dijo: ah no, si no fue en su Despacho, fue en cualquiera otra parte, pero sí recibió, me aseguró así de frente y decía: es que eso se nota o flota en el ambiente, que usted recibió dinero y está en boca de todos los directivos y de los inspectores; entonces yo le dije, bueno doctor, supongo que usted me dará un término prudencial para tomar una determinación, por cuanto esto me coge de sorpresa y yo necesito poner mis pensamientos en orden; entonces manifestó el doctor Silva: bueno, hoy ya pagaron (el sueldo), entonces usted a partir del primero de julio ya no pertenece al Departamento, espero que no me vaya a pasar una carta diciendo que yo le exigí la renuncia ...".

2. El Director del DAS, doctor Silva, no obstante acusarle de haber recibido dinero a cambio de no ordenar la expulsión de unos extranjeros del país, no formuló la denuncia penal en su contra a que estaba legalmente obligado:

"... *Preguntado:* Usted ha afirmado, bajo juramento, que el doctor Manuel Guillermo Silva González, Director del Departamento Administrativo de Seguridad, le imputó a usted el cargo de haber recibido dineros por parte de los ciudadanos libaneses investigados; ¿sírvase decirnos entonces si por tal hecho doloso a usted imputado, se ha adelantado alguna investigación disciplinaria, administrativa o penal y en caso cierto en dónde cursa tal investigación? *Contestó:* Hasta la fecha que yo sepa, no se me ha iniciado investigación directa contra mí por los hechos imputados por el doctor Manuel Guillermo Silva González, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad. Cuando él me sostuvo que yo había recibido dinero, le manifesté que tenía derecho a que se me investigara, diciéndome él que no era necesario complicar más aún la situación ...".

3. El Jefe del DAS mostró señalado interés en lograr la expulsión de los extranjeros:

"... veladamente me hacía las presiones de que antes hablé, en el sentido de tomar en sus manos el Estatuto o Reglamento de Extranjeros y decirme: hay causales de expulsión como el intervenir en política o en asuntos internos del Estado y al decirle yo que no me parecía que todo eso estuviera debidamente comprobado, él me respondía: entonces la cancelación de las visas no es causal suficiente para expulsarlos ...", y

4. El Jefe del DAS se interesó en la expulsión de los extranjeros, no obstante que, a juicio del subalterno, apenas merecían ser sancionados con multa, por inobservancia de las condiciones impuestas por el país para autorizar su ingreso y su permanencia en el territorio nacional.

"... del estudio que se hizo de la situación de estos caballeros (los libaneses), conjuntamente y de acuerdo con la doctora Consuelo Valbuena, se llegó a la conclusión de que en realidad, no había ningún mérito para expulsarlos del país, tan sólo aplicárseles una multa por no notificar en tiempo su cambio de dirección ...".

Considerando

1. No es cierto, como se afirma en la denuncia, que el doctor Manuel Guillermo Silva González hubiese conminado al denunciante para obligarle a renunciar injustamente, esto es, no estando éste obligado a hacerlo, pues de la actuación preliminar se desprende claramente que el subalterno no pertenecía a la carrera administrativa, por lo que, en consecuencia, era empleado de libre nombramiento y remoción; que ni su ingreso ni su separación del servicio competía al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, sino al Presidente de la República y que fue éste, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, quien declaró su insubsistencia aun cuando el decreto correspondiente, por disposiciones también constitucionales y legales, tuviera que ser firmado, en segundo término, por el Director del DAS.

Según certificado expedido por la División de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad, el doctor Antonio José Ortiz Barbosa no estaba amparado por las normas que regulan el nombramiento, permanencia, ascensos y separación del servicio consagrados en la ley que estableció la carrera administrativa, siendo, por consiguiente, funcionario de libre nombramiento y remoción, dependiente de la Presidencia de la República:

"... el doctor Antonio José Ortiz Barbosa, actualmente (...) profesional especializado (Inspector) 3010-08 de la Planta de Investigadores del DAS (...) no pertenece a la Carrera Administrativa ...".

(Folio 102).

La declaratoria de insubsistencia, de otra parte, fue hecha mediante Decreto 1672 de 3 de julio del año en curso emanado de la Presidencia de la República.

"... El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,

"... Decreta:

"... Artículo primero. Nómbrase a Antonio Jesús Jiménez Arango, para el cargo de Profesional Especializado (Inspector) 3010-08 de la Planta de Investigadores, en reemplazo de Antonio José Ortiz Barbosa, cuyo nombramiento se declara insubsistente ...".

"... Artículo segundo. Este Decreto rige desde su expedición ...".

"... Comuníquese y cúmplase: ...".

"... Dado en Bogotá, D. E., a 3 de julio de 1981 ...".

"... (Fdo.) *Julio César Turbay.*

"... (Fdo.) *Manuel Guillermo Silva González* ...".

2. No es cierto, tampoco, que el Director del DAS estuviese obligado a formular denuncia criminal contra el subalterno, desde luego que aquél no tenía conocimiento directo de los hechos que se decían cometidos por éste, sino, apenas, vagas informaciones sobre rumores y conjeturas que sobre ellos se hacían en las dependencias de la entidad en relación con las actuaciones del doctor Ortiz Barbosa respecto de la expulsión de los ciudadanos libaneses:

"... Entiendo que la señorita Rosalba Rodríguez Díaz, empleada del Departamento, fue quien le dijo al doctor Jaramillo que ella había visto sacar el dinero a los extranjeros, pero lo que no estoy seguro es si ella le dijo que yo lo había recibido ...".

(Denuncia del doctor Ortiz Barbosa, folio 15).

"... yo le dije a ella (a la doctora Belén de Moncada), que yo tenía conocimiento de que yo había sido declarada insubsistente, porque dizque yo había visto recibir dinero a mi jefe inmediato (Ortiz Barbosa), entonces ella en una sonrisa me dijo que quién me había dicho eso, yo le dije que mi jefe y que además ese era el cuento que andaba en el DAS ...".

(Graciela Pulido Acevedo, folio 38).

No tenía el Director del DAS, en consecuencia, conocimiento de la comisión del delito, sino conocimiento de los rumores y consejas que circulaban entre los funcionarios y empleados de esa dependencia sobre el comportamiento del doctor Ortiz Barbosa en relación con los ciudadanos extranjeros:

"... la expresión *tener conocimiento* (...) quiere decir *tener conciencia, estar convencido, saber*; o sea que tal obligación (la de dar cuenta a la autoridad de la comisión de un delito de que se ha tenido conocimiento) está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trate ...".

(Auto, 19 de julio de 1949, LXVI, 448).

El rumor, en consecuencia, si justificaba la determinación de prescindir de los servicios del empleado en la correspondiente entidad, no fundaba, no obstante, mérito suficiente para formular denuncia criminal en su contra.

3. No se advierte en las pruebas practicadas que el Director del DAS hubiese mostrado un señalado interés en lograr la expulsión de los extranjeros, ni el propio denunciante se atrevió a afirmar que aquél tuviera alguno en relación con ese asunto:

"... *Preguntado:* ¿Sírvase decirnos doctor Ortiz, si el doctor Manuel Guillermo Silva, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, en alguna oportunidad le manifestó a usted si tenía interés personal y directo en la expulsión del país de los mencionados libaneses y en caso cierto, le dijo qué clase de interés le asistía y por qué? *Contestó:* Bueno, directamente no me manifestó ninguna clase de interés, es decir, en el sentido de que se dictara la resolución de expulsión en favor o en contra de los libaneses ...".

"... ... ...".

"... *Preguntado:* ¿Supo usted o ha tenido conocimiento, por algún medio, cuál pueda ser el interés que le asiste al doctor Manuel Guillermo Silva, en la situación de los mencionados libaneses? *Contestó:* No, en realidad no conozco el interés que hubiera podido tener el doctor Silva en la expulsión de estos señores ...".

(Folio 16).

El tomar interés en los asuntos propios de las funciones oficiales que se ejercen, de otra parte, no sólo no es actividad indebida, sino obligación expresamente impuesta por la ley so pena, en caso de descuido o negligencia, de sanciones disciplinarias e incluso penales; la incorrección o el delito surgen cuando el interés afecta el debido cumplimiento de los deberes oficiales, situación que, como se verá más adelante, en modo alguno puede predicarse del Director del Departamento Administrativo de Seguridad en relación con la actuación cumplida respecto de los ciudadanos libaneses.

4. Contra lo que afirma el denunciante, en efecto, *las pruebas preliminares indican inequívocamente que los ciudadanos extranjeros quebrantaron algunas de las condiciones que le fueron impuestas por el Gobierno para autorizar su ingreso y su permanencia en el país, de suyo suficientes para cancelar las visas que les habían sido otorgadas si, por lo demás, no fuese potestativo del mismo Gobierno cancelarlas discrecionalmente, como lo es, en efecto, de conformidad con la legislación nacional.*

Los extranjeros señalaron como lugar de su residencia, para ser admitidos en el país, una precisa dirección en la ciudad de Bogotá, que no podían variar sin previa comunicación de su propósito a las autoridades nacionales y que variaron, no obstante, sin cumplir este requisito, no sólo cambiándose a otra dirección de la misma ciudad que habían señalado, sino a otro municipio (Barrancabermeja).

Pese a haber ingresado al país diciéndose técnicos textiles, profesión para entonces requerida para el desarrollo industrial del país, que no contaba con suficientes expertos nacionales, terminaron siendo administradores o vendedores de un almacén, con perjuicio para el empleo de ciudadanos nacionales, tan necesario en la actual coyuntura económica.

"... (los extranjeros violaron sus obligaciones) por no notificar en tiempo su cambio de dirección ...".

(Denuncia, folio 13).

"... ... ...".

"... Ingresaron al país (los libaneses), según consta en su prontuario, como técnicos textiles ...".

(Denuncia, folio 19).

De Bogotá, en efecto, se trasladaron a Barrancabermeja y no como expertos o técnicos textiles, sino como administradores o vendedores de almacén.

"... En cumplimiento a orden impartida por el señor Director Seccional DAS Santander mediante Rad. número 3350 de ayer, consistente en practicar allanamiento y registro en el apartamento 502 ubicado en la transversal 6ª número 6B-93 de esta localidad (Barrancabermeja), lugar donde habita el extranjero de nacionalidad libanesa Michael Kaisar El Feghali, en busca de armas y municiones, así como la retención del mismo, informo lo siguiente: ...".

"... Siendo las 15:00 horas del día de ayer fue ubicado y retenido el citado extranjero en el almacén denominado Combate, situado en la calle 7ª cerca al edificio La Tora. Acto seguido el suscrito en asocio del personal adscrito a esta repartición y previo el lleno de los requisitos de ley se practicó la diligencia de allanamiento y registro en su apartamento 502 en el 5º piso del edificio La Tora ...".

(Folio 142).

"... ... ...".

"... (el) ciudadano Michel Kaissar El Feghali, identificado con la cédula de extranjería número 190900, expedida en la ciudad de Bogotá (...) se desempeña en esta ciudad como comerciante a gran escala ...".

"... En constancia de lo expuesto se expido en Barrancabermeja a los cinco (5) días del mes de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981) ...".

(Folio 175).

"... ... ...".

"... conozco desde hace algún tiempo a esta parte, al ciudadano Jean Kaissar El Feghali, identificado con la cédula de ciudadanía número 188268, expedida en la ciudad de Bogotá, D. E. (...) con motivo que de desempeñarse como comerciante ...".

(Folio 176).

"... ... ...".

"... El suscrito Secretario de Gobierno Municipal de Barrancabermeja ...".

"... Hace constar ...".

"... Que los señores Michel y Jean Kaissar El Feghali, identificados con las cédulas de extranjería números 190900 y 188268, expedidas en Bogotá, son vecinos de este Municipio y su dirección actual es: apartamento 502 del edificio La Tora (...). Actualmente administran el almacén denominado El Combate en esta ciudad ...".

(Folio 180).

En idéntico sentido respecto de la residencia de los libaneses en Barrancabermeja y en relación con su empleo como administradores de un almacén de telas y mercancías, aparece en la actuación certificación suscrita por el Jefe del Puesto Operativo del DAS en Barrancabermeja (folio 181).

Tenía toda la razón el señor Director del DAS, en consecuencia, cuando en cumplimiento de sus deberes oficiales indicaba al doctor Ortiz Barbosa, como lo admite éste, las causales existentes para la expulsión de los extranjeros.

"... en dos o tres oportunidades en que me entrevisté con el doctor Silva, Jefe del Departamento, éste me preguntaba que qué había pasado con los extranjeros *y tomando el reglamento sobre extranjeros* (subraya la Corte) me decía: bueno, ahí hay varias causales de expulsión, por ejemplo, primero, cancelación de la visa; segundo, intervención indebida en asuntos internos y políticos del país; tercero, cambio de residencia sin previo aviso; eso más o menos es lo que dice el reglamento y lo que había en contra de dichos libaneses ...".

"... ... ...".

"... Ingresaron al país (los libaneses), según consta en su prontuario, como técnicos en textiles (...) ...".

"... Esta fue una de las causas por las cuales se dijo debían ser expulsados del país, por cuanto dizque su profesión no era esa, sino la de

administradores o vendedores de almacén; al menos eso era lo que alegaba el informe que mandó (la) Central (de) Inteligencia del DAS ...". (Folio 19).

No se necesitaba, de otra parte, la prueba plena o completa del quebrantamiento de los deberes y obligaciones impuestos a los extranjeros para permitirles su ingreso y su permanencia en el país, pues bastaba, para su expulsión, si el Gobierno estimaba dudoso su comportamiento o sospechosas sus actividades, la sola cancelación de las visas que les habían sido otorgadas.

El artículo 132 del Decreto 2955 de 5 de noviembre de 1980 otorga al Gobierno la facultad discrecional de conferir o cancelar visas para entrar y permanecer en el país, como lo recuerda dentro de esta actuación el doctor Jaime Mejía Alvarez, abogado diplomático al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia:

"... el Decreto 2955 expedido el 5 de noviembre de 1980, que entró en vigencia el 5 de enero del presente año y llamado comunmente Estatuto de Visas, es el que regula el otorgamiento, ingreso, permanencia, control y salida de los extranjeros en Colombia. El ingreso, permanencia, control y salida de los extranjeros, corresponde al Departamento Administrativo de Seguridad, División de Extranjería. El otorgamiento de visas (diplomáticas, oficiales, de servicio, de cortesía, ordinarias, de residentes, de negocios, de estudiantes, temporales, de turismo, de tránsito, etc.), corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, División de Visas e Inmigración ...".

"... ... ...".

"... Como el otorgamiento de visas y la cancelación de éstas es un acto discrecional del Gobierno, cuando se otorgan las visas se hace de plano y cuando se cancelan se procede en la misma forma. Yo recuerdo que cuando cancelé las visas ofició a la División de Extranjería del DAS, más o menos en la siguiente forma: en relación con su comunicación de tal fecha, por medio de la cual me solicitaban tal cosa, atentamente les comunico que haciendo uso de la facultad discrecional que al Gobierno le compete, cancelé las visas de los señores fulanos y sutanos, que eran dos libaneses ...".

(Folios 58 a 59).

No hubo en el comportamiento del Director del DAS, en consecuencia, acto alguno que pueda considerarse delictuoso como, equivocadamente, lo ha supuesto el doctor Antonio José Ortiz Barbosa en la denuncia formulada contra aquél.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— SE ABSTIENE de iniciar sumario contra el doctor Manuel Guillermo Silva González, Director del Departamento Administrativo de Seguridad, por aparecer claramente establecido que los hechos que le atribuye el denunciante no están previstos en la ley como infracción penal.

Notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Víctor León Mendoza, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCURSO DE DELITOS. CALIFICACION INCOMPLETA. ROMPIMIENTO DE LA UNIDAD PROCESAL

No constituye error en la denominación jurídica de la infracción, el dejar de considerar uno de los posibles extremos de la conducta delictual. El rompimiento de la unidad procesal, no genera nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 99.

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad en la que se absolvió al doctor Rolando Granados Muñoz del delito de falsedad en documento privado por el cual había sido llamado a responder en juicio.

El recurso fue declarado admisible y la demanda ajustada a las prescripciones formales que prescribe la ley (folios 68 y 128 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Con ocasión de un préstamo de dinero, obtenido de María Ignacia Garzón Romero, por intermedio de la oficina de negocios de propiedad raíz de la que el doctor Rolando Granados Muñoz era socio y gerente, el ingeniero Arturo Martínez Restrepo, beneficiario del mutuo, constituyó hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, ubicado en el barrio Versalles de la ciudad de Cali, en la calle 25 norte, distinguidos con los números 2B Norte y 31 y 2B Norte 35, nomenclatura de entonces. La escritura fue la número 820 de 15 de septiembre de 1972 y se suscribió en la Notaría Quinta a cargo del doctor Numa Pompilio González (folio 11, cuaderno principal número 1).

A raíz de esa operación, el propietario entregó en administración a la oficina del doctor Granados la casa pignorada, para que la diera en arrendamiento y con su producto atendiera el pago de los intereses de la hipoteca y demás gastos que demandara su mantenimiento. Lo que se deja relacionado ocurrió en el mes de septiembre de 1972 y la escritura de hipoteca se firmó el día quince de los mismos mes y año ante el Notario Quinto de Cali (folio 11 del cuaderno principal número 1).

En el mes de noviembre de ese año se presentó una posibilidad de venta del inmueble, pues el propietario había dado a entender al doctor Granados el interés de enajenarlo, habida consideración de que para ese entonces tenía la sede de sus actividades en Puerto Carreño (Vichada), donde poseía una finca.

La oferta concreta que se le puso en conocimiento era la que hacía Rafael Humberto Eduardo Giraldo Jaramillo, quien, financiado por su tío Jorge Jaramillo, ofrecía $ 285.000.00 por la propiedad, pagaderos así: $ 50.000:00 a la firma de una promesa de contrato de venta, $ 180.000 monto de la hipoteca, cuyo pago asumía, y el resto ($ 55.000.00) el día en que fuera elevada a escritura pública dicha promesa de venta.

El negocio le interesó al dueño de la casa, pues prácticamente era de contado y le proporcionaba

unos dineros que le servían para el pago de los fletes de unos aviones que pensaba contratar en el mes de diciembre de ese año para transportar de Bogotá a Puerto Carreño víveres, carga y mercancía en general. Así se desprende de la denuncia (folio 3 del cuaderno principal número 1) y del careo con el sindicado (folio 5 vuelto del cuaderno principal número 2).

El día 22 de noviembre de 1973 se firmó la promesa de contrato de compraventa, en la que el abogado Rolando R. Granados actuó "en representación del doctor Arturo Martínez Restrepo." (folio 21 del cuaderno principal número 1).

El dueño de la casa no le otorgó poder escrito para este acto de promesa y ha manifestado que ni siquiera en forma verbal lo facultó, pues que el negocio estaba apenas en plan de aceptación.

El abogado ha expresado que el propietario quedó de concurrir a suscribir ese día 22 de noviembre de 1973 la correspondiente promesa de contrato de compraventa, pues estaba enterado de todo, pero que lo llamó en las horas de la tarde para decirle que no podía concurrir y que lo autorizaba para que firmara en su nombre y recibiera los $ 50.000.00 del contado inicial (folio 462 del cuaderno principal número 1). Este dinero efectivamente lo recibió el doctor Granados (folio 395 ibídem).

El dueño de la casa prometida en venta recibió del abogado Granados Muñoz la suma de $ 12.000.00 que, como manifiesta éste y lo recoge el correspondiente recibo, fechado el 23 de noviembre de 1973 (folio 397 ibídem), fue "un abono a la promesa de venta". El doctor Arturo Martínez ha dicho que ese dinero fue un anticipo al negocio que se haría y que el abogado le facilitó de su cuenta personal, en razón de la factibilidad de la mencionada negociación (folio 6 del cuaderno principal número 2).

De ese primer contado de los $ 50.000.00 debían ser entregados treinta mil al propietario y los veinte mil restantes quedarían para cubrir gastos de escritura, arreglos de la casa, pago de intereses, vigilancia, comisiones, según dice el abogado, pues el doctor Martínez afirma que se convino en que se los entregarían en su integridad.

Los dieciocho mil pesos restantes del contado de los treinta mil quedó el doctor Granados de remitírselos al doctor Martínez a Bogotá a la dirección que le suministraría. Este estuvo pendiente del recibo de ese excedente de los cincuenta mil pesos ($ 38.000, según él; $ 18.000, según el abogado) y hay constancia en el expediente de que efectivamente hizo averiguaciones al respecto en el Banco de Caldas en Bogotá (folios 13, 14 y 15 del cuaderno principal número 1). Como no llegaron en la fecha en que los esperaba perdió interés en el negocio y así lo comunicó telefónicamente al abogado Granados y se fue con su familia para Puerto Carreño con el fin de celebrar allí la navidad (folio 6 del cuaderno principal número 2).

El día 20 de diciembre de ese año de 1973 el doctor Granados le envió al doctor Martínez a Bogotá el cheque número 748135 del Banco de Caldas, por la suma de $ 18.000.00, y lo hizo acompañándolo a un escrito, en el cual le preguntaba por un marconigrama que le había remitido el día anterior y le manifestaba que estaba "esperando ya sean instrucciones o el poder respectivo" (folio 16 del cuaderno principal número 1). El marconigrama aparece al folio 468 del mismo cuaderno y en él le dice que el negocio está arreglado y que envíe el poder.

Al regresar el doctor Martínez de Puerto Carreño a Bogotá en el mes de marzo de 1974 encontró en su casa la comunicación y el cheque a que se aludió. No lo hizo efectivo y trató de devolverlo al doctor Granados por intermedio de su hermano Francisco Martínez, sin éxito, pues éste en principio no pudo entrevistarse con aquél y cuando lo logró, el abogado le manifestó que las cuentas relativas a ese negocio las ventilaría solamente con el doctor Arturo Martínez o con quien tuviere autorización expresa del mismo.

El 14 de enero de 1974 llegó a la oficina de negocios del doctor Rolando Granados Muñoz, según lo aseveran él, su socio y las secretarias de ese despacho (folios 333 y vuelto, 346 y vuelto, 365 y 463 del cuaderno principal número 1), el poder que obra al folio 18 del mismo, en el cual se lee que Arturo Martínez Restrepo faculta a Rolando Granados Muñoz para que en su nombre y representación venda la casa de su propiedad.

Este poder vino sin autenticación, pero firmado en dos partes, por lo cual el abogado Granados Muñoz obtuvo en la Notaría Quinta de Cali, a cargo del doctor Numa Pompilio González, que éste, mediante confrontación con la firma del doctor Arturo Martínez Restrepo que aparecía en la Escritura número 820 de 15 de septiembre de 1972, relacionada con la hipoteca, la cual había sido suscrita en esa Notaría y estaba allí protocolizada (folio 11 del cuaderno principal número 1), autenticara el poder como si el otorgante hubiese estado presente. Así se

estampó el correspondiente sello de autenticación.

Dicen el Notario y el abogado y las secretarias de éste, que el poder vino acompañado de una fotocopia de la cédula del otorgante, la que no se adhirió al mismo una vez autenticado y protocolizado, sino que le fue devuelta al doctor Martínez por parte del abogado, según lo afirma éste, cuando se vieron en Cali en el mes de marzo de 1974 (folio 9 vuelto del cuaderno principal número 2).

La parte civil aportó prueba abundante para acreditar que el ingeniero Martínez Restrepo no estuvo en Cali el 14 de enero de 1974, pues en ese día y por ese mes y los dos siguientes permaneció en Puerto Carreño (folios 56, 56 vuelto, 73, 79, 225 vuelto, 226, 229 vuelto y 231 del cuaderno principal número 1).

El presunto otorgante ha negado desde el comienzo la autenticidad de tales firmas y efectivamente la pericia grafológica evidenció que eran falsas y que habían sido obtenidas de una firma original por medio del sistema de "calco" o "transparencia" (folios 237 a 239, 309 y 310 y 335 del cuaderno original número 1).

De otra parte, se aportaron elementos probatorios que permiten afirmar que la hoja de papel sellado número DZ 03195318 en la que se escribió el poder debió haber sido impresa en los primeros días del mes de junio de 1974 en la Imprenta Nacional, al rededor del 25 del mismo mes se hizo su revisión y fue entregada al Ministerio de Hacienda, junto con el grupo de que hacía parte, el once de julio de ese año, fecha en que se ordenó remisión con destino a la Administración de Impuestos de Cali para su venta, y fue entregada al expendio número 1 de esa ciudad el día 22 de ese mes de julio (folios 40, 104, 107 y 108 del cuaderno principal número 2). Igualmente se estableció pericialmente que esa hoja es auténtica (folios 116 y 117 ibídem).

Por medio de la Escritura pública número 779 que aparece suscrita el día 28 de junio de 1974 de la Notaría Quinta de Cali, a cargo del doctor Numa Pompilio González, el doctor Rolando Granados Muñoz, obrando en nombre y representación del doctor Arturo Martínez Restrepo, con fundamento en el poder al que se hizo alusión en precedencia, vendió a Eduardo Giraldo Jaramillo la casa del doctor Martínez, con lo cual se dio cumplimiento a la promesa de contrato de compraventa que con este mismo señor había celebrado el día 22 de noviembre de 1973, actuando también, como lo dijo, en representación de Martínez Restrepo (folios 19 a 20 del cuaderno principal número 1).

Los paz y salvos que se agregaron a la escritura, números XA 969793 de 11 de junio de 1974 a nombre de Arturo Martínez Restrepo, y XA 931628 de 1º de julio de 1974, a nombre de Rafael Eduardo Giraldo Jaramillo (folios 20, 23 y 24 ibídem), resultaron adulterados en sus fechas, nombres de beneficiarios y números de identificación tributaria, como se estableció mediante inspección judicial y dictámenes grafológicos (folios 50, 237 a 238 y 366 a 367 del cuaderno principal número 1).

Cabe anotar que también el paz y salvo número 2427390, expedido el 1º de septiembre de 1972 a nombre de Arturo Martínez Restrepo y que se acompañó a la escritura de hipoteca (número 820 de 15 de septiembre de 1972), también resultó adulterado, razón por la cual el Juzgado Primero Superior de Cali cuando dictó el primer auto calificatorio en este proceso ordenó compulsar copias para que por separado se investigara esa falsedad (folios 12, 354, 367 y 4347 del cuaderno principal número 1).

Dice el dueño de la casa así vendida que sólo vino a darse cuenta de esa operación a mediados del año de 1975 (folio 5 vuelto, cuaderno principal número 2), y que trató de que se le rindieran cuentas de la administración de su casa sin haberlo logrado. El abogado anota que esto no se obtuvo debido a la premura con que siempre venía a Cali el doctor Martínez y, al final, por las indebidas y excesivas exigencias que para un arreglo le plantearon éste, su hermano Francisco y su abogado.

Por todos los hechos que se dejan relatados, formuló Arturo Martínez Restrepo denuncia penal, la que dio origen a la presente investigación, en la que se constituyó en parte civil, representada por el mismo abogado que ha recurrido en casación la sentencia que absolvió a Rolando Granados Muñoz.

El Juzgado Primero Superior de Cali dictó el primer auto calificatorio el día 6 de septiembre de 1976 y en él sobreseyó temporalmente en favor de Rolando Granados Muñoz y definitivamente respecto de Numa Pompilio González, el Notario, y Rafael Humberto Eduardo Giraldo Jaramillo. Fue en este proveído en el que ordenó compulsar copias para la investigación por separado de la falsedad referente al paz y salvo agregado a la escritura de hipoteca a nombre del denunciante (folios 424 a 447 del cuaderno prin-

cipal número 1). El Fiscal había solicitado que se sobreseyera en forma definitiva a todos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al conocer de ese proveído por vía de consulta, lo revocó para sobreseer en forma temporal al notario y al comprador, habiendo quedado, por esta vía, nuevamente la investigación reabierta para todos los sindicados (folios 65 a 67 del cuaderno principal número 2). El Fiscal de la Corporación había solicitado la confirmación de la providencia consultada.

Cerrada nuevamente la investigación, el juzgado del conocimiento, en auto del 28 de noviembre de 1977, sobreseyó definitivamente en favor de los tres sindicados, esto es, del notario, el abogado y el comprador (folios 181 a 200 del cuaderno principal número 2). El Fiscal había solicitado sobreseimiento temporal para el abogado y definitivo para los otros dos. Dispuso, igualmente, que se compulsara copia de lo pertinente en orden a investigar por separado la falsedad material cometida en los paz y salvos presentados a nombre de Arturo Martínez Restrepo y Eduardo Giraldo Jaramillo cuando se otorgó la escritura de compraventa del inmueble de propiedad del primero.

Apelada la decisión por el representante de la parte civil, el Tribunal la confirmó en lo referente al sobreseimiento definitivo proferido en favor del Notario Quinto de Cali y del comprador, doctor Numa Pompilio González y señor Rafael Humberto Eduardo Giraldo Jaramillo y en cuanto ordenaba compulsar copia para investigar por separado la falsedad material contenida en los referidos paz y salvos. La revocó respecto del abogado Rolando Granados Muñoz, a quien llamó a responder en juicio por el delito de falsedad en documentos privados, y ordenó su detención. También dispuso la expedición de copias para que se investigara el presunto delito de falso testimonio en que hubieren podido incurrir Teresa Casallas y Virginia Siniterra, secretarias de la oficina del abogado Granados Muñoz (folios 234 a 242 del cuaderno principal número 2). El Fiscal había sido partidario de la confirmación del auto recurrido.

Ninguna prueba se practicó en el período probatorio de la causa y la audiencia se realizó el día 31 de enero de 1979.

El Juzgado Primero Superior de Cali absolvió a Rolando Granados Muñoz en sentencia de 26 de febrero de 1979, de la cual apeló el representante de la parte civil (folios 258 a 272 ibídem).

El Tribunal al desatar el recurso y de acuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal, confirmó la sentencia impugnada y ordenó el levantamiento de la medida cautelar que pesa sobre el inmueble vendido en las condiciones que se han dejado anotadas (folios 278 a 281 y vuelto del cuaderno principal número 2).

Contra la providencia recurrió en casación la parte civil, recurso que ahora se decide.

La demanda

Después de una extensa y pormenorizada relación de los hechos, formula el recurrente dos cargos contra la sentencia que impugna, el primero dentro del ámbito de la causal primera, cuerpo segundo, y el otro dentro de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera. Cargo único. Violación indirecta de la ley sustancial debida a error de hecho por falta de apreciación de los medios probatorios.

Lo presenta de la siguiente forma:

"La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 5 de noviembre de 1979, al absolver al procesado Rolando León Granados Muñoz viola la ley sustancial por infracción indirecta debida a error de hecho por falta de apreciación de los medios probatorios, lo que llevó al Tribunal a conclusión manifiestamente reñida con la realidad demostrada en el proceso".

Después de poner de presente que la sentencia no encontró prueba suficiente para tener por comprobados el cuerpo del delito de falsedad en documento privado por el que se llamó a responder en juicio a Granados Muñoz, ni su responsabilidad en esos hechos, conclusión a la que se llegó por dar toda credibilidad a las exculpaciones y explicaciones del sindicado, expresa que hay elementos de prueba convincentes, que el fallador ignoró, los cuales permiten acreditar los siguientes hechos:

1º Que la promesa de contrato de compraventa celebrada entre el sindicado, quien dijo obrar en representación de Martínez Restrepo, es falsa, porque éste no autorizó a aquél para proceder así, ni Granados exhibió poder escrito para hacerlo, siendo que se precisaba por tratarse de una operación sobre un bien inmueble. Tanto el comprador como el tío que le financió la compra de la casa informan también que a ellos no les mostraron poder alguno que facultara al abo-

gado Granados para contratar a nombre del ingeniero Martínez.

2º Que los paz y salvos aportados a la escritura de venta número 779 de 28 de junio de 1974 son falsos, por cuanto sus originales fueron expedidos a otras personas; que ellos fueron llevados a la Notaría Quinta de Cali por el doctor Granados Muñoz y que era éste quien tenía interés en ellos para poder perfeccionar la venta de la que recibió dineros, respecto de los cuales no ha rendido cuentas. En conclusión anota: "los confeccionó él o con su conocimiento un tercero, y es imputable por falsedad en ambos documentos públicos".

3º Que el poder con el que actuó para la venta del inmueble es falso, porque las firmas que se atribuyen al otorgante no son auténticas, sino obtenidas por el sistema de "calco" y que su autenticación implica igualmente falsedad, ya que Arturo Martínez no estaba en Cali el día 11 de enero de 1974, sino en Puerto Carreño. Que el sistema al que acudió el Notario Quinto de Cali para hacer esa autenticación no es el indicado, puesto que la confrontación de firmas supone el registro de ellas previamente para esos fines y en libro especial que deben llevar los notarios, lo cual mereció el reproche y la desautorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, contenidos en oficio número 2373 de 2 de marzo de 1976 y en la Resolución número 3558 de 23 de agosto de 1977, mediante la cual se sancionó disciplinariamente al Notario Quinto de Cali por ese comportamiento (parece que se refiere es a la número 2694 de 30 de junio de 1977, folio 120 del cuaderno número 2). Que la hoja de papel sellado en que se escribió el poder sólo fue dada al expendio en Cali el 22 de julio de 1974 y es auténtica; que uno de los paz y salvos acompañados a la Escritura número 779 es de 1º de julio de 1974, de lo cual se deduce que la fecha de la misma no es la del 28 de junio, como en ella se hizo constar, sino que debió haber sido expedida con posterioridad al día 22 de julio de ese año. Que el respaldo que pretende encontrar el abogado en las declaraciones de sus secretarias en cuanto a la fecha y recibo del poder resulta ineficaz, pues respecto de ellas ordenó el Tribunal una investigación por falso testimonio. Concluye: "Hay prueba clara, plena, suficiente, bastante para señalar a Rolando León Granados Muñoz como coautor de la falsedad de los certificados de paz y salvo que sólo interesaban a él, del poder, otorgado sólo a él y beneficiario sólo para él, de la Escritura 779, que acabó por beneficiarlo sólo a él, desde luego ilícitamente".

Dice que todos esos hechos se acreditaron con prueba testimonial, documental, de inspección judicial e indiciaria, siendo esta última "la única prueba a que se hace referencia en la sentencia acusada, pero mal valorada porque desconoce indicios necesarios".

En cuanto a las normas sustanciales que resultaron violadas con ese desconocimiento de los elementos de prueba existentes en el proceso, manifiesta:

"Por ausencia de estos medios probatorios y mala valoración de esta prueba indiciaria, la sentencia acusada violó la ley sustancial relativa al tipo legal de *falsedad en documentos públicos* imputada al particular (artículo 233 en concordancia con el 231 del Código Penal) y la *falsedad en documentos privados*, relativa a su autoría (artículo 240 concordante con el 231 del Código Penal). No me refiero a la estafa (artículo 408 del Código Penal), porque ésta se resume en el perjuicio del *falso documental*. Pero este conjunto de delitos deben imputarse como concurso material (artículo 33 del Código Penal). La violación de la ley sustancial se hizo indirectamente, tal como se dijo".

Pide que se case la sentencia y, en su lugar, por tratarse de la causal primera "se dicte la condenatoria a que haya lugar, según cargos de llamamiento a juicio, lo que, al menos, impediría su impunidad y se lograría un relativo resarcimiento de perjuicios de orden moral y material".

Causal cuarta. Nulidad de carácter legal por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, numeral 5º). Acusa la sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad en razón de la mencionada causal.

Formula el cargo, diciendo que el Tribunal, al proferir el auto de proceder incurrió "en un error en cuanto a la adecuación de los hechos comprobados en la forma expresada atrás, al tipo legal imputado con la denominación jurídica de *falsedad documental privada por uso del mismo*, tipificada en los artículos 241 y 242, ambos del Código Penal, según quien lo usa es quien lo falsea o no. Se desconoció la prueba o se omitió su valoración al llamarlo a juicio, omisión que incidió en error manifiesto de hecho, con infracción indirecta de la ley sustancial. Pero al propio tiempo y desde el auto de proceder de julio

4 de 1978, se imputó erradamente un delito, cuando quiera que el proceso de adecuación de estos hechos a sus respectivos tipos, daba lugar a una imputación más amplia, con denominaciones jurídicas distintas y en concurso" ... "por cuanto que muchos hechos comprobados en el proceso adecuaban a falsedades en documentos públicos, falsedades en documentos privados y en todas las conductas de Granados Muñoz como autor, con o sin participación ajena. Por manera que eran todos estos delitos los impetrados pero no se hizo, con lo que lo actuado a partir del auto de cierre de investigación es nulo".

Para fundamentar la censura vuelve a recordar que la promesa de contrato de compraventa que la suscribió Granados Muñoz a nombre de Martínez Restrepo el 22 de noviembre de 1973 lo hizo "sin poder de éste y sin ni siquiera su autorización o "recomendación", máxime que de los testimonios de su esposa y de la muchacha del servicio se colige que por esa época estaba él en Puerto Carreño. De allí se desprende una falsedad en documento privado imputable por autoría.

Agrega que el mandato para prometer en venta un bien inmueble no puede ser meramente verbal, sino que debe constar por escrito.

Reitera que los certificados de paz y salvo agregados a la escritura de venta de la casa de propiedad de Martínez Restrepo son falsos, pues habían sido expedidos a nombre de otras personas, que éstos fueron llevados a la Notaría Quinta de Cali por el sindicado. Que el poder con fundamento en el cual se firmó la mencionada escritura es también falso, ya que sus firmas no son auténticas y la hoja de papel sellado que lo contiene sólo salió al expendio público el 22 de julio de 1974, de donde se deduce que ni pudo haber sido autenticado el 14 de enero de ese año como lo aseguran el Notario y el abogado, ni la escritura de venta pudo haberse suscrito el 28 de junio de ese mismo año, pues, además, uno de los paz y salvos es de fecha posterior. Por consiguiente, esa escritura "contiene un texto de vender la casa de Martínez a Giraldo que es absolutamente inveraz. Falsa en su texto y en su forma, falsedades ideológica y material".

Como estos diversos comportamientos tipifican diferentes formas de falsedad y a Granados Muñoz solamente se le llamó a juicio por falsedad en documento privado, relacionada con el falso poder, se incurrió en nulidad por esa recortada calificación jurídica de los hechos.

Pide que se case la sentencia y se declare el estado en que queda el proceso como consecuencia de la declaratoria de la nulidad que impetra.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se case la sentencia, por estimar que fue dictada en juicio viciado de nulidad de carácter supralegal, por quebrantamiento del debido proceso.

Así lo hace al contestar la censura formulada por el actor dentro del ámbito de la causal cuarta, pues, por obvias razones, prescinde de referirse al cargo de violación indirecta de la ley sustancial, al encontrar que prospera aquél.

A esa conclusión llega en virtud de las siguientes consideraciones:

Acepta que las diversas especies de falsedad que examina el recurrente efectivamente se dan y están a plenitud establecidas en los autos, a saber: falsedad en documento privado en relación con la promesa de contrato de compraventa en la que actuó el abogado Granados Muñoz como representante de Martínez Restrepo sin serlo; falsedad en documento público vinculada a los paz y salvos de vendedor y comprador que Granados Muñoz aportó al otorgarse la escritura de venta de la casa de propiedad de Arturo Martínez Restrepo; falsedad de documento público referente a la autenticación del supuesto poder conferido por Martínez Restrepo a Granados Muñoz para la venta del inmueble, acto notarial aparentemente efectuado el día 14 de enero de 1974; falsedad en documento público de la Escritura de venta número 779 de 28 de junio de 1974, otorgada con fundamento en ese falso poder.

De allí que, después de aludir a los medios de prueba que analiza el censor, encuentra acertadas las conclusiones a que éste llega en cuanto a que "mal pudo efectuarse el acto público de autenticación de un poder de Martínez Restrepo, cuya firma se falsificó, ante el Notario Quinto de Cali, Numa Pompilio González el 14 de enero de 1974; mal pudo recibir en enero de 1974 ese poder por correo; mal pudo presentar los certificados de paz y salvo el 28 de junio de 1974 y mal pudo firmarse y protocolizarse la Escritura 779 el 28 de junio de 1974".

No obstante, advierte que la causal de nulidad que invoca, o sea la errada denominación jurídica de la infracción, no es procedente, "toda vez que la parte obligante del auto de proceder

lo es la parte resolutiva en la que se indica el género, mas no la especie del delito, y allí se indicó el título y el capítulo del Código Penal, con la denominación genérica de la falsedad en documentos, que comprendería todas las diversas especies de falsedad documental, como las que encuentra el demandante estructuradas en los autos, así en la misma parte resolutiva el Tribunal de Cali, en su afán por limitar la responsabilidad del abogado Granados Muñoz, como sí lo obtuvo en la parte motiva del auto de proceder, alude al genérico delito de *falsedad en documentos privados*".

Concluye que, al no haber acertado en la técnica selección del motivo de impugnación, no puede éste prosperar en la forma en que fue propuesto. Empero, como el planteamiento "si da asidero para la prosperidad de la nulidad supralegal por el manifiesto quebrantamiento del debido proceso tutelado por la Constitución Nacional en su artículo 26, estima que así debe declararlo la Sala, aunque no lo haya invocado el demandante en forma expresa, pues como lo dejó dicho la Corporación en fallo de 9 de septiembre de 1976, "el proceso, como primera y mínima condición, debe traducir un acatamiento a las normas básicas y esenciales que lo rigen", lo que permite a la Corte actuar en esos casos "por iniciativa propia sin esperar los interesados estímulos de las partes".

Agrega que, como uno de los principios básicos y esenciales del debido proceso es el de su unidad, previsto en los artículos 267 y 168 del Código Penal vigente, éste resultó quebrantado por el juzgado del conocimiento cuando dispuso y ordenó compulsar copias de lo pertinente, "con el fin de investigar por separado la falsedad material contenida en los paz y salvos" que se presentaron junto con el falso poder por el abogado Granados Muñoz para la firma y protocolización de la escritura de venta, y volvió a ser desconocido dicho principio rector del proceso cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al proferir auto de llamamiento a juicio, hizo "abstracción de hecho de los delitos de falsedad en documentos públicos y privados, en concurso con el de estafa, que se dan a plenitud en el proceso, y que están tan íntimamente unidos entre sí pero que son hechos delictuosos jurídicamente autónomos, mas conceptual y objetivamente ligados entre sí por una relación de causa a efecto".

De allí, que lo procedente era investigarlos y fallarlos en un mismo proceso, manteniendo hasta su terminación esa obligada unidad.

Recuerda que para el momento de la calificación estaban establecidos dentro del proceso los siguientes hechos:

1º El poder con que actuó el abogado Granados Muñoz en la escritura de venta en representación de Martínez Restrepo resultó falso en cuanto a las firmas del otorgante, como se acreditó con dictamen pericial no impugnado, y referente a ese mismo documento se comprobó que la hoja en que se elaboró es legítima, se despachó con destino a la Administración de Impuestos de Cali el 11 de julio de 1974 y solamente fue dada al expendio, junto con el lote a que pertenecía, el día 22 de julio de ese año. De aquí se deduce el delito de falsedad en documento privado (artículo 240 del Código Penal), atribuible al abogado Granados Muñoz, quien lo presentó para el acto de autenticación notarial.

2º La diligencia de autenticación de firmas contenidas en ese poder, realizada por el Notario Quinto de Cali, doctor Numa Pompilio González, es falsa en su contenido y en su fecha, ya que el presunto otorgante no estuvo presente, ni tenía registrada su firma en esa Notaría, como tampoco pudo haberse realizado en la fecha que se indica en el sello de autenticación (14 de enero de 1974), pues la hoja de papel sellado que contiene el poder solamente fue dada al expendio del público el día 22 de julio de 1974, "y lo entregó el abogado Rolando Granados Muñoz, quien es la única persona responsable, a su vez, de la falsedad del poder presentado para la autenticación".

3º La promesa de contrato celebrada el 22 de noviembre de 1973 entre Rolando Granados, en representación de Arturo Martínez Restrepo, como prometiente vendedor, y Eduardo Giraldo Jaramillo como prometiente comprador, es falsa, "pues que para esa fecha no después Granados Muñoz tuvo poder legalmente conferido para esa clase de contrato", se da, entonces, el delito de falsedad en documento privado (artículo 240 del Código Penal), cuyo responsable es el abogado Rolando Granados Muñoz.

4º Los certificados de paz y salvo presentados para el otorgamiento de la escritura de venta como expedidos a nombre de Arturo Martínez Restrepo y Eduardo Giraldo Jaramillo son falsos, pues en verdad lo fueron a nombre de Martínez de Restrepo Alba y Eustaquio Rivas Arbeláez.

Según el testimonio de Giraldo Jaramillo y el tío que le financió la compra de la casa, Granados Muñoz se encargó de gestionar la expedición de ese paz y salvo, para lo cual recibió la suma de $ 5.000.00 en efectivo; y el certificado falsifi-

cado para que sirviera a Martínez "no pudo ser aportado por persona distinta a Granados Muñoz, pues que hemos visto cómo él ha sido el aportante de todos estos documentos falsos". La falsedad que entrañaría ese hecho es la prevista en el artículo 233, en concordancia con el artículo 333 del Código Penal.

5º La Escritura de venta número 779 de 28 de junio de 1974 es falsa, pues falsos son el poder y los certificados de paz y salvo que sirvieron para su otorgamiento y falsa su fecha, pues para el 28 de junio de 1974 no estaba en expendio aún la hoja de papel sellado en que se confeccionó el poder con fundamento en el cual actuó el vendedor. La falsedad que de aquí se deriva es en documento público (artículos 231 y 232 del Código Penal) y sus autores son el Notario doctor González y el abogado Granados.

6º El doctor Granados recibió de Eduardo Giraldo Jaramillo la suma de $ 50.000.00 al firmarse el contrato de compraventa, y luego, al otorgarse la escritura de venta, el saldo del precio, descontado el valor de la hipoteca. Como de estas cantidades de dinero solamente entregó el ingeniero Martínez $ 12.000.00, ello indica que obtuvo un provecho ilícito con perjuicio del ingeniero, de donde incurrió en el delito de estafa (artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el 414 ibidem).

Para el Procurador, las exculpaciones del abogado y del notario están desvirtuadas por las demás pruebas que recoge el expediente "y que fueron desconocidas, no apreciadas o ligeramente apreciadas por los juzgadores, con fines no bien claros y en todo caso para favorecer al procesado Granados Muñoz y al Notario Quinto de Cali, doctor Numa Pompilio González, a partir del auto de cierre de la investigación de fecha 15 de septiembre de 1977, exclusive.

Concluye afirmando que al no haberse pronunciado los juzgadores de instancia sobre todos y cada uno de los elementos sometidos a su consideración, siendo que se trataba de delitos conexos se produjo la violación de la unidad del proceso y se incurrió en tacha de nulidad. Por ello pide la invalidación de la sentencia.

El planteamiento del defensor del sindicado Rolando Granados Muñoz, parte no recurrente:

En representación del procesado absuelto, su defensor, al serle dado el traslado que ordena la ley (artículo 578 del Código de Procedimiento Penal), presentó su alegato en el que solicita que no se case la sentencia recurrida, puesto que las causales en que se sustenta su impugnación "no aparecen demostradas".

En apoyo de su petición, aduce las siguientes argumentaciones:

a) Las motivaciones de la demanda "están inspiradas en hechos no probados en el proceso, son sólo un juego de palabras para crear, buscar una inexistente responsabilidad penal contra el doctor Rolando Granados Muñoz, a sabiendas de que éste no ha cometido delito de ninguna naturaleza";

b) Con la Corte recuerda que para que proceda la censura fundada en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, este debe aparecer en los autos "ostensible y notorio". No basta por tanto hacer enunciaciones, sino que se precisan comprobaciones.

El Tribunal Superior de Cali analizó en su fallo todos los elementos de juicio existentes y, al llegar a la conclusión de que el acervo probatorio no suministraba la certeza respecto de la responsabilidad del doctor Granados Muñoz, no tuvo otra alternativa que absolverlo, decisión de "indiscutible juridicidad";

c) El proceso permite afirmar que el ingeniero Martínez Restrepo autorizó al abogado Rolando Granados Muñoz para prometer en venta y luego vender su casa, sólo que después, halagado quizás por el aumento que produjo en el valor de la propiedad raíz la bonanza cafetera que se vivió por esa época, "resolvió ingeniar la forma de situarse como víctima de una acción dolosa, con el fin de viciar legalmente la transacción celebrada y volver a hacerse a la casa". Cuando más se está en presencia de una cuestión de naturaleza puramente civil.

Además, si se observan detalladamente los hechos, se concluye que Martínez no obtuvo perjuicio alguno con la negociación que a su nombre hizo el abogado Granados Muñoz. Se benefició con la cancelación de la hipoteca que grava el inmueble, recibió $ 12.000.00 como primer abono de la venta; a Bogotá le fueron girados $ 18.000.00; los otros $ 20.000.00 del contado inicial, fueron invertidos, con provecho suyo en pago de intereses de la hipoteca, arreglos de la casa, servicios, vigilancia e impuestos de tesorería. De los $ 55.000.00 restantes no pudo rendírsele cuentas porque no había regresado a la oficina del abogado;

d) La despreocupación del doctor Martínez Restrepo, no obstante saber que la casa estuvo

desocupada a partir del mes de septiembre de 1973 y que la hipoteca vencía el 15 de septiembre de 1974, evidencian que estaba enterado de las operaciones realizadas en relación con su casa y de que la hipoteca había sido cancelada con parte del precio de la venta;

e) La fotocopia de la cédula de ciudadanía del doctor Martínez, la cual vino agregada al poder, corrobora que efectivamente que ese sí le fue enviado al abogado, pues aquél admite que el doctor Granados no tenía sus documentos de identificación;

f) No está probado que las firmas que contiene el poder no sean las de Martínez Restrepo. El dictamen dice que fueron obtenidas por el sistema de "transparencia", "pero el perito no da ninguna razón de su concepto, es decir, no explica de qué manera y sobre qué medios idóneos llegó a esa conclusión". Es un dictamen "débil, frágil e infundado" que no ostenta los requisitos que precisa una prueba de esa naturaleza, eminentemente técnica. Transcribe jurisprudencia de la Corte relativa a las características y al valor de la prueba grafológica.

Las relaciones de negocio que desde 1972 sostenía Martínez y Granados, las continuas llamadas telefónicas, que aquél hacía a éste, y los mensajes que se cruzaban, permiten tener "como auténtica la firma que aparece en el memorial poder enviado al doctor Granados Muñoz";

g) Es discutible que la hoja de papel en que se confeccionó el poder no estuviese en circulación el 14 de enero de 1974, pues pudo ser que el ingeniero Martínez hubiera conseguido una hoja falsificada, como parece que lo hizo respecto del paz y salvo que acompañó para la celebración de la escritura de hipoteca, el cual resultó adulterado;

h) No existe una sola prueba para sostener que Granados Muñoz hubiese sido quien falsificó o usó a sabiendas los certificados de paz y salvo que se acompañaron a la escritura de venta. El ha reiterado versión de que Arturo Martínez le hizo llegar su paz y salvo;

i) Si existió prueba para llamar a juicio a su defendido por el delito de falsedad en documentos privados, lo que también cuestiona, no la hubo para proferir en su contra un fallo condenatorio. De allí la decisión absolutoria, pues "la presunción de inocencia de Granados Muñoz está secundada por pruebas notorias";

j) La cadena de indicios que pretendió derivar de los hechos el apoderado de la parte civil, cuando más alcanza a configurar un solo indicio, insuficiente para servir de sustento a un fallo adverso.

Por todo ello, no considera probada la causal primera de casación alegada por el recurrente, la que, anota de paso, aún en el hipotético caso de que prosperare no podría afectar a las otras dos personas que estuvieron vinculadas al proceso, el notario y el comprador, pues ellos fueron sobreseídos en forma definitiva, en providencia confirmada y ya ejecutoriada.

Causal cuarta. Respecto de ésta, argumenta de la siguiente manera para sostener también su improcedencia:

El apoyo que se da a la censura consiste en que Granados Muñoz solamente fue llamado a responder en juicio por el delito de falsedad en documentos privados, siendo que su conducta está vinculada a otros hechos punibles que fueron ignorados.

Responde que el doctor Granados no participó en la elaboración ilícita de documento público alguno, como, por ejemplo, los citados paz y salvos y en caso de que supuestamente se admitiera que hubo falsedad en la escritura de venta "esa falsedad sólo sería imputable al señor notario y no al doctor Granados, y como el doctor Numa Pompilio resultó sobreseído definitivamente, decisión confirmada por el honorable Tribunal de Cali, su situación es intocable conforme a las voces del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal".

Si solamente se enjuició a su defendido por el delito de falsedad en documento privado fue en "consideración a la imposibilidad probatoria para imputar una acción punible distinta". Entonces, en esas condiciones, "no puede decirse que hubo error en la calificación jurídica del proceso".

En cuanto a la falsedad en los certificados de paz y salvo, se ordenó expedir copia para investigar ese hecho por separado, "medida justa, porque no se ha probado qué persona agotó la anormalidad jurídica en tales documentos".

Respecto de la nulidad de carácter constitucional propuesta por el Procurador dice que es inexistente "por cuanto si se dispuso investigar por separado la falsedad cometida en los paz y salvos presentados por Granados Muñoz, ello fue consecuencia de que la investigación no aportó prueba alguna, ni directa, de que la responsabilidad criminal de tal falsedad en esos docu-

mentos, estuviera radicada en su cabeza o en la de los otros indagados".

Por eso se tomó la medida indicada que fue la de ordenar por separado su investigación.

Sólo en el caso de que se comprobase fehacientemente, lo que no se ha hecho, "que se violaron los derechos esenciales del procesado o que se socabó las bases de la organización judicial", podría hablarse de una nulidad de carácter constitucional.

Concluye solicitando que se desestime la demanda y se mantenga la validez de la sentencia acusada.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Cargo único. Como lo exige la técnica que rige el recurso y en razón de las consecuencias que se seguirían de prosperar una censura por nulidad, se empezará el estudio de los cargos por el formulado al amparo de la causal cuarta.

Tiene razón la Procuraduría cuando manifiesta que la causal de nulidad fue mal planteada, pues el error por indebida denominación jurídica de la infracción, se presenta cuando al hecho por el cual se llama a responder al procesado se le asigna un *nomen juris* que no le corresponde, como cuando se denomina peculado lo que es abuso de confianza o cuando se califica como genérico abuso de autoridad, lo que es una detención arbitraria.

En el caso que se estudia, los hechos por los cuales el juzgador de instancia estimó que debía responder el procesado doctor Rolando Granados Muñoz, configuran un delito de falsedad en documento privado por confección y su uso, y por ello en la parte resolutiva se le llamó "por el genérico delito de falsedad en documentos privados", con anotación solamente del título y capítulo dentro de los cuales lo ubica el Código Penal.

Ahora bien, tampoco implica error en la denominación jurídica de la infracción, el dejar de considerar uno de los posibles extremos de la conducta delictual. Así lo expresó esta Sala en reciente fallo, al tratar, por este aspecto, un caso similar. Se dijo en esa ocasión:

"Sin embargo, si bien el libelo reclama la existencia del concurso, no demuestra que la acusada hubiera sido, en alguna manera, copartícipe en la elaboración de los falsos. Empero, en el supuesto de haberlo sido, no por eso podría afirmarse que porque el calificador sumarial dejara de considerar un extremo de la conducta delictuosa, es decir, se refiere tan sólo al punible de falsedad y no al de estafa, estaría dando lugar al vicio de nulidad por errónea expresión del nomen juris *del delito, porque ni en el Código Penal de entonces, ni en el que rige existe infracción que, como consecuencia de concurso de hechos punibles tenga una denominación determinada que deba expresarse así en el auto de proceder" (sentencia de 28 de agosto de 1981).*

En cuanto a la nulidad planteada por la Procuraduría con apoyo en el artículo 26 de la Constitución por estimar que, cuando se quebranta la unidad del proceso se incurre en causal de nulidad por el desconocimiento de las formas propias del juicio, la Sala no comparte su criterio, pues aunque el desideratum sería el de investigar y fallar conjuntamente todos aquellos hechos delictivos que guardan relación entre sí, hay ocasiones en que no es posible responder a ese anhelo y es la propia ley la que consagra excepciones respecto de ese tratamiento unitario de juzgamiento de conducta.

En providencia de 8 de mayo de este año analizó la Sala este tema a propósito de un caso en que se proponía igual motivo de nulidad por haberse investigado separadamente un robo y un homicidio, indudablemente conexos, pues éste se cometió cuando los autores del primero trataban de eludir la persecución que de ellos hacían los agentes de policía, uno de los cuales fue ultimado en este procedimiento.

Se dijo en esa providencia:

"Son de indiscutible importancia las disposiciones de los artículos 168 del Código de Procedimiento Penal y 314 del de Justicia Penal Militar, relativos a la investigación y fallo de delitos conexos en un mismo proceso, tanto porque con su aplicación se busca una apreciable economía procesal al evitarse la repetición de pruebas, la duplicación de actuaciones judiciales idénticas o semejantes y aún el proferimiento de fallos contradictorios, cuanto porque la sociedad como los procesados obtienen una pronta y simultánea decisión sobre todos los hechos materia de la investigación o del juicio y los acusados, además, la ventaja de una acumulación jurídica y no simplemente material de las sanciones de llegar a ser condenados.

"Están ampliamente justificados, en consecuencia, la disposición del legislador y el anhelo judicial de investigar y decidir en una misma actuación, mediante unas mismas pruebas y unas

mismas providencias, la totalidad de los asuntos sometidos a su investigación y fallo.

"Esa finalidad, sin embargo, sólo puede realizarse en la práctica cuando se dan los presupuestos probatorios y procesales indispensables para que los dos o más hechos conexos entre sí puedan ser investigados simultáneamente y juzgados y fallados en la misma oportunidad procesal; cuando, aun existiendo la conexidad, la situación probatoria no es igualmente clara respecto de todos los hechos ni, por consiguiente, resulta procesalmente posible su calificación o fallo conjunto, el principio de la economía procesal, que inspira la acumulación, ha de ceder su lugar a otros fines y principios procesales de análogo valor, algunos de los cuales se refieren a la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados, a la conveniencia de que los procesados puedan defenderse prontamente de los cargos que existan en su contra tan pronto aparezca la prueba necesaria para formularlos y a la necesidad de que el adelantamiento del proceso, cuando es posible, no quede indefinidamente postergado o a la espera de la prueba necesaria sobre los otros u otros hechos, o de la requerida para la formulación de la acusación o del fallo, por todos ellos.

"No debe perderse de vista, además, que el principio rector en esta materia es el contemplado en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, 'para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso', de modo que la unificación respecto de dos o más delitos conexos es apenas una de sus excepciones legales, que admite varias otras, como la del inciso 2º del artículo 167, la del inciso 2º del artículo 39, la del inciso 2º del artículo 482 y la del artículo 649 del Código.

"La más sobresaliente excepción es, por supuesto, la que puede presentarse al momento de la calificación del mérito sumario, ocasión en la cual dos o más hechos conexos pueden dar lugar a dos o más decisiones diferentes, según las pruebas recogidas en la instrucción, unas al llamamiento a juicio y las otras a un sobreseimiento temporal y a un definitivo, sin que por ello se quebrante el debido proceso.

"A causa de que el procedimiento penal colombiano admite excepciones, la Corte ha considerado tradicionalmente que el quebrantamiento de la unidad de aquél no implica en modo alguno nulidad de orden legal ni, tampoco, desde luego, de orden constitucional o supralegal:

"... no hay nulidad (...) cuando se trata de dos delitos conexos de los cuales se sindica a una misma persona, y se dicte primero fallo por uno de dichos delitos y luego por el otro, cuando esto se debe a que, al calificar el sumario, se llamó a responder en juicio al procesado por una de las infracciones y se le sobreseyó (...) por la otra ..." (sentencia de 15 de marzo de 1955, LXXIX, 887).

"... ... ...

"Las circunstancias en que los hechos sintetizados fueron realizados permiten concluir en que los ejecutados respecto del memorial poder al estampar o calcar falsamente la firma del doctor Arturo Martínez Restrepo, haciendo aparecer que éste había conferido las facultades contenidas en dichos documentos, podrían engranar en el numeral 1º del artículo 231 del Código Penal, cuya sanción señala el artículo 240 ibídem por tratarse de un documento privado. En cuanto esos mismos hechos se refieren a la nota de autenticación de la firma puesta en el documento citado, encajarían en el numeral 2º de la misma disposición, pues se hizo aparecer igualmente que el doctor Martínez Restrepo intervino con su presencia en el acto de autenticación, sin que hubiera concurrido realmente porque estaba ausente. Y en relación con la escritura pública se tiene que se habría faltado a la verdad en la narración de los hechos, lo cual constituiría violación del numeral 4º del precepto en cita. El numeral 1º del artículo 231 del Código Penal en relación con el artículo 240 ibídem, lo habría infringido el doctor Rolando Granados Muñoz, como autor o partícipe. Y la imputabilidad respecto de los números 2 y 4 de la mencionada norma podría gravitar en cabeza del doctor Numa Pompilio González, Notario Quinto de Cali" (folio 238 vuelto, cuaderno principal número 2).

En relación con el delito de falsedad en los certificados de paz y salvo, confirmó la decisión del juzgado de conocimiento en cuanto a la expedición de copias para su investigación por separado.

Entonces, sí se ocupó de la calificación de todos los hechos, dándoles tratamiento diferente de acuerdo con lo que estimó probado en el sumario. Pero si aún se pudiera pensar que respecto del procesado Granados hubo conductas que no fueron vinculadas a ese enjuiciamiento y, por lo mismo, al fallo que posteriormente se dictó con base en él, ellas podrían ser investigadas mientras no haya transcurrido el término de prescripción de las correspondientes acciones penales.

El cargo no prospera.

Causal primera. Cargo única. El Procurador se abstuvo de responderlo por la obvia razón de que fue partidario de la invalidación de la sentencia por motivos de nulidad.

Se debe precisar desde ahora que el análisis de esta censura se concretará al delito por el cual fue llamado a responder en juicio el abogado Rolando Granados Muñoz, que fue el de falsedad en documento privado, referido al poder que dijo haber recibido en su oficina, en el cual se le facultaba para enajenar, en nombre y representación de Arturo Martínez Restrepo, la casa de propiedad de éste que ya se hallaba prometida en venta.

De los demás aspectos de la inicial sindicación no se ocupará este estudio, pues como se dejó dicho al contestar el cargo por nulidad en relación con algunos de ellos se ordenó expedir copias para investigarlos por separado y respecto de otros fueron puestos en cabeza de sindicado diferente a quien se sobreseyó por ellos.

El análisis integrado y cuidadoso de la parte motiva del auto de enjuiciamiento no deja la menor duda de que a Granados Muñoz se le llamó a responder tanto por la falsificación del poder, a título de autor o partícipe, como por su uso, desde luego a sabiendas de su falsedad, y no solamente por esta última modalidad como lo entiende el recurrente y como, inexplicable y equivocadamente lo precisó el Tribunal al otorgar con posterioridad a la providencia enjuiciatoria el beneficio de libertad bajo caución al procesado (folios 232 y 233 del cuaderno principal número 2).

Los siguientes párrafos del auto, sacan avante la afirmación que viene de hacerse:

"No está demostrado quién falsificó por transparencia la firma del doctor Martínez Restrepo puesta en el memorial poder de que se valió el doctor Granados Muñoz para suscribir en nombre de aquel la escritura pública. Pero el proceso, como antes se dijo, arroja una secuencia de hechos y circunstancias que por su relación y correspondencia con lo que es objeto de la investigación permiten atribuirle la autoría a éste, así sea indiciariamente: a) Fue él quien recibió el mandato verbal del doctor Martínez Restrepo, no sólo de hipotecar la casa sino de que la diera en arrendamiento y de que posteriormente la vendiera; b) fue él quien por la fecha de la apertura de investigación se ausentó del país y sólo compareció a rendir declaración indagatoria con posterioridad a la fecha del primer sobreseimiento temporal, lo cual es significativo y conlleva a la Sala a dudar de que se trate de simples coincidencias, tanto más si se relleva el estado de nerviosismo de que él hizo mención en su declaración indagatoria, crisis que no se habría presentado si hubiera sido fiel al ejercicio del mandato; c) fue él, quien celebró la promesa de venta con el señor Rafael Hum-

berto Eduardo Jaramillo y quien, según éste, gestionó directa e indirectamente la obtención del paz y salvo nacional; y d) fue él el portador de todos los documentos necesarios para la celebración de la escritura pública y quien hizo presentación de ellos en la Notaría Quinta de Cali, descartándose por razones obvias, el interés de personas extrañas, lo cual, acreditado como está, que el doctor Martínez Restrepo no suscribió con su puño y letra el memorial poder, implica la conclusión de que la responsabilidad, como autor o partícipe de la infracción, se ubicará en cabeza del doctor Granados Muñoz ...''. ''... Empero, puede afirmarse, con todas las posibilidades de acierto, que hubo una voluntad dirigente de los actos considerados criminosos, distinta de la del doctor Martínez Restrepo, pero inspirada por uno no por todos de los demás personajes que conformaron la relación contractual. Descartada, como es apenas lógico, la participación de los doctores Martínez Restrepo y Numa Pompilio González, esa voluntad es preciso ubicarla en cabeza del doctor Granados Muñoz. Por deducciones lógicas, respaldadas por la realidad procesal, se llega a esa conclusión. Porque ¿qué otra persona extraña al contrato pudo haber obtenido interés en falsear la verdad? No se puede descartar la posibilidad de que otro u otros hubieran cooperado, pero siempre partiendo de la base de que hubo un guía o una persona determinante. Y esa persona, necesariamente, fue el doctor Granados Muñoz'' (folios 239 vuelto, 240 y vuelto, y 241).

El argumento con el que se descarta la procedencia del delito de estafa, evidencia aún más que al doctor Granados se le enjuició por falsedad del documento privado y su uso. Así se expresó el Tribunal:

''El delito de estafa, cuya posible configuración está en mente del señor apoderado de la parte civil, no se tipifica ya que al decir de la Corte 'Si el autor de la falsedad en documento privado, lo usa con perjuicio de tercero en el orden económico, no concurre el delito de falsedad con el de estafa pues aquél subsume al último, por reunir el artículo 242 en un solo delito las dos infracciones punibles'. Y en este caso se falsificó y se hizo uso de un documento privado'' (folio 241 vuelto, ibídem).

Luego, en la genérica denominación del delito de falsedad en documentos privados, de que se habló en la parte resolutiva del auto de proceder, cabían, tanto la simple falsificación del documento, como el mero uso del mismo con conocimiento de su falsedad, y también la falsedad y el uso por el mismo que lo adulteró. Estas referencias están hechas en relación con la legislación que regía al momento de ocurrir los hechos y de ser enjuiciado el doctor Granados en razón de ellos.

Ahora bien, el proceso ofrece prueba suficiente para establecer que el ingeniero Arturo Martínez Restrepo sí autorizó, así fuera de manera verbal, al abogado Rolando Granados Muñoz para la operación de venta de su casa.

En la denuncia y en los careos lo acepta. En aquélla dice, por ejemplo, ''en principio admití el negocio'' ... ''lo autoricé a planear el negocio, remitir el dinero, ante lo cual enviaría el poder correspondiente'' (folio 3, cuaderno principal número 1). Recibió $ 12.000.00 y suscribió un recibo en el que consta que constituyen abono a la promesa de venta (folio 397 ibídem). Estuvo pendiente en Bogotá de recibir el saldo de ese primer contado del precio del inmueble prometido en venta, saldo que para él era de $ 38.000.00 y para el abogado de $ 18.000.00. Hizo averiguaciones en el Banco de Caldas, de Bogotá acerca de si se había recibido el giro de ese dinero (folios 13, 14 y 15, ibídem). No obstante que el inmueble estuvo desocupado a partir de septiembre de 1973, a solicitud suya para poderlo vender, y de que la hipoteca se vencía en septiembre de 1974, se despreocupó del pago de intereses, renovación de la misma y demás gastos inherentes al sostenimiento de una casa en esas condiciones. Todo ello, porque estaba enterado de que el inmueble había sido objeto de una negociación y de que el promitente comprador se había hecho cargo de la hipoteca como parte del precio. Martínez Restrepo llega hasta afirmar que le revocó al doctor Granados ese mandato que verbalmente le había conferido (folio 13 del cuaderno principal número 2).

En virtud de circunstancias que nunca explicó, optó por deshacer ese negocio, alegando que no lo había autorizado; que apenas estaba por hacerse. Quizás procedió así porque ya había recibido $ 12.000.00 en momento en que, como él mismo lo manifiesta, estaba urgido de dinero; porque, como segundo contado esperaba recibir $ 38.000.00 y solamente le fueron girados $ 18.000.00 y no oportuna ni espontáneamente, sino después de reiterada insistencia y en momentos en que se disponía a viajar con su familia para Puerto Carreño.

También puede ser explicado su comportamiento por la duda que le asaltó en cuanto a si

el precio de la venta fue únicamente el de $ 285.000.00 o superior. El comprador afirma que estuvo en la casa inquiriéndole si él había pagado más dinero por ello (folio 296 vuelto del cuaderno principal número 1 y 54 vuelto del cuaderno principal número 2).

Igualmente pudo haber sido motivo de esa conducta el que se ilusionara con su vivienda al verla nuevamente, ya reparada, y una vez pasadas las angustias económicas que lo llevaron a salir de ella. Consideró seguramente que la cláusula penal de los $ 20.000.00 poco o nada significaban frente al mayor valor adquirido por el inmueble.

Corrido del negocio, ubicó al abogado en una difícil situación respecto del promitente comprador y, por qué no decirlo, también en relación con el prestigio de su oficina de administración de propiedad raíz. Le envió comunicaciones a Bogotá en las que le solicitaba que remitiera el poder (folios 16 y 468 del cuaderno principal número 1). Entre tanto el promitente comprador y su tío empezaron a urgirlo para la firma de la escritura de venta, llegando a amenazarlo con denunciarlo por el delito de estafa si no lo hacía prontamente (folios 296 vuelto y 327 ibídem).

A raíz de esa situación, empezó el doctor Granados a comunicar ostensiblemente su angustia porque el poder no llegaba; así lo informan el Notario Quinto y las secretarias de la oficina del abogado. Creó, puede decirse, un terreno favorable para que la llegada del poder, viniere de donde viniere y en la forma que fuere, no despertara sospechas y, por el contrario, suscitara alivio y satisfacción, como efectivamente fue (folios 251 a 253 vuelto, 33 vuelto y 346 y vuelto, cuaderno principal número 1).

Y el poder llegó efectivamente, pero no por correo sino traído por una persona a quien la secretaria que lo recibió no pudo identificar después ni por su sexo (folio 333, cuaderno principal número 1). Y resultó que sus firmas no eran auténticas y que habían sido obtenidas por el sistema de "transparencia", el cual hace muy difícil, por no decir imposible, identificar por medios directos al falsificador (folio 310 ibídem).

Fue el abogado quien inmediatamente lo llevó a la Notaría y obtuvo que, por un medio irregular, lo autenticara el Notario Quinto. La Superintendencia de Notariado y Registro se refiere, en oficio 2373 del 2 de marzo de 1976, al procedimiento adecuado (folio 314, cuaderno principal número 1).

Cabe preguntar ¿quién era el directamente interesado en que ese poder se otorgara? No el dueño de la casa, a quien, ya corrido del negocio, le bastaba con enviar el documento para que el negocio no se concretara.

Si éste hubiere tenido intención de llevar la negociación hasta su término, habría remitido el poder, y lo habría enviado con su firma legítima y autenticado.

La prueba que existe en el expediente, así sea indiciaria, y así se le concrete solamente a los elementos de juicio que se relacionan con la conducta que se analiza, pues las otras no son objeto de valoración en este momento por las razones que ya se dejaron expresadas, permite indicar al doctor Rolando León Granados Muñoz como coautor al menos del delito de falsedad en documento privado y autor de su uso a sabiendas de que era adulterado.

El Tribunal desestimó esos elementos de convicción y distorsionó su sentido al interpretarlos de tal forma que equivalió a desconocerlos. De no haber procedido así, habría llegado indudablemente a una conclusión diversa de la que contiene la sentencia acusada.

Por ello, prosperará este cargo que se le formuló, ya que ese error ostensible de hecho condujo a una violación de la ley sustancial por inaplicación de la misma.

Pero hay que reconocer que el doctor Rolando León Granados Muñoz, al actuar así, lo hizo para proporcionarse un medio de prueba de hechos verdaderos, pues tiene que aceptarse como se desprende del análisis que se ha hecho, que fue cierto que Arturo Martínez Restrepo lo autorizó para prometer en venta su casa, y se enteró de que la promesa fue suscrita y de que se adquirió la obligación de elevarla a escritura pública, y de que él debía concurrir a hacerlo u otorgarle poder al abogado.

Este tipo penal de falsedad, que recoge su conducta, estaba contemplado en el artículo 243 del Código Penal anterior con una sanción más benigna que la que establece para el mismo el nuevo ordenamiento penal en su artículo 228, bajo el epígrafe de "falsedad para obtener prueba de hecho verdadero". La primera norma traía una pena de 15 días a 6 meses de arresto y la segunda una sanción de tres meses a dos años de arresto. Por ello, se tendrá en cuenta la norma anterior, en virtud del principio de favorabili-

dad. Y no hay óbice legal para aplicarla, puesto que ella está referida a todas las formas de falsedad, y el procesado fue llamado a responder en juicio "por el genérico delito de falsedad en documentos privados" (folio 242 del cuaderno principal número 2).

El doctor Rolando León Granados Muñoz, es oriundo de Manizales, vecino de Cali, de 33 años de edad al momento de rendir declaración de indagatoria, casado, hijo de Horacio Granados y Fanny de Granados, identificado con la cédula de ciudadanía número 6095378 expedida en Cali, abogado de profesión con tarjeta número 10380 expedida por el Ministerio de Justicia.

Como concurre la circunstancia de agravación punitiva, contemplada por los numerales 15 del artículo 37 del anterior Código y 11 del artículo 66 del Código vigente, se partirá de la pena básica de un mes, la cual se aumentará en otro tanto por razón de la anotada circunstancia.

Como consecuencia de la motivación de la presente sentencia, debe ser levantado el embargo que grava el inmueble (folios 245 y 330 del cuaderno principal número 1 y 242 vuelto del cuaderno principal número 2), pues se trata, como se dejó dicho, de una negociación para la cual sí existió autorización, así hubiese sido simplemente verbal.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º CASAR la sentencia recurrida, de fecha y procedencia anotadas, y, en su lugar, CONDENAR al doctor Rolando León Granados Muñoz, de las condiciones civiles y personales consignadas en precedencia a la pena principal de dos (2) meses de arresto, como responsable del delito de falsedad en documento privado, consistente en haber falsificado el poder a que se refiere la parte motiva de esta providencia y haberlo usado a sabiendas de su falsedad para procurarse una prueba de hechos verdaderos.

2º IGUALMENTE se le condena al pago, en forma genérica, de los perjuicios ocasionados con el delito.

3º SE SUSPENDE la ejecución de la condena por un período de dos (2) años, si otorga caución por valor de cinco mil pesos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le serán impuestas de acuerdo con lo que dispone el artículo 69 del Código Penal. El Juez Primero Superior de Cali asentará la correspondiente diligencia y aceptará la caución.

4º ENVIAR copias al Ministerio de Justicia para los fines de los artículos 43 del Código Penal y 668 del Código de Procedimiento Penal.

5º ORDENAR el levantamiento del embargo que grava el inmueble. El juzgado del conocimiento oficiará, a ese respecto, a la oficina correspondiente.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Víctor León Mendoza, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Carlos Upegui Zapata (Conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

El delito de prevaricato se consuma al proferir dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, y no cuando la determinación quede ejecutoriada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., noviembre 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Para que se surta la apelación interpuesta por el defensor contra el auto de proceder, se ha enviado a la Corte el proceso adelantado contra el doctor Augusto Hernández Rojas, llamado a juicio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, bajo el cargo de ser autor de un delito de prevaricato, cometido en ejercicio de las funciones de Juez Civil del Circuito de Soatá, cargo que desempeñaba para la fecha de los hechos que se le atribuyen.

Durante la tramitación del recurso en la Corte, el propio doctor Hernández Rojas envió escrito solicitando a la Corporación que ordenara la cesación de la acción, conforme al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, "en el evento de que la acción penal se encuentra prescrita, al tenor de lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal anterior".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha estimado inaplicable el artículo 163 del Procedimiento Penal invocado por el procesado, por estimar que la acción penal no se halla aún prescrita y, además, pedido a la Sala que confirme totalmente el auto de proceder materia del recurso.

Resultando

1. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente resumidos por el Tribunal, en los siguientes términos:

"... el honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del Acuerdo número 035 del 1 de agosto de 1975, nombró al doctor Augusto Hernández Rojas, como Juez del Circuito Civil de Soatá, el cual le fue confirmado por el Acuerdo número 038 del 21 del mes y año precitados, y tomó posesión del cargo, el primero de septiembre del mismo año. En desarrollo de sus funciones, tramitó, con la observancia de las ritualidades señaladas en la ley procedimental civil, y falló el proceso ordinario incoado por el doctor Laureano Arenas Ayala, como mandatario judicial de Pedro Elías Figueroa Angarita, contra Luis Antonio Angarita Gómez, para que se le condenara a pagar a su poderdante la cantidad de veinticinco mil pesos valor de los perjuicios ocasionados con la arrancada del tabaco plantado en el lote de terreno que hace parte del potrero común "Revolcadero y Loma de Majadas", inmueble ubicado dentro de la jurisdicción de Boavita. Agotado el plenario y oídos los alegatos del actor, doctor Arenas Ayala, y del patrono judicial de Angarita Gómez, doctor Justiniano Mesa Mejía, se profirió la sentencia respectiva, el 28 de septiembre de 1976, mediante la cual el doctor Hernández Rojas, sin ceñirse a lo probado, condenó al demandado a pagarle al actor lo impetrado por el doctor Arenas, esto es, veinticinco mil pesos, valor de los perjuicios y las costas del juicio. Luis Antonio Angarita, estimó que la decisión del doctor Hernández Rojas era violatoria de la ley penal y por eso lo querelló ante el honorable Tribunal, entidad que dispuso la investigación que dio lugar a la formación de este proceso ...";

(Folio 206, cuaderno principal).

II. El recurrente no sustentó la apelación, en tanto que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para solicitar a la Corte que no acceda a la cesación de la acción pedida por el procesado y que, en su lugar, confirme el auto de proceder, ha aducido las siguientes consideraciones:

"... Por lo que hace relación con la solicitud que el procesado, doctor Augusto Hernández Rojas hace acerca de que se dé aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por considerar que la acción penal se halla prescrita dentro de este negocio, esta Delegada tiene que exponer que ello no es viable jurídicamente para la presente fecha, por cuanto que la en que quedó en firme el fallo proferido por él como Juez Civil del Circuito de Soatá dentro del proceso ordinario de mayor cuantía de Pedro Elías Figueredo Escamilla contra Luis Antonio Angarita Gómez, fue la del 10 de noviembre de 1976, día en que quedó ejecutoriado el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de septiembre 28 de 1976 y en que, indirectamente, quedó en firme ese fallo ...".

(Folio 18, cuaderno de la Corte).

"... ... ...".

"... (El Tribunal consideró que el juez había cometido prevaricato), toda vez que sentenció a que se pagara más de lo demostrado dentro del proceso, yendo así contra lo normado en el inciso 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que se ocupa de la congruencia que deben tener las sentencias que pronuncie la justicia de tal ramo con respecto a la demanda, a las excepciones que se hayan propuesto, y a lo probado dentro del propio proceso ...".

"... Para llegar a tomar tal determinación judicial, el Tribunal tuvo en cuenta todas las probanzas que conforman este proceso penal, que indican bien claramente que el ex juez doctor Augusto Hernández Rojas al proferir la sentencia de que se ha hablado, violó la norma contenida en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, modificatorio del artículo 168 del Código Penal de 1936 —vigente para cuando el hecho criminoso tuvo lugar—, toda vez que, a sabiendas, profirió sentencia contraria a la ley ...".

"... Debe tenerse en cuenta que el juez Hernández Rojas no había perdido competencia para conocer del proceso civil a causa de la cuantía demostrada dentro del adelantamiento del negocio a su conocimiento y que indicaba el monto real de los daños, cuyo reconocimiento y pago se demandaba, pues el caso no es de los que contempla el artículo 21 del Código Procesal Civil para alterar la competencia ...".

"... Está, pues, jurídicamente bien pronunciado el auto por medio del cual calificó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo por medio de su Sala de Decisión el mérito de este sumario, por lo que esta Delegada en lo Penal solicita en forma comedida que el auto de proceder por tal entidad proferido el 22 de noviembre de 1980 sea totalmente confirmado ...".

(Folios 16 a 18).

Considerando

Como la prescripción de la acción penal impide su ejercicio a los funcionarios judiciales, salvo para declararla, resulta forzoso analizar, en primer término, si aquel fenómeno jurídico ha tenido ocurrencia en este asunto, pues sólo en el evento contrario podrían analizarse las pruebas del proceso y calificarse la conducta del procesado en relación con los hechos que se le atribuyen.

Como consta en el proceso, y lo admite la Procuraduría Delegada, la sentencia que se dice fruto de prevaricación y por causa de cuyo proferimiento se acusa al juez Hernández Rojas de haber cometido el delito, fue dictada por éste el día 28 de septiembre de 1976.

El delito de prevaricato, conforme a la legislación entonces vigente, estaba definido y sancionado en el artículo 168 del Código Penal en los siguientes términos:

"... Artículo 168. Modificado. Decreto 2525 de 1963, artículo 2º. El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas, profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años...".

"... Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de cuatro a ocho años de presidio ...".

"... ... ...".

El artículo 105 del mismo Código, bajo cuyo imperio comenzó a correr la prescripción de la acción, establecía que ésta prescribía, para las infracciones que tenían señalada una pena privativa de la libertad de cinco (5) o menos años, en cinco (5) años.

Los hechos atribuidos al juez Hernández Rojas fueron cometidos por éste al momento de pro-

ferir sentencia contraria a la ley, esto es, como se deja visto, el día 28 de septiembre de 1976 y, por tanto, hace más de cinco (5) años.

La acción penal, en consecuencia, está prescrita.

Para decir que no lo está, *sostiene la Procuraduría Delegada que el delito no se cometió el día en que el juez profirió la providencia que se dice contraria a la ley, sino el "19 de noviembre de 1976, día en que quedó ejecutoriado el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia (...) y en que, indirectamente, quedó en firme ese fallo".*

No dice el señor Procurador, sin embargo, en cuál o cuáles disposiciones legales apoya la consideración de que el delito de prevaricato no se comete al proferir *dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, sino cuando, más tarde, la determinación queda ejecutoriada, afirmación que, a juicio de la Corte, no tiene fundamento legal y que, de admitirse, llevaría a la conclusión de que aún siendo las decisiones fruto de prevaricación, no se daría el delito cuando éstas jamás alcanzan la ejecutoria, como cuando se revocan por el superior, o cuando se dejan sin notificar, conclusión, como se ve, desde todo punto de vista inadmisible.*

Por lo demás, la norma que define el delito determina el momento de su comisión, como se ha visto, al proferirse *la determinación y no ningún otro momento posterior, cualquiera que sea la suerte de la delictuosamente adoptada.*

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

Resuelve:

DECLARAR PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL en este asunto y, en consecuencia, ordenar cesar el procedimiento adelantado contra el doctor Augusto Hernández Rojas, por prevaricato, que se dice cometido por éste en ejercicio del cargo de Juez Civil del Circuito de Soatá y por ello, ABSTENERSE, como se abstiene, de revisar el auto de proceder recurrido.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA CONTRAEVIDENCIA EN SEDE DE CASACION

Cuando el proceso se ha tramitado con la intervención del jurado, no puede cuestionarse su veredicto en sede de casación sobre la base de una incorrecta valoración de la prueba

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 26572.

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., noviembre 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Riohacha, en sentencia de septiembre cinco (5) de 1980 confirmó la de dieciocho (18) de junio del mismo año, proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad y en la que se condenaba a Aníbal Fidel Crespo Polo a la pena de doce (12) años de presidio por el delito de homicidio cometido en la persona de Mendoza Perce Archibold Joseph hecho ocurrido en 25 de abril de 1978 en dicho lugar.

El Tribunal modificó la providencia recurrida fijando en ocho (8) años de presidio la pena principal impuesta por el *a quo*.

Contra esta providencia interpuso en tiempo oportuno recurso de casación el defensor del procesado.

El Tribunal lo concedió y la Sala lo declaró admisible, por lo cual se ordenó tramitarlo, cosa que se hizo en forma regular, habiéndose llegado el momento de decidir el recurso.

Hechos y actuación procesal

En la fecha que se deja mencionada, o sea el 25 de abril de 1978 y a eso de las ocho y media de la mañana entraron a las oficinas de "Empogira" en Riohacha, el abogado Ramón Ovalle y Aníbal Crespo, el último de los cuales se puso a hablar con uno de los empleados de dicha dependencia Mendoza Archibold Joseph, quien se refirió en términos injuriosos al acompañante de Crespo Polo o sea a Gómez Ovalle, a quien Crespo le contó lo que había dicho el otro, motivo por el cual Gómez vino adonde Archibold a hacerle el reclamo, lo que llevó a cabo en términos mesurados pareciendo que allí terminaba el incidente, salvo que Crespo y Archibold se trenzaron en una agria disputa durante la cual el primero disparó por dos veces sobre el segundo haciendo blanco en el torax y en la rodilla izquierda de éste y causándole heridas por las cuales fue necesario conducirlo al hospital de Riohacha en donde lo sometieron a intervención quirúrgica, enviándolo luego a Barranquilla, ciudad en que nuevamente fue operado pese a lo cual falleció, a consecuencia de un paro cardiaco, el siete (7) de mayo de 1978.

Concluida la investigación y cerrada mediante auto de veintiséis (26) de enero de 1979, fue calificada en providencia de cinco (5) de marzo del mismo año por medio de la cual el Juzgado Unico Superior de Riohacha llamó a juicio a Aníbal Crespo Polo por el delito de homicidio en Mendoza Archibold Joseph.

En la parte motiva de dicha providencia se dijo que se trataba de un homicidio de los descritos por el artículo 362 del anterior ordenamiento penal.

Apelada que fue esta decisión, el Tribunal la confirmó por la suya de trece (13) de agosto de 1979 sin hacerle ninguna modificación, es decir, quedó en firme el llamamiento a juicio en la forma como se deja expresado en el aparte anterior.

Tramitada la causa sin que se alterara la situación probatoria ya que no se allegaron a los au-

tos nuevos elementos de convicción, se hizo el correspondiente sorteo de jurados y luego se citó para audiencia pública que se llevó a cabo el 21 de mayo de 1980.

En ella el defensor del procesado y actual recurrente en casación planteó ante los jueces de conciencia la cuestión de la causa sobreviniente de la muerte haciéndola consistir en el paro cardíaco cuando ya el ofendido, según dice, estaba fuera de todo peligro.

Criticó, además, los certificados médicos tildándolos de contradictorios e insuficientes y planteó, por último, la tesis del homicidio preterintencional.

A los jurados les fue formulado el siguiente cuestionario:

"El procesado Aníbal Crespo Polo, de anotaciones civiles, personales y sociales conocidas en el expediente, ¿es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte, con propósito de matar, a Mendoza Perez Archibold Joseph, mediante heridas causadas con proyectil de arma de fuego (revólver), produciéndose el fallecimiento de la víctima, según hechos ocurridos en las horas de la mañana del día veinticinco (25) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), dentro de las instalaciones de Empogira ubicadas en el perímetro urbano de esta localidad?".

El jurado respondió por unanimidad: "Sí es responsable con propósito de matar".

Este veredicto fue acogido por el juez de la causa que en la sentencia mencionada al comienzo de la presente y luego de la enumeración de los principales elementos de prueba que obran en el proceso, así como del resumen de los puntos de vista sostenidos por las partes en la audiencia pública, consideró que estaban demostrados de autos los elementos del delito por el cual se llamó a juicio al procesado, esto es, un homicidio voluntario.

Por lo que hace a la sanción se le fijó la de once (11) años de presidio sin que en la parte motiva de la sentencia se hubieran expresado las razones para hacer un aumento de tres años sobre el máximo señalado en el artículo 362 del anterior ordenamiento penal.

Esta decisión fue apelada por el defensor, quien volvió a plantear ante el Tribunal Superior los puntos de vista sostenidos en la audiencia pública.

Además, censuró la cuantificación de la pena hecha por el juzgado insistiendo en que el aumento que se cita se había hecho sin el correspondiente estudio del expediente ni mención de las bases para dicho incremento de la pena.

El Tribunal desechó los razonamientos menos el último que consideró fundado, razón por la cual rebajó la pena imponible de once a ocho años.

Demanda y respuesta de la Procuraduría

Un solo cargo formula el censor a la providencia recurrida y lo centra en el primer aparte de la causal primera de casación.

En seguida se resume el cargo y lo mismo se hace con la respuesta del Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado Penal.

Alega el recurrente que "los hechos por los cuales se llamó a juicio y condenó a Aníbal Crespo Polo, tipifican la figura autónoma del homicidio concausal (artículo 366 del anterior Código Penal) y no el delito de homicidio simple, tipificado en el artículo 362 de la misma obra".

Argumenta diciendo que es deficiente la relación de causalidad material entre el acto ejecutado por Crespo Polo y el hecho subsiguiente del paro cardíaco repetido que ocasionó la muerte de la víctima e inclusive en que el paciente superó las complicaciones iniciales debidas a sus lesiones hasta que se presentó, con independencia de ellas, el segundo paro cardíaco que fue lo que acabó con su vida.

Critica los dictámenes médicos, especialmente el informe de necropsia y señala cómo existe contradicción entre esta diligencia y el informe de los médicos que, en la Clínica de Barranquilla, atendieron al ofendido.

Censura, así mismo, el acta notarial de defunción por haberse consignado allí que el occiso murió a consecuencia de una "congestión intestinal" y cambiado el apellido del médico que certificó la muerte.

E invoca, finalmente, el principio *in dubio pro reo* para resolver las que él considera perplejidades probatorias en el expediente.

El Procurador Segundo Delegado Penal, luego de historiar los hechos y el desarrollo del proceso, así como de resumir las alegaciones del recurrente, pide que se deseche la petición que éste hace por no haberse ajustado la demanda a las exigencias de la causal invocada ya que ésta exige se acepten los hechos aunque se cuestione la aplicación que el juzgador haya llevado a cabo de las normas penales sustanciales, en tanto que,

en el presente caso, el actor niega los hechos y critica las pruebas en tal forma que su escrito es, más bien, un alegato de instancia que una demanda de casación.

Niega, además, que hubiera habido indebida aplicación de las normas penales al caso debatido, pues tanto en el auto de proceder como en el cuestionario y en el veredicto, se afirmó la existencia de un homicidio voluntario que fue la especie penal aceptada por el juez en la sentencia y por la cual se condenó al acusado.

Consideraciones de la Corte

Como bien dice la Procuraduría en el concepto cuyos principales apartes se dejan resumidos, la invocación de la primera parte de la causal primera de casación implica que el recurrente debe aceptar los hechos materia del proceso y cuestionar la aplicación que de las normas a ellos ha hecho el juzgador.

Pero cuando estos últimos son negados, total o parcialmente, por el actor basándose en una pretendida o real interpretación errónea de las pruebas, el cargo debe plantearse no en el aparte primero de la causal mencionada sino en su segundo cuerpo, vale decir, como violación indirecta de la ley penal.

Pese a que esta doctrina la ha reiterado la Corte en muchas sentencias, el demandante, incurre, en el presente caso, en la impropiedad técnica de negar los hechos y fundamentar su negativa en la crítica de las principales pruebas aportadas al expediente.

Porque no a otra cosa equivale la aserción de que la muerte del ofendido Mendoza Archibold Joseph no se debió a las heridas que le ocasionara el procesado Aníbal Crespo Polo, sino al segundo paro cardíaco que se le presentó después de la intervención quirúrgica llevada a cabo en Barranquilla.

Y es que, si bien el actor ha planteado una presunta violación del artículo 356 del Código Penal anterior, en el fondo lo que está diciendo no es que la muerte se produjo por dos causas: las heridas y el paro cardíaco, sino exclusivamente por este último.

Y este planteamiento apunta principalmente a una cuestión de hecho, a saber, la relación de causalidad material entre la muerte del ofendido y las situaciones fácticas que pudieron ocasionarla, ya fuera en forma conjunta (cosa que el demandante no afirma), ora obrando sólo una de ellas (que es la tesis por él sostenida), en este caso, sólo el paro cardíaco.

Este planteamiento desconoce y rechaza el que fuera hecho tanto por el juez de la causa como por el Tribunal en el sentido de que la causa de la muerte del ofendido consistió exclusivamente en las heridas que le fueron ocasionadas por el procesado.

Tal fue también el sentido del veredicto pronunciado por los jurados de conciencia al responder afirmativamente, sin modificaciones de ninguna especie, el cuestionario que les fuera presentado por el juez y que contenía la afirmación escueta de que las lesiones en mención habían ocasionado la muerte de Mendoza Archibold Joseph, según puede verse el interrogatorio transcrito en uno de los apartes anteriores.

Para reforzar el planteamiento que antecede sobre el carácter fáctico de las alegaciones del recurrente debe señalarse cómo éste lleva a cabo, en su demanda, un prolijo examen de las pruebas, particularmente la historia clínica emanada de los médicos que trataron al ofendido en la Clínica Central de Barranquilla, en la que pretende fundar el argumento central de su alegación.

O sea que el actor ha elaborado, como lo dice la Procuraduría, un verdadero memorial de instancia, repitiendo las alegaciones formuladas por él a través del proceso y, particularmente, en la vista pública de la causa.

Esta forma de argumentar no sólo se sale de los límites de la primera parte de la causal primera de casación que exige, como se dijo, la aceptación de los hechos sino que tampoco es admisible, en el presente caso, dentro del segundo cuerpo de dicha causal ya que, *habiendo intervenido en este proceso el jurado de conciencia, no puede cuestionarse su veredicto en sede de casación sobre la base de una incorrecta o errónea valoración de pruebas, pues, como tantas veces lo ha expresado esta Sala, los jueces del pueblo tienen la facultad de examinar los elementos de convicción sin sujetarse a tarifa o reglamentación legal, sin más límites que los que impone la evidencia y que cuando se apartan de ésta, no corresponde a la Corte declararlo así sino que hacerlo es privativo de los jueces de derecho, no sólo porque a ellos lo ha atribuido la ley de modo exclusivo sino porque, si se hiciera tal declaratoria en sede de casación, habría que dictar la sentencia correspondiente pretermitiendo un trámite fundamental en el proceso, cual sería el de obtener, en audiencia pública, la respuesta del Tribunal popular.*

De todo lo anterior se viene en conclusión que no es posible admitir la censura examinada y que, siendo la única dirigida contra la sentencia, no hay fundamento para casar ésta.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

Siendo el sumario una simple etapa de recopilación de pruebas, sólo por excepción puede violarse en ella el derecho de defensa

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26741.

Aprobado. Acta número 102.

Bogotá, D. E., noviembre 5 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Se trata del recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 12 de noviembre de 1980, mediante la cual confirmó en su totalidad la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de esa capital el 13 de mayo de ese mismo año que condenó a Iván Darío Henao Restrepo a la pena principal de ocho años de presidio, al pago de los perjuicios causados y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en la persona de Daniel Cristóbal Díaz Díaz.

Hechos

Los dejó sintetizados el Juzgado Superior en estos términos:

"... Estos se iniciaron en la carrera 34 frente a la residencia distinguida con el número 71-83 y culminaron en la calle 71 frente a las casas números 34-A-9 y 34-A-13 de la nomenclatura urbana de la ciudad. A eso de las 8 de la noche del sábado 21 de abril de 1979 en el sitio primeramente mencionado por asuntos de poca monta se presentó una riña a mano armada, en la cual participaron Iván Darío Henao Restrepo, Daniel Cristóbal Díaz Díaz, Hirne Díaz Díaz, Luis Octavio Agudelo Arboleda, José Antonio Restrepo Mesa y Jesús Abraham Vélez Giraldo y ella dejó como saldo un muerto (Daniel Cristóbal Díaz Díaz) y 2 lesionados (José Antonio Restrepo y Jesús Abraham Vélez) ...".

La demanda

Contiene un cargo único por la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), consistente en que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad constitucional, por violación del derecho de defensa.

Sostiene en términos generales que el procesado no tuvo defensa técnica ni adecuada en el sumario, pues en la indagatoria, en la inspección judicial y en los careos, fue asistido por personas distintas, nombradas de oficio, sin título académico alguno. En cambio, acepta que en la etapa del juicio estuvo "más o menos bien asistido".

Al respecto, afirma:

"... Todo lo anterior me lleva a la conclusión de que Iván Darío Henao, por falta de una verdadera defensa en el sumario, no fue juzgado conforme a las leyes preexistentes, pero sobre todo, sin la observancia plena de las formas propias de cada juicio como lo exige el artículo 26 de la Constitución Nacional. Se argumentará, como se ha dicho siempre, que esos hechos que digo yo, configuran una nulidad supralegal del proceso, en el sumario sólo constituyen una simple irregularidad de poca monta que no alcanza a invalidar lo actuado en él, lo que no ocurriría en la etapa del juicio que es al que se refiere el artículo 26 de la Constitución Nacional. Ante tal argumentación me permito responder lo siguiente: esa es una posición de ficción, de extraña

irrealidad, que pesa gravemente contra la equidad. No se ve por qué pruebas verificadas en igual forma en el sumario vayan a ser válidas en tal etapa procesal, pero no en la etapa del juicio. *Siendo que van a tener el mismo efecto jurídico ...*".

Consecuencialmente solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad del proceso a partir de la indagatoria de su representado.

El Ministerio Público

Pide el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que no se case la sentencia porque en su sentir el cargo de nulidad formulado en la demanda con fundamento en una violación del derecho de defensa, resulta infundado.

Demuestra su aserto, en la siguiente forma:

"... Ante la imposibilidad inicial de hallar al sindicado Henao Restrepo, de conformidad con lo previsto en el artículo 382, ibídem, se le declaró reo ausente y se le nombró apoderado de oficio a un abogado, con licencia del Tribunal Superior de Medellín (folio 68), pero una vez capturado Henao Restrepo y al resolverse recibirle indagatoria (folios 75 vuelto y siguientes) el instructor obró de conformidad con las disposiciones antes citadas, haciéndole saber siempre al implicado el derecho a nombrar su apoderado.

"En el juicio el juzgado del conocimiento oportunamente le nombró defensor de oficio a un profesional del derecho (folios 219 vuelto y 220), quien cumplió adecuadamente la defensa del procesado, así no haya interpuesto el recurso de apelación contra el auto de proceder, pues el simple hecho de apelar no demuestra una mayor o mejor defensa del procesado, necesariamente. Además, el profesional que tuvo a su cargo la defensa de Henao Restrepo, en el curso de la audiencia pública en forma técnica planteó la legítima defensa del procesado y la falta de plena prueba para condenar. Otra cosa es el hecho de que el jurado de conciencia en su veredicción haya tenido en cuenta para la formación de su convencimiento de responsabilidad las varias y diversas pruebas de cargo también expuestas ampliamente por el representante de la sociedad y plasmadas en el auto de proceder ...".

Se considera

El sumario por definición es la reunión de diligencias tendientes a comprobar el delito y sus circunstancias; a descubrir sus autores o partícipes, su personalidad y motivos determinantes; y, finalmente, a establecer la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción (artículo 309 del Código de Procedimiento Penal).

Si esto es evidente, el sumario viene a ser en síntesis un acopio de pruebas sobre el delito, sus autores y el daño ocasionado. No siendo sino una simple etapa de recopilación de pruebas, sólo por excepción puede violarse en ella el derecho de defensa. Entiende la Corte que esa excepcional violación puede darse en aquellas pruebas para cuyo recaudo se requiere de manera expresa la presencia del procesado.

En consecuencia, si en tales probanzas se impide la intervención del procesado o al practicarlas se conculcan, por algún modo, sus garantías procesales, no cabe duda que se viola el derecho de defensa. Sin embargo, esta transgresión no produce invalidez del sumario sino de la prueba en sí misma considerada, por cuanto puede quedar afectada su legalidad. De aquí que la Corte siempre ha sostenido que la violación del derecho de defensa se produce principalmente en la etapa del juicio, porque es frente al pliego de cargos que comporta un auto de proceder, que nace para el procesado el derecho a ejercer la plenitud de su defensa.

Por ser la indagatoria además de medio de prueba, medio de defensa por antonomasia, pues es allí donde salvo las excepciones legales el procesado debe estar asistido por un apoderado para que haga respetar sus derechos, y porque es allí donde el procesado puede por primera vez aducir las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad o de la culpabilidad que acompañaron el hecho punible determinante de su vinculación al proceso, es en esa precisa diligencia donde no sólo se puede producir la invalidación de alcance limitado, ya señalada, sino que en tan concreto acaecer su efecto vinculante desaparecería de inmediato y el proceso tendría que anularse por quebranto manifiesto del artículo 26 de la Carta. Entonces, si la indagatoria fallida obra en el sumario necesariamente caerá bajo nulidad y el proceso tendrá que invalidarse retroactivamente hasta el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, para ser del todo subsanado.

No fue esto lo que sucedió en el sumario porque con relación a la indagatoria el demandante descarta de plano cualquier irregularidad, cuando expresa:

"... Concedo que para la indagatoria, y a pesar de los miles de abogados que litigamos en

Medellín, el señor Juez de Instrucción le designara de oficio, como apoderado de Iván Darío, a una persona no versada en el derecho ...".

No es igual su criterio con respecto a la inspección judicial y los careos, pues agrega:

"... pero lo que sí es contrario al derecho de defensa es el haber hecho lo mismo en el caso de las otras diligencias a que ya me he referido...".

Sin embargo, la verdad jurídica es otra como lo demostró el Procurador Delegado en lo Penal, lo que le permitió concluir:

"... Luego de conformidad con las claras normas de procedimiento, al incriminado Henao Restrepo se le brindó toda oportunidad para proveer a su defensa en la etapa sumarial y para los diversos actos procesales se le nombró apoderado de oficio, de las calidades exigidas en cada caso, y para la legalidad en la producción de la prueba, habida cuenta de que eran varios los delitos investigados y varios los sindicados. Igual cabe observar respecto a la defensa de Henao Restrepo en la etapa de la causa. En ningún momento el juzgado le obstruyó al procesado sus medios defensivos y sí se le brindó toda oportunidad para ello ...".

En definitiva, la nulidad constitucional como única tacha que formula la demanda, por violación del derecho de defensa en el sumario, no está llamada a prosperar, porque en la indagatoria el procesado tuvo apoderado conforme a las exigencias legales y pudo sin apremio alguno calificar su conducta, y porque, si bien, en las otras pruebas demandadas estuvo adecuadamente representado y en posibilidad de ejercer con libertad sus derechos, ellas, a diferencia de la indagatoria, no tienen por sí solas, se repite, aptitud para invalidar el proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el doce de noviembre del año pasado y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA OPINION DEL JUEZ COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO O RECUSACION

No es posible separar a un juez del conocimiento de un asunto, cuando dentro de él, en cumplimiento de su deber, ha expresado su criterio jurídico salvo el caso del numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. La Corte reitera su doctrina.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 103.

Bogotá, D. E., noviembre 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Vistos

Resolverá la Sala el incidente de recusación propuesto por el doctor Alvaro Cerón respecto del honorable Magistrado Pantaleón Mejía Garzón dentro del proceso adelantado contra Abraham Aparicio Romero y Leonor Romero de Ovalle.

Resultandos y considerandos

1. Manifiesta el recurrente que tanto el Magistrado Mejía Garzón como sus compañeros de Sala incurrieron en las causales de recusación previstas en los numerales 4º y 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, porque al revisar por apelación el auto de proceder en este negocio decidieron que debía revocarse por considerar que se había cometido, además del delito de falsedad documental por el que venía llamado a juicio uno de los procesados, el delito de estafa procesal de cuyas características se ocuparon en la citada providencia; por esta vía emitieron opinión sobre el asunto materia del proceso y además, revisarían si no formal, por lo menos sustancialmente, su misma providencia, ya que el *a quo*, acogiendo integralmente el planteamiento de la Sala dictó nuevamente auto de proceder con la agregación del delito de estafa procesal mencionado por la Sala.

2. El Magistrado Mejía Garzón rechaza la recusación procedente, pues considera que los conceptos vertidos en la providencia de la Sala se enmarcan dentro de nuestro sistema procesal "que obliga a esas situaciones de prejuzgamiento" y que él se limitó —como sus compañeros de Sala— a resaltar aquellos planteamientos jurídicos que permitían tipificar los hechos también dentro del marco legal de la estafa procesal, sin hacer concretas referencias a los aspectos jurídicos de la antijuridicidad y de la culpabilidad; "por manera que no se puede hablar de preterm isión de instancia". Agrega que "toda providencia que se dicte dentro de un proceso debe contener el esbozo de los elementos de prueba y los argumentos jurídicos con base en lo cual se adopta la determinación, motivación que puede o no ser acogida por el funcionario de primera instancia".

3. *Lo que ha pretendido el legislador al consagrar la opinión del juez como causal de impedimento o recusación —ha dicho esta Sala— "es evitar el riesgo de un condicionamiento conceptual del funcionario que, habiendo expresado sus puntos de vista sobre determinado hecho o situación procesal en condiciones diversas de las en que le correspondería hacerlo por razón de sus funciones, haya de pronunciarse oficialmente sobre el mismo asunto, porque entonces se pone en peligro la ponderada ecuanimidad del juzgador" (auto de julio 28 de 1981). Pero cuando el Juez o Magistrado ha expresado su criterio jurídico en providencia judicial, vale decir, en ejercicio de sus funciones juzgadoras, no incurre en la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal porque no es dable sostener que actúa incorrectamente quien cumple con los deberes propios de su cargo.*

En el presente caso, habiendo optado el Magistrado recusado —como sus compañeros de Sala— por la vía de revocar el auto de proceder apelado en razón de que a su juicio era incompleta la calificación jurídica dada a los hechos, no podía hacer cosa distinta de fundamentar tal determinación en el sentido de señalar la naturaleza del delito omitido en el auto objeto del recurso; en la providencia aludida no se decidió sobre el llamamiento a juicio respecto del delito de falsedad documental, ni sobre el sobreseimiento con que se favorecía a uno de los sindicados, ni tampoco se dijo que había mérito suficiente para enjuiciar a los procesados por el nuevo delito de estafa procesal; simplemente se decidió devolver el proceso para que el juzgador de primera instancia calificara los hechos de manera integral, con fundamento en las consideraciones que allí se hacían. No incurrió, pues, el Magistrado en la causal de recusación precitada.

4. En cuanto a la causal prevista en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, tampoco se da en este caso, pues de las consideraciones precedentes se desprende que el Magistrado recusado no va a revisar su propia providencia; va a ocuparse por primera vez de examinar si se reúnen los requisitos legales y probatorios que llevaron al juzgador de primera instancia a dictar auto de proceder contra los procesos por delitos de falsedad documental y estafa respecto de uno y por el primero de ellos en relación con el otro. Ni formal ni sustancialmente hay identidad entre el auto proferido por la Sala el 20 de mayo de 1980 y el que habrá de emitir ahora al resolver la apelación del auto de proceder.

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

Resuelve:

NO ACEPTAR la recusación formulada contra el honorable Magistrado Pantaleón Mejía Gorzón.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA CON JURADO

Facultades del juez en la dirección de la audiencia pública

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 103 de 12 de noviembre de 1981.

Bogotá, noviembre 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Juzgado Segundo Superior de Bogotá, en sentencia de veintinueve de noviembre del año próximo pasado, impuso a Serafín Medina Rincón, por el delito de "homicidio" en Carlos Arturo Leguizamón, ocho años de presidio.

El Tribunal del mencionado Distrito, en fallo de 30 de marzo del año en curso, recurrida en casación por el defensor y el procesado, impartió confirmación a dicha providencia, mudando el presidio en prisión y señalando como única sanción accesoria "la interdicción de derechos y funciones públicas hasta por un período igual al de la pena principal".

Declarada admisible la impugnación (junio 12 de 1981), se formuló la correspondiente demanda, la cual se encontró ajustada a las formalidades legales, en auto de quince de septiembre del año últimamente referido.

Hechos y actuación procesal

Ocurrieron el 21 de octubre de 1979, frente a la casa número 18-42 Sur de la carrera 5ª, nomenclatura de Bogotá, a eso de las nueve de la noche. Inicialmente se suscitó un enfrentamiento entre Héctor Cárdenas, quien había abandonado el hogar, y su hijo Alvaro. En favor de aquél intervinieron Carmen López, su hija Nancy, y un amante de ésta, de nombre desconocido; y, en apoyo del segundo, Gloria Medina, quien contó con el respaldo de su hermano Roberto. De aquí surgió la participación de Serafín Medina Rincón, quien luego de retirar de las acciones a Roberto, regresó armado de revólver, lo esgrimió, siendo en parte interferido por su esposa, y lo disparó por una vez, alcanzando a herir de muerte a Carlos Arturo Leguizamón, que transitaba en ese momento por la calle en compañía de su novia.

El Juzgado Sesenta y Nueve de Instrucción Criminal adelantó el perfeccionamiento del sumario. El Juzgado Segundo Superior, en auto fechado el 22 de febrero de 1980, resideneió en juicio criminal a Medina Rincón, para responder de un homicidio simple o intencional.

Al efectuarse la audiencia, se propuso la siguiente cuestión única: "El procesado Serafín Medina Rincón ... *es responsable, sí o no,* de haber dado muerte con intención de matar a Carlos Arturo Leguizamón, utilizando para el efecto arma de fuego de corto alcance, hecho ocurrido en las horas de la noche del día veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y nueve, en la carrera 5ª Este frente al número 18-42 Sur, de esta ciudad de Bogotá?". Y se obtuvo, en un principio, esta discriminada y plural respuesta: un jurado: *no;* otro: *sí;* y el último: *sí es responsable sin intención específica.*

En este punto del juzgamiento según el acta, "el señor presidente de la audiencia consideró que en tales condiciones no había una decisión, que debía aclararse, puesto que el veredicto debía ser por lo menos por mayoría. Siendo la 1:22 p. m., el veredicto fue emitido en la siguiente forma: 'no', 'sí con dolo eventual', 'sí es responsable con dolo eventual' ".

"Es de advertir que el miembro del jurado que dio esta última respuesta procedió a tachar

la frase complementaria inicialmente estampada de 'sin intención específica', colocando también la frase complementaria de '*con dolo eventual*' ".

Con estas bases y lo resuelto por el Tribunal al confirmar el auto de detención preventiva (diciembre 13 de 1979), se encontró procedente la veredicción, tomada como respuesta mayoritaria e inequívoca de responsabilidad, profiriéndose el fallo que ahora es objeto del recurso de casación.

La demanda

Se invoca la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad") y se formula un único cargo, concretamente se señala la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, al haberse inobservado la plenitud de las formas propias de cada juicio.

A este respecto se invoca la preceptiva de los artículos 535, 536 y 537 del Código de Procedimiento Penal, para concluir que lo actuado con posterioridad a la primera lectura de las contestaciones del jurado, no constituyó una aclaración "sino que se pidió un nuevo veredicto como en efecto ocurrió al obtener una mayoría de votos de responsabilidad con dolo eventual, complemento de este último, de poca usanza en los *juri*".

"La respuesta del jurado que tachó el complemento sin intención específica por el término con dolo eventual fue la que satisfizo las exigencias del señor presidente de la audiencia. ¿Pero está conforme a la ley esa actitud? No hay duda de que el primer veredicto parcial es contrario al segundo veredicto y ya se había agotado en el primer instante el acto de conciencia del jurado. Su pronunciamiento se había hecho en público. El *juri* es soberano en su pronunciamiento como autónomo es el juez de aceptar o no el veredicto por medio del mecanismo que la ley le otorga no mediante una presión para obtener unanimidad o mayoría.

"Se violó el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal porque se pueden hacer adiciones y no sólo se tienen que limitar a decir sí o no.

"Se violó el artículo 536 del Código de Procedimiento Penal, porque en el primer veredicto se podía hacer el escrutinio y deducir la responsabilidad o no responsabilidad del encausado.

"Se violó el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal porque el segundo veredicto es producto de una labor interrumpida por el presidente de la audiencia".

Después de citar a la Corte Suprema de Justicia, cuando enseña que "el juez de derecho tiene la obligación de no inmiscuirse, en lo mínimo, en la deliberación *sustancial*, del jurado, ni más ni menos que como los extraños al juicio. Pero esto no impide que, en lo referente a cuestiones de *mera forma y procedimiento*, pueda muy bien aportar sus luces de experto a quienes, por definición, no son expertos en tales cuestiones". —Abril 5 de 1954—, termina diciendo que "el segundo veredicto es inexistente, no tiene fundamento legal, es contrario a las normas procedimentales y por ello acarrea la nulidad alegada, o sea que se da la causal cuarta para casar la sentencia ... El primer veredicto era perfectamente válido y resistía el análisis por parte del juez de primera instancia dejando a salvo los derechos que le corresponden al procesado mediante los recursos pertinentes, así como el análisis e interpretación del mismo".

De ahí que se solicite proveer conforme a lo dispuesto en el artículo 583-3 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala y opinión del Ministerio Público

1. *La dirección de la audiencia, en orden al normal, completo y eficiente desarrollo de la misma, corresponde al juez de derecho. Gobierna éste, con acendrada prudencia y absoluta imparcialidad, la realización del debate, para que los derechos de los participantes no resulten menoscabados o desconocidos. Asegura, así, un cabal equilibrio y su acción se encamina a que el público guarde compostura, el procesado sea debidamente asistido, la defensa no desborde sus atribuciones, el Ministerio Público y la parte civil conserven su órbita propia de actuación y los jurados reciban la adecuada información, sepan de sus obligaciones, se les proteja con la máxima de las garantías para cumplir su fundamental misión y cumplan con el cometido que se les ha encargado —artículo 512 del Código de Procedimiento Penal—.*

2. *La situación del juez de derecho no es, pues, estática, descuidada y ajena al debate que preside. Debe estar presto a atender a las variantes que ofrezca el cuestionamiento de los cargos y atento a aportar la solución más conveniente a todo incidente. En él, en su dinámica presencia, reposa el éxito de este esencial acto de juzga-*

miento. Cuando se mantiene dentro de la órbita de sus atribuciones, no es posible advertir en su comportamiento, por enérgico que éste sea, un desafuero, un atentado al debido proceso, un vicio que destruya el trámite.

3. *Así como el jurado de conciencia puede agregar explicaciones a respuesta, aunque la ley prefiere que se conteste "con un sí o un no" —artículo 535 ibídem—, no es menos cierto que el juez, dentro de ese amplio poder de dirección comentado y dirigido a cumplir con los anotados fines, debe procurar que las respuestas, favorables o no favorables al procesado, tengan la suficiente aptitud para apoyar en ellas una sentencia condenatoria o absolutoria. Por eso, sin tratar de ejercer censurable presión, de sustituir la voluntad de los jurados o desvirtuar la veredicción, no sólo debe sino que está obligado a requerir que tales respuestas sean lo suficientemente claras. En este sentido, cuando la opinión emitida sea contraria a esta exigencia procesal, se dirigirá a los jurados para que, con nueva deliberación o de inmediato si ésta no es necesaria, atiendan su pedimento. Si la aclaración solicitada no es atendida, el juez de derecho no puede forzar a nadie. Posteriormente, al estudiar las respuestas, tomará las decisiones pertinentes de corrección.*

4. *Lo sucedido dentro de estos límites, se repite, no puede mirarse como excedida y rechazable intervención, ni menos mirar una adición, rectificación o aclaración de voto, como nuevo y distinto veredicto. Este sigue siendo el mismo y único, con estas variaciones impuestas por la previsión de la ley, que busca la eficacia del acto de juzgamiento, o sea, la solución inmediata de los problemas que de no conjurarse oportunamente, darán al traste con la actuación, con perjuicio para todos, en particular para la administración de justicia.*

5. En el caso *sub examine* se emitieron dos respuestas que, por sí, no formaban la mayoría reclamada por el estatuto procedimental. Un jurado respondió *sí* y otro *no*. La tercera (*sí es responsable sin intención específica*), podía suscitar discrepancias e interpretaciones encontradas. De ahí que el juez de la causa actuó conforme a derecho al recomendar que se aclarase el sentido del agregado "sin intención específica", pero absteniéndose de hacer sugestivas precisiones, recomendar una locución jurídica, insinuar un estado de culpa, un fenómeno doloso o preterintencional, o el evento del caso fortuito. Dejó en plena libertad y camino de escogencia al jurado. No es dable, por tanto, señalar su actuación como indebida o irregular. Que uno de los jurados (el que simplemente había afirmado la responsabilidad) decidiera adicionar su respuesta y unificarla en votación de mayoría, es aspecto que ni es ilegítimo como atribución del jurado ni es cargo para el juez que pueda hacerse refluir hacia un resultado de invalidación.

6. Como bien lo anota el Ministerio Público, "las dos respuestas de este miembro del jurado, aún cuando expresadas con términos diversos, son sustancialmente equivalentes. En efecto, la expresión "intención" no es sinónima de dolo, pero es conveniente recordar que el Código Penal de 1936 al clasificar las infracciones desde el punto de vista de la culpabilidad decía que ellas son "intencionales o culposas", de donde se infiere que el propio legislador tal como lo entendió unánimemente la doctrina, le dio a la expresión intención el alcance de dolo.

"De otra parte, en la primera respuesta se dijo que el agente había actuado sin intención específica y ello en gran medida corresponde a lo que doctrinariamente se conoce como dolo eventual. En efecto, para respaldar esta afirmación se cuenta en la actualidad con el texto del artículo 36 del nuevo ordenamiento penal en donde se da una noción del dolo eventual al afirmar que éste existe cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, *lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible*. Cuando el agente actúa con dolo eventual es obvio que no tiene una intención específica pero actúa con el conocimiento de que con su conducta producirá el resultado típicamente antijurídico no querido directamente, pero cuya realización resulta posible dentro del contexto comportamental en que actúa.

"También resulta adecuado recordar que en el auto de proceder, que por disposición legal debe ser entregado a los jurados de conciencia, se hizo referencia a la figura del dolo eventual, de donde resulta lógico inferir que los miembros del jurado que respondieron afirmativamente al cuestionario estuvieron orientados por esa pieza procesal, cualquiera haya sido la redacción utilizada para expresar esa idea. Lo fundamental de todas maneras es destacar que los miembros del jurado y ninguno de ellos en particular, dieron respuesta diferente en las dos oportunidades en que consignaron su veredicto; se limitaron a aclarar lo que a juicio del juez merecía ser aclarado, respondiendo en igual sentido aun cuando con diverso tenor literal".

7. Si como se deja visto el juez podía requerir aclaraciones, si los jurados *motu proprio* o por judicial iniciativa estaban facultados para hacerlas, si no se había cerrado la audiencia, si de parte de aquél o de éstos no se quebrantó ningún resguardo legal ni se extralimitaron las funciones, mal puede discernirse ahora, sobre este único aspecto, una consecuencia invalidante. El complemento relacionado con "dolo eventual" representaba el cabal ejercicio de una facultad legal. La acogida que al mismo diera el juez de primera instancia y el Tribunal, podían objetarse. Pero no fue este el empeño de los recurrentes, tal vez por constituir locución fácilmente entendible y que da cabida a la estructuración de un delito de homicidio simple, intencional, doloso, de propósito o básico, que son frases equivalentes. De ahí, entonces, que al respecto sobre todo comentario.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

NO CASAR, como en efecto NO CASA, el fallo ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

El error relativo al lugar en que se cometió la infracción es causal de nulidad cuando su determinación juega un papel sustancial en el caso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., noviembre 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Corresponde decidir el recurso de casación que el defensor de los procesados Evelio Antonio Vélez Ceballos e Hilmer Hernando Peña Naranjo propuso contra la sentencia de 20 de febrero de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al confirmar sin modificaciones la proferida por el Juzgado Segundo Superior de Cartago, de fecha 24 de marzo de 1979, condenó a aquéllos a la pena principal de veintitrés (23) años de presidio, más las accesorias correspondientes y al pago en abstracto de los perjuicios derivados del delito, como coautores responsables de los homicidios en las personas de Gustavo Antonio Rubio y Bernardo Bedoya García, y del robo cometido en perjuicio de los intereses económicos de Héctor Pérez Villada. Las infracciones fueron consideradas en concurso y con circunstancias de agravación.

El recurso se admitió por auto de 7 de mayo de 1980, y, dentro del término legal, el recurrente se limitó a presentar demanda solamente a nombre del procesado Evelio Antonio Vélez Ceballos, la cual fue declarada ajustada a las prescripciones de ley, en tanto que se declaraba desierto el recurso respecto de Hilmer Hernando Peña Naranjo (folios 2, 29 y 47 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Los juzgadores de instancia y el Procurador Primero Delegado en lo Penal, ceñidos a la verdad procesal, coinciden en presentar los primeros, así:

"Cerca de las diez de la mañana el día sábado catorce de enero de mil novecientos setenta y ocho, por la carretera que de esta ciudad de Cartago conduce a la población de Alcalá, transitaba la camioneta marca 'Ford', modelo 1977 de propiedad del señor Héctor Pérez Villada. Tal vehículo era conducido por el motorista Bernardo Bedoya García y había venido a esta ciudad y concretamente al Banco Cafetero (sic) a retirar una fuerte suma de dinero por encargo del señor Pérez Villada y de su cuenta bancaria. El conductor Bedoya García se hacía acompañar por el señor Gustavo Antonio Rubio y un hijo de éste, menor de edad de nombre Julio Ernesto. Marchaban ya con destino a Alcalá, cuando a unos cinco minutos del recorrido saliendo de la ciudad de Cartago, en el sitio denominado 'Los Caracoles', fueron interceptados por un vehículo, concretamente un jeep, el que se encontraba atravesado en la carretera por donde los viajeros de la camioneta necesariamente tenían que pasar. Del jeep salieron varios individuos armados, los cuales comenzaron a disparar sus armas contra las personas que iban en la camioneta. Como consecuencia del abaleo resultaron heridos Bernardo Bedoya y Gustavo Antonio Rubio, no así el menor Julio Ernesto el que resultó ileso. Una vez terminado el abaleo, los antisociales se acercaron al vehículo y se sustrajeron la suma de doscientos mil pesos, los que habían sido re-

tirados del Banco y los que se llevaban con destino a Alcalá, así como también un revólver marca 'Smith & Wesson', calibre 32 largo, dinero y revólver de propiedad de Héctor Pérez ...'' (folios 82 del cuaderno de la Corte y 439 y 565 del cuaderno principal).

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartago inició la investigación el 16 de enero de 1978, con fundamento en diligencias preliminares realizadas por funcionarios de Policía Judicial de la Policía Nacional con sede en Cartago, quienes, lograron la captura de Evelio Antonio Vélez Ceballos e Hilmer Hernando Peña Naranjo, como presuntos autores materiales de los hechos.

Posteriormente continuó la investigación el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Buga y el conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Superior de Cartago, el cual calificó el mérito sumarial mediante auto de 14 de septiembre de 1978, en el que llamó a responder en juicio a los sindicados Vélez Ceballos y Peña Naranjo ''como coautores del delito de 'homicidio' doble cometido en las personas de los que en vida respondieron a los nombres de Gustavo Antonio Rubio Marín o Londoño y Bernardo Bedoya García, así también como coautores del delito de 'robo' y cometido en los bienes de propiedad del señor Héctor Erasmo Pérez Villada'' (folios 362 a 388 del cuaderno principal).

En el período probatorio de la causa no fueron practicadas nuevas pruebas. Verificada la audiencia pública, en la que el jurado, por mayoría, afirmó la responsabilidad de los procesados tanto en el doble homicidio como en el robo, el juez del conocimiento acogió la veredicción y dictó el fallo condenatorio que, apelado, fue confirmado por el Tribunal en decisión que constituye el objeto del recurso de casación que ahora se desata.

La demanda

Se acusa la sentencia del Tribunal con invocación de las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, con referencia a las cuales presenta el recurrente tres cargos y una censura, respectivamente.

Causal cuarta. Con fundamento en ella, pide la invalidación de la sentencia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, en razón de los siguientes motivos de impugnación:

Cargo primero. Nulidad de carácter legal, conforme al ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al lugar donde se cometió el hecho.

Para fundamentarlo anota que en el auto de proceder se dejó consignado que los hechos ocurrieron ''en la carretera que de esta ciudad conduce a Alcalá y en comprensión del Municipio de Cartago'', en tanto que el Tribunal expresa, en su sentencia, que ellas se sucedieron ''en jurisdicción del Municipio de Alcalá (Valle)''.

Como es verdad procesal incontrovertible que los acontecimientos se presentaron dentro de la comprensión territorial de Cartago y no de Alcalá, se plantea una incongruencia entre lo expresado en el auto de enjuiciamiento y en la sentencia y, por tanto debe decretarse la nulidad, de ésta, pues ella debe ser reflejo de lo que se exprese en el auto de procesamiento.

Cargo segundo. Nulidad de carácter constitucional por ''ausencia de la observancia plena de las formas propias del proceso o juicio penal''.

Lo hace consistir en el hecho de que el jurado de conciencia Mario Henao Molano, no obstante haber sido sorteado como tal y notificado en debida forma, y haber concurrido a la audiencia, prestado juramento y firmado el acta de la misma, no suscribió los cuestionarios que les fueron sometidos a consideración, ni se conoce cuál fue su veredicción, de donde no se dio cumplimiento a lo preceptuado por los artículos 515 y 535 del Código de Procedimiento Penal y se incurrió, por lo mismo, en la inexistencia de ese importante acto procesal.

Por ello, concluye:

''Impugno la sentencia recurrida con fundamento en lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 1º, 214, 515 y 520 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que al procesado recurrente se le violó el derecho de defensa, al no aparecer la firma de uno de los jueces de conciencia, que habiéndose hecho aparecer en el acta de audiencia, tampoco apareció constancia o documento, cuál su voto o veredicción y a pesar de toda esa inexistencia del acto procesal, por no estar conforme a la normatividad prescrita, se desarrolló la sentencia, en documentos viciados de nulidad supralegal, por inexistencia del acto procesal.

"Así se menoscabó el derecho de defensa por parte del juzgador de primera instancia y estando viciado el proceso o juicio de nulidad, el honorable Tribunal Superior de Buga dictó sentencia de segundo grado. El tipo de violación es la falta de observancia de las formas propias del juicio o proceso, tanto del Código de Procedimiento Penal, con arraigo en las prescripciones del orden constitucional (artículo 26)".

Cargo tercero. Nulidad de carácter constitucional "por violación del derecho de defensa, ante la inobservancia plena de las formalidades propias del proceso o juicio penal, puesto que, al fundamentar la sentencia de primera instancia y confirmarla en segunda, todo su contenido, no fue el producto de un examen analítico sobre toda la rama probatoria, pues no fue tenido en cuenta todo cuanto favorecía al procesado recurrente, por quien presento esta demanda, sino que únicamente se remitió al examen y aceptación de todo cuanto fue desfavorable, violándose así el principio que consagra el contenido del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, siendo que el derecho de defensa no se rituó al tenor de la legalidad".

Como fundamento de la censura manifiesta que no hay constancia de que al procesado, al quedar a disposición de la Policía en carácter de capturado, se le hubiese puesto en conocimiento el derecho que tenía de nombrar apoderado para que lo asistiera en la práctica de las diligencias preliminares de que trata el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante ello, se realizó una diligencia de reconocimiento del procesado por parte del testigo José Holmes Sepúlveda Arbeláez, sin que aquél hubiese contado con la presencia de un apoderado, ni siquiera designado de oficio.

A pesar de ser inexistente esa prueba, se le dio especial significación tanto en el auto de proceder como en la sentencia.

De otra parte "nunca fueron tenidas en cuenta un sinnúmero de declaraciones; citadas por Vélez Ceballos, comprobando que en los momentos de la ejecución de los hechos ilícitos, se encontraba en lugar diferente", y en cambio "tanto el juez *a quo*, como el Tribunal sentenciador le dieron la validez de plena prueba a diligencias inexistentes y viciadas de nulidad", como el mencionado reconocimiento.

Por todo ello, concluye

"Impugno la sentencia recurrida con fundamento en lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 1º, 214, 215, 335, 407 y 289 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que el derecho de defensa (artículo 431 del Código de Procedimiento Penal) del procesado Evelio Antonio Vélez Ceballos, le fue negado, puesto que, en la diligencia mal practicada y denominada como 'reconocimiento' sin apoderado legal, ni nombrado por el procesado recurrente ni en forma oficiosa, como lo indica la ley procesal (artículo 407 del Código de Procedimiento Penal), jamás rituaron la instrucción por la normatividad prefijada, habiéndose violado en forma flagrante, las normas en cita".

Causal primera. Cargo único. Violación indirecta de la ley sustancial debido a error de derecho al no haberle dado a determinadas pruebas todo su valor.

Alude al oficio número 027 de 16 de enero de 1978, suscrito por el Inspector del Departamento de Policía de Villanueva, Municipio de El Aguila, dirigido al Comandante del Séptimo Distrito de Policía de Cartago, en el cual se expresa que, informado por un menor de edad, encontró, a eso de las 10:30 de la mañana del 14 de enero de 1978 y en sitio distante de aquel en que ocurrieron ese día los homicidios y el robo, a una persona herida con arma de fuego, quien resultó ser Hilmer Hernando Peña Naranjo, el otro condenado en este proceso. Hace también referencia a pluralidad de testimonios que aportó el otro condenado, Evelio Antonio Vélez Ceballos, para acreditar que a la hora de los sucesos se encontraba él en otro lugar, pruebas que no fueron apreciadas por los juzgadores de instancia.

Al fundamentar y demostrar el cargo, expresa:

El Tribunal en su sentencia "violó en forma indirecta el contenido de los artículos 363, 404 del Código Penal y la Ley 21 de 1973, violación que consiste en evidente error de derecho, al no haberle dado la verdadera interpretación a un documento público (folio 61) y varios testimonios rituados al tenor de la ley procedimental (folios 172 a 188), conociendo el juzgador de primera instancia de la existencia de la asunción de esas pruebas, con las ritualidades de la ley, habiéndose violado el contenido del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal que le da el valor de plena prueba a los documentos públicos, y a los testimonios, mientras no sean tachados de falsedad, situación que en ningún momento nadie hace tal aseveración, al respecto",

Resume el cargo, manifestando que "el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga quebrantó los artículos 236 y 261 del Código de Procedimiento Penal, porque conociendo que las pruebas ya indicadas habían sido allegadas con las formalidades de ley, no le dio el valor legal determinado por la norma a esas pruebas, de cuyo error manifiesto en derecho, condujo a dar aplicación al contenido del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, siendo que esos medios probatorios, predicaban una situación diferente a la de condena.

"Por ese error de derecho en la no aplicación del alcance determinado en los artículos 236 y 261 del Código de Procedimiento Penal, el honorable Tribunal sentenciador llegó a una indebida aplicación de los artículos 363 y 404 del Código Penal, como también de la Ley 21 de 1973. El tipo de violación es el de indirecta de la ley sustancial por error de derecho".

Pido que se case la sentencia y se dé cumplimiento a lo que dispone el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se desestimen los cargos formulados a la sentencia, pues ninguno de ellos está llamado a prosperar, en razón de las apreciaciones que va haciendo en torno de cada uno de ellos, y a las cuales aludirá la Sala al estudiarlos, pues las comparta.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Cargo primero. La premisa sobre la cual edifica el recurrente su censura carece de fundamento, pues lo que la ley erige en causal de nulidad es el error en que se incurra en el auto de proceder respecto del lugar de ocurrencia del hecho delictuoso, buscando así que este quede plenamente identificado en el pliego de cargos y no surjan equívocos que pudieran menoscabar las oportunidades de defensa, amén de que la jurisprudencia tiene establecido, en guarda del principio de estabilidad de las formas procesales, que esta clase de nulidad solamente procede si se trata de un error de naturaleza relevante. Por eso ha dicho: "Tampoco acarrea nulidad el error relativo al lugar en que el delito se consumó si se considera que resulta accidental frente al hecho cierto de haberse citado el área urbana donde realmente aconteció. Esto tendría importancia si se hubieran presentado dudas respecto del establecimiento y si éste o su identificación jugaran algún papel sustancial en el caso" (sentencia de 21 de octubre de 1938, LXXXIX, 565).

Pero es que en la propia demanda se reconoce que en el auto de vocación a juicio fue acertada la determinación del lugar y sólo se cuestiona el hecho de que el Tribunal hubiese aludido a uno distinto en su sentencia confirmatoria de la de primer grado.

Basta la más desprevenida lectura del fallo de segunda instancia para advertir inmediatamente que se trata de una simple equivocación de referencia, pues si al comienzo de la providencia, en la parte introductiva, se señala el Municipio de Alcalá como aquel en que tuvieron ocurrencia los hechos, luego, al prohijar y por lo mismo transcribir el relato que de los mismos hizo el juez del conocimiento se acepta que ello aconteció en jurisdicción de Cartago, como en verdad fue.

Acierta, por tanto, la Procuraduría cuando, para refutar el cargo, anota:

"El planteamiento formulado por el actor resulta equivocado y completamente sin fundamento para sustentar el motivo de nulidad que invoca. En primer lugar debe observarse que, el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal señala como causal de nulidad en los procesos penales, en su ordinal 3º 'haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al lugar donde se cometió la infracción, pero en el presente caso el demandante expone sus argumentos para demostrar que en el auto de proceder estuvo bien señalado el lugar en el cual ocurrieron los hechos y su jurisdicción, con lo cual el cargo pierde todo fundamento. Ahora bien, si el error fue en la sentencia de segunda instancia, no puede lógicamente deducirse las mismas consecuencias que la ley asignó específicamente para el auto de proceder.

"Además de lo anterior, proceden las siguientes consideraciones al respecto: No hay duda en cuanto a que los hechos ocurrieron en un sitio, bien determinado, que se denomina 'Los Caracoles', ubicado en la carretera que de Cartago conduce al Municipio de Alcalá, y en jurisdicción de aquél, así se registra en el auto de proceder, en los cuestionarios, en la sentencia de primera instancia y en la proferida por el honorable Tribunal, que tomó de la anterior la narración de los hechos, de tal suerte que si en ésta, en el folio 560, al iniciarse su providencia el honorable Tribunal, aparece 'Alcalá Valle' en vez de 'Cartago Valle', no puede entenderse

en otra forma que la ocurrencia de un *lapsus calami*, pues así se pone en evidencia al comparar todas las actuaciones relacionadas con este hecho en el proceso, en el curso del cual no se suscitó discusión alguna sobre tal asunto ..." (folios 39 y 40 del cuaderno de la Corte).

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Cargo segundo. Si existiese una norma que exigiera que la decisión del jurado fuera unánime, tendría razón el casacionista al impetrar la invalidación de la sentencia por inexistencia del veredicto. Pero ocurre que la disposición lo que requiere es un pronunciamiento por mayoría, previa una deliberación colectiva (artículo 586 del Código de Procedimiento Penal).

En el caso que se analiza el jurado fue constituido en legal forma y estuvo presente en la audiencia y deliberó en conjunto y suscribió el acta respectiva, de tal forma que en ningún momento se desintegró. En ella se registra, al final, que la decisión fue "*sí es responsable*" *por mayoría* para todos y cada uno de los seis cuestionarios (folio 480 del cuaderno principal).

El hecho de que uno de sus miembros no hubiera suscrito las respuestas afirmativas de los otros dos respecto de la responsabilidad de los encausados planteada en los cuestionarios (folios 415 a 420 del cuaderno principal), significa, en el más extremo de los casos, que se apartó de ese criterio y entendió que su silencio constituía su respuesta negativa de responsabilidad. Quizás por eso se limitó a firmarlos al reverso, sin hacer ninguna manifestación (folios 415 vuelto, 416 vuelto, 417 vuelto, 418 vuelto, 419 vuelto y 420 vuelto). Pero ello no puede conducir a afirmar que no hubiere formado parte del jurado, ni puede tampoco implicar desconocimiento del pronunciamiento mayoritario del *jurado*.

La Sala comparte las apreciaciones de su Colaborador Fiscal a ese respecto, expresadas de la siguiente manera:

"Si bien es cierto que el miembro del jurado de conciencia que intervino en esta causa, señor Mario Henao Olano, no aparece suscribiendo el veredicto condenatorio como sí lo hacen los otros dos integrantes señores Gerardo Sánchez Suárez y Filiberto Zapata Toro, no puede deducirse de ello la invalidez del acto o su inexistencia, pues en el procedimiento penal no existe norma alguna que señale como requisito indispensable la firma de la totalidad de los miembros del jurado para que el veredicto tenga validez. Basta con que dos de ellos se encuentren de acuerdo en afirmar o negar la responsabilidad para que el acto se considere perfecto.

"En el presente caso, dos de los jurados consignaron su decisión en forma diáfana, declarando responsables a los procesados. Si el tercer miembro optó por guardar silencio, por no expresar su opinión contraria, o su indecisión, debe entenderse que no estuvo de acuerdo con la mayoría, que salvó su voto, pero no podría su actitud prevalecer para invalidar el acto, puesto que iría en detrimento de la administración de justicia.

"De otra parte, en el acta de audiencia pública, se hizo constar la presencia de Mario Henao Olano desde la iniciación de la audiencia cuando se le tomó el juramento hasta su final donde aparece suscribiendo el acta en la que también se insertó el veredicto, lo cual no sólo demuestra que el Tribunal popular en ningún momento se desintegró sino que la actuación se ajusta a lo realmente ocurrido ya que además todas las otras personas que intervinieron en la audiencia firmaron la mencionada acta sin objeción alguna, reparo o rectificación" (folios 41 y 42 del cuaderno de la Corte).

Tercer cargo. Lo que en el fondo está alegando el recurrente son errores de derecho y de hecho, consistentes en que el juzgador estimó, de un lado, una prueba producida sin el lleno de las ritualidades exigidas por la ley para su aducción al proceso, como fue la diligencia de reconocimiento del procesado Vélez Ceballos por parte de José Holmes Sepúlveda, y, de otra parte, desestimó un número grande de testimonios que dicho encausado aportó al expediente para comprobar que se encontraba en lugar diferente cuando ocurrieron los hechos.

Tiene razón el Procurador cuando anota que esta clase de censura debe proponerse dentro del marco de la causal primera de casación, cuerpo segundo, desde luego siempre que no se trate de juicio con intervención de jurado, puesto que el vicio de la sentencia en ese caso no se corrige con la declaratoria de nulidad para que el juez vuelva a proferir fallo con ajustada valoración de los elementos probatorios mal apreciados, sino con la invalidación de la misma para dictar en ... de casación la que corresponda.

Pero aparte de esa glosa de carácter técnico, conviene recordar, como lo hace igualmente el Ministerio Público, que ese reconocimiento irregularmente realizado, se repitió posteriormente ante el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal por parte del mismo testigo respecto del mis-

mo sindicado, con presencia en esta ocasión de apoderado oficioso, nombrado para ese solo efecto, por no encontrarse presente el que venía asistiendo al procesado (folio 84 del cuaderno principal).

Tanto esta prueba como las declaraciones en que cimentó Vélez Ceballos su coartada, fueron ampliamente analizadas y comentadas en la audiencia pública, tanto por el Ministerio Público y el apoderado de la Parte Civil como por la defensa, de suerte que ellas no fueron ignoradas por los miembros del jurado, y en la sentencia de primer grado como en la de segunda instancia se alude a las contradicciones e imprecisiones que les fueron formuladas en la vista pública (folios 497, 508 y 567 del cuaderno principal).

A este respecto, expresa el Procurador Delegado:

"En forma similar puede decirse respecto al argumento de que no se tuvieron en cuenta por el juzgador los testimonios que cursan en los folios 172 a 188 y con los cuales según el demandante puede probarse la coartada del procesado Vélez Ceballos que dichos testimonios no aparecen con la virtud que se le atribuye, puesto que son imprecisos y vagos respecto a la fecha en que aseguran haber visto al procesado en un lugar diferente de los hechos, también lo son en cuanto a la hora, pues la mayoría de ellos se refieren a momentos antes de la captura de éste efectuada en el Municipio de El Aguila y naturalmente después de la comisión del ilícito" (folio 44 del cuaderno de la Corte).

Ahora bien, como se trata de un proceso con intervención de jurado no es dable alegar en casación que hubo pruebas mal apreciadas o que otras no se tuvieron en cuenta para, sobre la base de supuestos errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador de instancia, plantear la nulidad constitucional del juicio, porque la ley procesal penal no somete las decisiones de los jueces populares a tarifas probatorias y, antes bien, en defensa de su soberanía, consagra el principio de la razonable convicción, al que sólo es oponible la facultad que en las instancias tiene el juez de derecho de declarar la contraevidencia de la veredicción cuando esta contrasta palmariamente con los medios probatorios recogidos en el proceso y que demuestran lo contrario, remedio procesal intentado sin éxito ante el juzgador de segunda instancia (folios 517 a 539 del cuaderno principal).

Pero si no se declara la contraevidencia, la sentencia del juzgador en derecho no puede tener contenido distinto del veredicto, conforme a lo que dispone el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

Por ende, la censura no prospera.

Causal primera. Cargo único. Sea lo primero decir que la ley no atribuye un especial valor probatorio a la prueba testimonial, como para afirmar que al desconocérselo, el fallador incurre en error de derecho que puede conducir a la violación indirecta de la ley sustancial.

Sí se lo concede, en cambio, al documento público como lo anota el recurrente.

Pero ocurre que, como el juicio se rituó con intervención ante el jurado, no es dable alegar violación indirecta de la ley por exceso o defecto en la valoración de la prueba, pues los jueces de conciencia disfrutan de una razonable amplitud que les confiere la ley para su apreciación, aparte de que, de llegar a prosperar la censura, tendría que dictarse el fallo sustitutivo (artículo 583, numeral 1º), de donde se seguiría el proferimiento de una sentencia sin apoyo en el veredicto del jurado, con lo cual se violaría lo dispuesto por el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, dando lugar a otro de los motivos de casación que establece la ley (artículo 580, numeral 2º ibídem).

Con similar razonamiento impugna el Ministerio Público esta censura.

El cargo no prospera.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia impugnada.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

La preeminencia social de las partes que intervienen en el proceso, solamente puede llegar a motivar el cambio de su radicación cuando aquélla influye comprobada y poderosamente en la recta administración de justicia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 103 de 12 de noviembre de 1981.

Bogotá, D. E., noviembre 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

En demanda del concepto previsto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal el Ministerio de Justicia envía la presente solicitud de cambio de radicación de un proceso por homicidio que se adelanta en el Juzgado Tercero Superior de Pasto.

Se trata de la investigación levantada con motivo de la muerte mediante disparo de arma de fuego de la señorita Miryam del Socorro Romo Rosero ocurrida el 16 de septiembre de 1978. En el expediente aparecen indagados Mario Edmundo Chamorro Salas y Juan Bautista Náñez Mosquera.

El 19 de julio de 1980 el juzgado del conocimiento sobreseyó definitivamente a los dos individuos vinculados al proceso. Consultada esta providencia fue revocada por el Tribunal Superior de Pasto mediante auto de 19 de enero de 1981 en el cual se llama a responder en juicio ante jurado al procesado Chamorro Salas por homicidio, y a Náñez Mosquera por encubrimiento. Los dos procesados fueron declarados reos ausentes y se les designó como defensores de oficio a los doctores José María Velasco Guerrero y Luis Alfredo Cárdenas, respectivamente.

Con posterioridad al enjuiciamiento dicho y con base en pruebas recogidas posteriormente el Fiscal de la primera instancia solicitó se diera aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal porque, según él, la señorita Romo Romero se suicidó porque tenía serios "problemas físico-síquicos motivados por su enfermedad endocrina", por la "incomprensión familiar" y por "la apatía" de su amante, Chamorro Salas, de quien sabía tenía "novia oficial". Esta petición fue negada. El Fiscal recurrió en reposición y subsidiariamente interpuso recurso de apelación. La reposición fue despachada desfavorablemente y se concedió la apelación. Ya para entonces existía sorteo total de jurados.

Afirma el peticionario que tanto el padre del procesado como éste y su suegro, gozan de destacada posición social y económica, según se comprueba con las nueve (9) declaraciones extraprocesales que adjunta, y que, "además también se hallan probadas las influencias que en un medio pequeño como el de la capital de Nariño pueden ejercer y están ejerciendo los parientes del principal sindicado o procesado, al examinar las profundas discrepancias entre los jueces y los auxiliares de la justicia, como son los fiscales y peritos, ya que mientras el juez de primera instancia había sobreseído definitivamente en favor de los inculpados, el Tribunal Superior revocó este proveído y los llamó a juicio, no obstante lo cual el señor Fiscal del juzgado, de manera abiertamente parcial, y no respetando la providencia de la Corporación máxima en el Distrito Judicial, pidió al juez un auto de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por presunta inexistencia de delito". Agrega: "Al celebrarse la audiencia correspondiente en este proceso en la ciudad de Pasto, con Jurados

de Conciencia residentes en esa ciudad, no se ha de cumplir una recta justicia, porque las influencias malsanas de los familiares de Chamorro Salas han de incidir necesariamente en el veredicto que han de emitir los Jueces de Conciencia, máxime si tenemos en cuenta que el Fiscal ha de ser un defensor, ya que su posición la dejó ver a través del escrito en el cual, contrariando la providencia del honorable Tribunal, pide para los encausados la cesación de procedimiento".

Cita algunos fragmentos de jurisprudencia de la Corte y afirma, como síntomas de "marcado favoritismo a favor del principal sindicado", dos hechos: a) el que se hubiera designado como defensor de oficio de Chamorro Salas al doctor José María Velasco Guerrero de quien dice que en forma directa o indirecta influyó en el nombramiento de los jueces de Nariño, que tiene sus oficinas en Bogotá y que es pariente del procesado, cuya defensa se le confía, y b) el que el Fiscal del juzgado, "de oficio", logró cuestionar el dictamen balístico de Medicina Legal de Bogotá para obtener otro concepto pericial que refuerce la hipótesis de lo que califica como "imposible suicidio".

Aporta el peticionario las declaraciones extraprocesales de:

1. Manuel Antonio Burgos.
2. Lupe Nancy Guerrero de Bastidas.
3. María Concepción Córdoba de Narváez.
4. Franco Antonio Castillo.
5. Oscar Wilson Rosero.
6. Martha Montenegro Ibarra.
7. Rosalba Burgos de Insuasty.
8. Segundo Flavio Coral Urrea, y
9. José Edgar Ortega Villota, rendidas todas ellas ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto y tan exactamente iguales que puede tomarse cualquiera como muestra de lo que dicen las demás. Tal vez la más completa es la de Lupe Nancy Guerrero de Bastidas y dice así en contestación del cuestionario que se le propone:

"Es verdad y me consta que el doctor Mario Edmundo Chamorro y su señor padre el médico Manuel Chamorro, tienen una gran influencia económica, política y social, en todo el Departamento de Nariño y el Municipio de Pasto.

"Sí, es también verdad y me consta que el señor Eduardo Ordóñez, quien es suegro del doctor Mario Edmundo Chamorro, por sus negocios también tiene una gran influencia tanto económica, como social en todo el Departamento de Nariño y el Municipio de Pasto".

Con base en las alegaciones del peticionario y en consideración a las pruebas que aporta, la Sala emite el concepto que a continuación aparece:

El cambio de radicación para un determinado proceso, esto es, la sustracción del mismo del sitio en el cual convergen todos los factores ideados para fijar la competencia juzgadora, es medida excepcional que obedece a poderosos motivos de conveniencia en orden al aseguramiento de una recta administración de justicia. Esos motivos, por tanto, deben ser adecuadamente comprobados y no simplemente enunciados o sugeridos.

No basta que se compruebe que la víctima o el victimario, o ambos, o sus parientes y relacionados, posean considerables recursos económicos, destacada posición profesional y social, o prestigio en el campo de la política partidista, y que de tales condiciones se derive la posibilidad de que puedan ejercer influencias de variada índole. Se necesita establecer irrefutablemente, o de manera convincente, que todas esas calidades y preeminencias pueden actuar con fuerza, en un determinado momento y en una región determinado, en el ánimo de quienes están encargados de administrar justicia.

Esto último no sucede en el caso de autos como bien puede verse con el examen de las nueve declaraciones idénticas que se dejan relacionadas y de las cuales se transcribe una, tal vez la más completa, que refleja fielmente a las demás.

Las diferencias de criterio entre los juzgadores de primera instancia y los de segunda no es indicio que constituya punto de apoyo para sostener que hay clima impropicio para la cabal administración de justicia, pues significa solamente la diversidad de apreciaciones en el caso *sub judice*. Tampoco constituye indicio de preferencia para con el procesado una petición del Fiscal en la primera instancia sobre posible aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, ejecutoriado el auto de proceder, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la oportunidad para efectuar la dicha solicitud, y menos si se tiene en cuenta que hubo práctica de pruebas en la secuela del juicio.

Afirma el peticionario, pero no lo comprueba, que el defensor de oficio del procesado por homicidio es su pariente, que ejerce su profesión en la capital de la República y no en Pasto, y que en su condición de ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia influyó directa o indirectamente en la designación de los jueces de Nariño.

Encuentra allí otro indicio de favoritismo para con dicho procesado. Resulta, sin embargo, que un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia solamente interviene en la designación de los Magistrados que deben integrar el Tribunal Superior correspondiente y que le está vedada toda intervención, directa o indirecta, en la elección de los jueces que corre a cargo de los Tribunales Superiores. En el caso concreto debe tenerse en cuenta que el juzgador de primera instancia sobreseyó primeramente en forma temporal y luego definitivamente y que fue el Tribunal el que produjo el auto de procedimiento en Sala de Decisión integrada por Magistrados en cuya elección sí pudo haber intervenido el ex Magistrado de que se trata.

El posible parentesco entre el procesado ausente y el defensor de oficio no se deduce de la identidad de apellidos en el caso de autos, pero si existiera, ello no constituye óbice para su nombramiento ni comporta signo alguno de favoritismo para con el encausado. Y el hecho de que dicho defensor resida en Bogotá y no en Pasto tampoco constituye motivo para justificar el cambio que se pretende lograr.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala emite concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado.

Envíese este concepto, junto con el expediente, a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y déjese copia del mismo para el archivo de la Sala.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Para que prospere es necesario que se alegue y compruebe a lo menos una de las causales legales y que, con ello, se ataque a fondo la sentencia ejecutoriada. La causal quinta no opera cuando no se cuestiona la verdadera inocencia o irresponsabilidad del condenado, sino su identidad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 080, agosto 25 de 1981.

Bogotá, D. E., noviembre 17 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Elías Reyes Peñaranda, por medio de apoderado, interpuso recurso extraordinario de revisión, con relación al proceso que en su contra fue adelantado por los delitos de homicidio y robo y en el cual fue condenado a la pena principal de dieciocho (18) años de presidio, más las accesorias correspondientes, mediante sentencia de doce de febrero de mil novecientos setenta y siete, proferida por el Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla, la cual fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior respectivo el veintinueve de septiembre del mismo año.

Hechos

El Tribunal Superior de Barranquilla, siguiendo la relación que hizo su Fiscal Segundo, los resume así:

"... En los primeros días del mes de septiembre del año pasado (1970), se reunieron los sujetos Elías Reyes, Aldo Alciery y Julio Jaramillo Russo en el negocio de cantina de propiedad del último de los nombrados, con la finalidad de planear y llevar a cabo un asalto a la fábrica de camisas y pantalones 'Johonson Ready', domiciliada en esta ciudad. Para realizar el proyectado asalto fijaron la noche del día 12 del citado mes, pero como inconvenientes de última hora lo impidieron, acordaron entonces realizarlo al día siguiente.

"... En las primeras horas de la noche de ese día se dirigieron a la fábrica los citados sujetos acompañados de 'El Pollo' Bernal o Benedetty y de Jesús Javier o Jesús María Puertas. Este último era portador de un revólver de su propiedad. A las 7:30 el grupo llegó a la puerta del mencionado establecimiento, momentos en que el celador Alfonso Caicedo Peñate salía fuera a timbrar su tarjeta de control en el reloj colocado a la entrada. En presencia del celador, Alciery fingió dirigirse a un teléfono instalado en lugar cercano tratando de utilizarlo y de engañar al celador de ese modo. En seguida Puertas y Reyes detuvieron al celador impidiéndole cerrar la puerta. El sorprendido guardián no les presentó resistencia alguna. Entró a los patios de la fábrica a la carrera pidiéndole auxilio a su compañero mientras era perseguido por Reyes y Puertas, quienes lo alcanzaron y detuvieron. Le exigieron la entrega del revólver que llevaba consigo, el cual entregó efectivamente, levantando al mismo tiempo el reloj y descargándolo contra Reyes en acción repentina y arriesgada, quien al sentir el golpe reaccionó, reacción que pudo ser así mismo de alguno de sus compañeros de delincuencia, puesto que le propinaron una cuchillada lesionándolo mortalmente en el bajo vientre ...

"... El otro celador de nombre Alfonso López Pérez se encontraba en la azotea de la fábrica cuando escuchó las voces de auxilio lanzadas al aire por su compañero. Este se hallaba desarmado ya que la vigilancia de la fábrica se realizaba por los celadores con un revólver úni-

camente, arma que en esos momentos tenía en su poder Caicedo Peñate. Los delincuentes ordenaron a López Pérez que bajara, orden que cumplía cuando Reyes le dijo a Puertas que disparara contra el celador, rechazada sin embargo por éste. Los antisociales amarraron acto seguido a los celadores, les taparon la boca y ojos con cintas de esparadrapo para evitar que hablaran, gritaran o se dieran cuenta de lo que allí iba a suceder ...

"... De este modo, reducidos los celadores a la impotencia, los temibles delincuentes subieron a la parte alta de la edificación y quitaron una de las láminas de eternit. Ninguno quería sin embargo descender, y por tal razón Reyes empujó a Alciery, quien fue a caer por el hueco a la parte interior seguido de Puertas. Iniciaron a continuación la tarea de arrancar los cabezotes de las máquinas de coser allí instaladas, máquinas que fue sacando Reyes valiéndose de una cabuya, operación verificada igualmente con las cajas llenas de pantalones y camisas, mientras Julio Jaramillo Russo, situado en la parte posterior de la fábrica recibía el cargamento y lo acomodaba en el vehículo contratado al efecto, el cual conducía el chofer Orlando Suárez llevando como ayudante al sujeto de nombre César Aguilar Rojano (a) Aguilita. De ese modo ejecutaron y consumaron los delitos de homicidio y de robo agravado, de los cuales se les inculpa en virtud de las presentes sumarias ...

"... Todavía al amanecer los celadores permanecían amarrados; y solamente cuando se percataron de que todo estaba en silencio trataron de soltarse las ligaduras que los sujetaban. El celador López Pérez consiguió pararse a pesar de encontrarse amarrado, y a manera de 'garza' como él mismo lo refiere, alcanzó a salir a la calle y llegar hasta la casa de un vecino a quien le pidió auxilio tanto para él como para su compañero herido gravemente como se dijo antes y quien llevado rápidamente al hospital falleció a consecuencia de la herida sufrida en el trágico amanecer ...

"... Notificada la policía de la verdad de lo ocurrido procedió a inspeccionar cuidadosamente el lugar de los hechos. Encontró sobre una de las máquinas una cartera de propiedad de Aldo Alciery Flórez como se comprobó posteriormente. Revisada encontraron una tarjeta de pago perteneciente al padre del nombrado delincuente, cosa también establecida de manera satisfactoria ...

"... Sometida a examen dactiloscópico la mencionada cartera reveló las huellas dactilares de Aldo Alciery y de Jesús María Puertas, datos de singular importancia y de valor incriminatorio evidente, sirvientes para que se iniciara la búsqueda de los sujetos mencionados a quienes se les capturó en la residencia marcada con el número 19-21 de la calle 478, propiedad de la señora Noelia Reyes en donde Alciery ocupaba un apartamento en calidad de arrendatario y en donde se hallaron máquinas de escribir, implementos de máquinas de coser y cajas con pantalones y camisas. Todo de propiedad de la fábrica de camisas Ready ...

"... Al supuesto autor material de la herida ocasionada al celador de la fábrica, vale decir al señor Elías Reyes, no fue posible capturarlo. Al llegar los agentes de la policía a su casa había salido cinco minutos antes escapando con un amigo en forma que desde entonces se carece de noticia acerca de su paradero. También, y por razón de los mismos hechos fue capturado e indagatoriado Italo Alciery Flórez, hermano del implicado Aldo, ya que en su poder tenía unas camisas producto del robo de la fábrica. Otro tanto sucedió con Francisco Rodolfo Chapman Pineda ...".

Actuación procesal

El proceso fue iniciado por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Barranquilla, mediante auto de 18 de septiembre de 1970. Este juzgado adelantó gran parte de las sumarias y luego lo remitió al Superior en turno, correspondiéndole por repartimiento al Cuarto Superior el cual dispuso nuevas diligencias que se cumplieron a través de Juez de Instrucción Comisionado. Perfeccionadas las instructivas, se produjo el cierre de la investigación el 18 de enero de 1971 (folio 344); pero hubo que purgar el proceso de un vicio de nulidad por ausencia de emplazamiento y declaratoria de reos ausentes a los sindicados Elías Reyes (a) "El Mono Elías" y César Aguilar Rojano (a) "El Aguilita" (folio 394). Superado el impasse se volvió a clausurar la etapa investigativa (folio 401) y se produjo auto calificatorio contentivo de llamamiento a juicio contra Elías Reyes, Aldo Alciery Flórez, Julio Segundo Jaramillo Russo y Jesús Javier o Jesús María Puertas Toro. A Elías Reyes se lo llamó a responder por homicidio y robo, con agravantes específicas para ambos delitos y como "reo ausente" (folio 439). El Tribunal Superior de Barranquilla ante el cual se recurrió en apc-

lación del auto de proceder, lo confirmó en cuanto a los encausados antes mencionados (folio 43, cuaderno número 2). La causa prosiguió normalmente y se llegó hasta la sentencia condenatoria que, como ya se dijo, dictó el Juzgado Cuarto Superior. Corresponde puntualizar que Elías Reyes (a) "El Mono Elías", fue juzgado en contumacia y su captura se produjo con posterioridad a la sentencia, ya estando ésta en firme, de la siguiente manera: el Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla libró "requisitorias" para su captura, lo cual motivó que el Noventa y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá solicitara a aquél por antecedentes de Elías Reyes Peñaranda a quien estaba siguiendo proceso por falsedad y estafa. Ante la respuesta del Juez Cuarto Superior en sentido de existir condena contra dicho sindicado, el Juez Noventa y Tres de Instrucción lo puso a su disposición en la Cárcel Nacional Modelo, de donde fue trasladado a Barranquilla. Cabe anotar, finalmente, que contra la sentencia condenatoria no se interpuso recurso extraordinario de casación.

La demanda de revisión

El apoderado especial de Elías Reyes Peñaranda invoca la causal quinta de revisión, porque "han aparecido nuevos hechos probatorios, nuevas pruebas, con los cuales se comprueba la *inocencia* del propio señor Reyes Peñaranda", porque la identidad de éste "no se demostró en el informativo".

En primer término hace una breve relación de los hechos, mostrando cómo a Elías Reyes, alias, "El Mono Elías", se le juzgó como reo ausente y que al mencionarse su nombre en la sentencia se agregó "de *condiciones civiles desconocidas*".

Pasa luego a sustentar la revisión, con planteamientos y análisis de lo que denominó bajo el rótulo de *nuevas pruebas no conocidas en el juzgamiento*, y que se sintetizan así:

1º Afirma que la inocencia de Elías Reyes está demostrada con el testimonio de Aldo Alciery Flórez, quien fue indagado en el proceso, condenado por robo y en libertad por haberla cumplido.

Son apartes de su libelo los siguientes:

"Al efecto en su exposición el señor Aldo Rafael Alciery Flórez, expuso:

"Orlando Suárez me dijo que íbamos a recoger una mercancía, llegando a la fábrica tocó el pito y salió el mono alto de patillas, esgrimía un cuchillo o una puñaleta o algo así por el estilo, me amenazaba a mí, que yo no servía para hacer eso, que buscaran hombres fuertes como era para cargar unas cajas, con el mono que tenía el cuchillo estaba uno que le decían Benítez y otro alto, largo y grande que Elías era el que los dirigía, era como el de más edad".

"Luego prosigue el deponente Alciery Flórez:

"Elías Reyes era velludo, alto, ya como un señor de 35 a 37 años de edad, tenía un rojo en la mano derecha, no sé si sería un lunar o sangre, el señor Elías de los Reyes, siempre miraba feo y trataba más a Orlando Suárez, no sé por qué unos agentes del F-2 querían y me obligaron a involucrar dándome el nombre de Elías de los Reyes. Anteriormente yo no sabía que el tipo se llamaba Elías de los Reyes, me lo dijeron en el F-2".

"Es importante aclarar que Alciery Flórez fue condenado, pero únicamente por robo y que la pena ya la cumplió.

"El señor Juez Tercero Penal Municipal de Barranquilla interrogó a este declarante así:

"*Preguntado*: ¿Qué edad aproximadamente tenía, para esa época, septiembre de 1970, cuando se dio muerte al celador Alfonso Caicedo Peñate y se realizó el robo a la fábrica Johnson Ready, el señor 'grueso, alto, pelo mono, patillas largas, cerrado de barba, velludo en los brazos, un poco simpático', a quien usted identificó en esa forma y en proceso se le ... Elías Reyes, a. 'El Mono Elías', nombre con los cuales se le condenó?

"Alciery Flórez contestó:

"El señor grueso de patillas, velludo, en el año de 1970 el señor podría tener entre los 35 a 37 años, se veía maduro, era como el cabecilla de los individuos, una estatura como de uno y piquito más o menos, aclaro, él tenía como una estatura, como de 1,78 m. a 79, porque me llevaba a mí, como dos cuartas aproximadamente, porque yo mido uno con sesenta y cinco.

"(Se deja la constancia —por el juzgado— que de acuerdo con su cédula expedida en el mes de marzo de 1967, el señor Aldo Rafael Alciery Flórez tiene una estatura de un metro con sesenta y cinco)".

Muestra el recurrente que "El Mono" Elías Reyes cuando perpetró su acción delictiva tenía aproximadamente de 35 a 37 años de edad, en tanto que Elías Reyes Peñaranda no tenía sino 23 años, lo cual a su juicio se halla demostrado por la documentación remitida por el DAS de Barranquilla.

"Cuando se indagó si conocía a Elías Reyes, el deponente Alciery Flórez anotó:

"Yo lo vine a conocer ese día, pero el tal Benítez le dijo al señor Elías de los Reyes *sabana vámonos*, entonces Elías de los Reyes, le dijo que no pronunciara a Sabanalarga porque el personal que estaba allí no sabía que él era de allá, era de acento costeño, o sea Elías de los Reyes".

2º Se cumplió una diligencia de reconocimiento en rueda de presos, en la Cárcel Modelo, por parte de Aldo Alciery Flórez. Este se expresó así:

"Vi nueve individuos y ninguno tiene las características del señor Elías de los Reyes, puesto que ninguno tiene el lunar y el pelo rojo como el que yo vi ese día en la fábrica, puesto que hace muchos años y era para que tuviera una edad aproximada de cuarenta y cuatro años, por eso no he podido reconocer a Elías Reyes.

"Al disponerse el cambio, de posiciones y ordenarse al señor Alciery Flórez que observase y dijera que había reconocido o no al señor Elías Reyes a. 'El Mono Elías', anotó:

"Ninguna de las personas que se encuentran en el reconocimiento es".

"El juzgado por su parte dejó la siguiente constancia:

"... la persona que suscribió el memorial solicitando la presente diligencia, Elías Reyes Peñaranda, es una persona de aproximadamente de uno ochenta y dos a uno ochenta y cinco metros, aparenta tener treinta y dos o treinta y cinco años, contestura (sic) gruesa; cabellos castaño oscuro ondulados: (sic) ojos claros, castaño, bigote castaño oscuro, aparentemente no presenta señales particulares con excepción de dos tatuajes situados en la parte interior del antebrazo izquierdo que representan una cruz católica y una cruz gamada; tiene acento de persona nacida en el interior del país".

Alega el recurrente que el reconocimiento no se practicó antes porque el señor Reyes Peñaranda no fue llamado al juzgado, pero que la diligencia es válida porque la carga de la prueba corresponde al Estado. Y concluye señalando la ausencia del reconocimiento como un indicio gravísimo, valorado junto con el testimonio de Alciery, acerca de la inocencia de su poderdante.

Refuerza este hecho, a su juicio, el que Reyes Peñaranda estaba para la época de los acontecimientos delictuales en lugar distinto, y dada su condición moral.

3º Para demostrar estos dos aspectos de la cuestión el recurrente relaciona una serie de testimonios de personas que dicen conocerlo en calidad de comerciante en Nechí, como persona solvente moral, económica y socialmente.

"4º Otro medio probatorio trascendental se presenta como demostración del *error judicial* predicado, ya que la evidencia indica cómo Elías Reyes a. 'El Mono Elías', *no es Elías Reyes Peñaranda*, sino un sujeto distinto. Porque aquí ha surgido esa verdad incontrovertible: Elías Reyes Peñaranda no estuvo en la realización de los hechos antisociales, se trata de un homónimo y por consiguiente su *inocencia es un hecho dado procesalmente*.

"Este medio probatorio se relaciona con probanzas documentales procedentes del Departamento Administrativo de Seguridad.

"Con tales documentos, pues, se acredita la identidad de Reyes Peñaranda y por tanto su *no participación* en los hechos, en los cuales perdió la vida el señor Caicedo Peñate y se agotó el delito de robo, a una empresa Barranquillera.

"He aquí, los hechos:

"a) El 2 de agosto del año en curso el señor Juez Tercero Penal Municipal de Barranquilla se dirigió al Director del Departamento de Seguridad del mismo lugar, con el objeto de que remitiera informes del señor Elías Reyes Peñaranda y particularmente sobre 'antecedentes judiciales y policivos, condenas y demás datos importantes';

"b) El mismo 2 de agosto el mismo señor Juez Tercero Penal Municipal se dirigió al Departamento Administrativo de Seguridad, en los siguientes términos:

"Sírvase informar a este Despacho si esa entidad solicitó al Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla mediante comunicación fechada el 11 de mayo de 1979, les informara si la orden de captura impartida por ese Despacho contra Elías Reyes a. 'El Mono Elías', de fecha 9 de junio de 1971 estaba aún vigente;

"c) En agosto 2 del año en curso, también cursé otro oficio del Juzgado Tercero Penal Municipal al DAS y se dijo:

"A la mayor brevedad posible, ruego a usted informar a este Despacho si a nombre del señor Elías Reyes Peñaranda, identificado con cédula de ciudadanía número 17165562 de Bogotá, ha sido expedido Certificado de Policía, en caso afirmativo si éste ha sido refrendado y en qué fecha.

"Of. número 629.

"El Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional Barranquilla, da las siguientes respuestas:

"Con Of. 2371 de agosto 9, anota que 'se encontró registrado el nombre Elías Reyes Peñaranda 'alias El Mono', radicado bajo TD Nº 30-74-06 coincidiendo el mismo número de cédula.

"Que se le expidió Certificado de Policía en 1969, 28 de noviembre.

"Con oficio 2369 de agosto 9, se responde en forma un tanto confusa:

"Elías Reyes. Sin más datos biográficos y morfológicos. Sindicado estafa (sistema ventas loterías navidad). Solicitado por Subdas Barbosa en Radas 969 de junio 9 de 1967.

"Elías Reyes alias 'El Mono Elías', sin datos biográficos y morfológicos, requerido por el Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla, mediante oficio 450 de junio 9 de 1971, sindicado homicidio y robo.

"Elías Reyes alias Elías, sin datos biográficos y morfológicos, requerido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Barranquilla, mediante oficio 1067 de octubre 13 de 1970, investigación robo y homicidio".

Sostiene el recurrente que en el oficio 2369 del DAS aparecen tres Elías Reyes distintos y que Elías Reyes Peñaranda sería otro homónimo.

Resalta también el recurrente que la ficha de Elías Reyes Peñaranda en el DAS aparece sin antecedentes y que en la filiación que se hace en dicha ficha se dice: "color del cutis moreno", y que la anotación que reza, "alias El Mono", fue puesta en manuscrito y en forma irregular, como lo observaron en las mismas dependencias.

En la existencia de varios homónimos, en la filiación que aparece en la ficha biográfica de Reyes Peñaranda, en el no reconocimiento de éste por parte de Aldo Alciery Flórez y en el hecho de no figurar registrados antecedentes en su tarjeta en el DAS, afianza el apoderado del sentenciado la conclusión de que Elías Reyes Peñaranda no fue la persona que "contribuyó a perfeccionar el crimen del celador Caicedo Peñate y del robo a la fábrica Johnson Ready. Fue un homónimo".

Trámite del recurso

1. Se admitió la demanda, se reconoció al apoderado nombrado, se solicitó el proceso respectivo y se abrió el juicio a prueba (folios 105 y 111). Se decretaron y practicaron las solicitadas por el Procurador Delegado y por el apoderado del procesado.

2. Se corrió traslado al Ministerio Público, representado en esta ocasión por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Este hace una relación y análisis de los antecedentes del proceso y de las pruebas recogidas en el curso del mismo y las compara con las practicadas en la etapa probatoria de la revisión. Resalta la descripción física que en su indagatoria hizo Aldo Alciery de Elías Reyes y como pretendientes a descartar a Reyes Peñaranda. Lo propio señala en cuanto a la diligencia de reconocimiento. Muestra cómo Reyes Peñaranda aparece en Nechí (Antioquia) y resalta el hecho de que las personas que dicen conocerlo como comerciante en el lugar antes referido, aportan datos, que no superan los diez años, siendo protuberante que ninguna luz se haya aportado sobre la vida anterior del sentenciado.

El pormenorizado estudio del Procurador Delegado concluye con la afirmación de que en estas diligencias se juzgó y condenó a una persona conocida procesalmente por medio de pruebas válidas y a tal punto convincentes que se la pudo responsabilizar de los dos ilícitos y excluir de uno de ellos a dos sujetos también investigados, así como absolver a otro. Por lo cual no hubo fallo injusto contra determinado sujeto, ni error judicial que corregir. Agrega que, no obstante las consideraciones anotadas, las pruebas llevadas a cabo en el probatorio de la revisión, las cuales analiza, "lejos de despejar la duda que plantea Elías Reyes Peñaranda sobre su identificación con quien fuera sentenciado por los delitos de homicidio y robo en fallo del 12 de febrero de 1977, constituyen graves indicios en su contra como el responsable de los mismos, de tal manera que tampoco por este aspecto sería procedente la revisión que se solicita".

3. El demandante en su alegación se refiere en primer término a los medios probatorios allegados a la Corte con la primera petición. Afirma que con la declaración de Aldo Alciery Flórez y al no haber reconocido éste a Reyes Peñaranda en rueda de presos, con posterioridad a la condena, se comprobó que dicha persona no participó en el homicidio del celador Caicedo Peñate, ni en el robo a la fábrica Johnson Ready.

Sostiene que el señor Reyes Peñaranda se encontraba fuera de Barranquilla en la fecha de comisión del delito. Que estaba en Nechí. Que

existen cuatro Elías Reyes y solamente uno con el apellido Peñaranda. Que en el Departamento Administrativo de Seguridad no le aparecen antecedentes al señor Elías Reyes Peñaranda y que la leyenda a. "El Mono", que figura en su cartilla, es una marca indebida, como fluye de la diligencia de inspección judicial llevada a cabo. Que en esa cartilla el señor Reyes Peñaranda figura con "color del cutis: *moreno*" y que es imposible que a un moreno se le llame "El Mono".

Pasa luego a referirse a las probanzas de la segunda etapa, cumplidas por disposición de la Corte.

Relieva en este aparte la existencia de los homónimos en número de seis para fundar la no existencia de la identidad de su poderdante. Esto, reforzado con la no existencia de antecedentes en la cartilla de Reyes Peñaranda en el DAS, con el hecho de no haber figurado para nada en los inicios de la investigación, según versión del jefe de la oficina de identificación del F-2, es demostrativo de la inocencia de su patrocinado.

Se refiere luego al hecho de que Julio Segundo Jaramillo Russo, otro de los condenados, no reconoció en fila de persona a Elías Reyes Peñaranda, de donde colige que su poderdante no actuó en la noche del crimen.

Dice que del testimonio rendido bajo juramento por Elías Reyes Peñaranda en el período probatorio señalado por la Corte se desprende "un indicio muy diáfano sobre su inocencia", porque Reyes se encontraba en Neehí.

Expresa que Alciery Flórez acusó a un individuo muy distinto a Reyes Peñaranda y que fue obligado por los agentes secretos a mencionar a Elías Reyes, como lo dijo el testigo en su declaración cumplida con posterioridad a la sentencia condenatoria.

Anota el recurrente el hecho de que las inspecciones judiciales practicadas respectivamente en DAS y F-2 de Bucaramanga mostraron que las solicitudes de captura figuran solamente con el nombre de Elías Reyes, sin el apellido Peñaranda. Y basándose en experticio médico que muestra a Reyes Peñaranda como "moreno claro" de "cabellos castaños", vuelve a plantear lo caprichoso del apelativo "El Mono".

Finalmente hace una crítica al concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, reafirmando la sustentación de sus puntos de vista, para concluir solicitando que se revisen las sentencias condenatorias y el proceso y se decrete la libertad de Reyes Peñaranda.

Consideraciones de la Corte

Primero. Como se expresó, el apoderado de Elías Reyes Peñaranda invocó la causal quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, fundándola en que "han aparecido nuevos hechos probatorios, nuevas pruebas, con los cuales se comprueba la *inocencia* del propio señor Reyes Peñaranda", porque la identidad de éste "no se demostró en el informativo".

Como elementos probatorios nuevos presenta testimonios y diligencias de reconocimiento en rueda de personas, de individuos que fueron condenados por el robo a la fábrica Johnson Ready y que dijeron no conocer ni reconocer a Elías Reyes Peñaranda como "El Mono Elías".

En torno a lo anterior, desarrolla su argumentación en la forma en que ya se ha precisado.

Segundo. En este punto, es preciso destacar lo siguiente:

Al folio 397 del primer cuaderno, aparece el edicto emplazatorio con relación al interesado en revisión, en el cual se "cita y emplaza a los señores Elías Reyes (a.) 'El Mono Elías' ...". No se indica con relación a él ninguna filiación.

En el auto de proceder, tampoco se presenta ninguna filiación suya en el capítulo destinado a las *condiciones civiles de los sindicados*. Simplemente se dice que no fue capturado y que se le declaró reo ausente (folios 406 y siguiente). Más adelante se limita a señalar que es "... grueso, alto, pelo mono, patillas largas, cerrada la barba, velludo en los brazos, un poco simpático ..." (folio 423).

En el confirmatorio del de llamamiento a juicio, no se pasa adelante de lo ya indicado (2º cuaderno, folio 28).

Como indicio incriminatorio contra Reyes Peñaranda se presenta el consistente en que habiendo solicitado al DAS de Barranquilla certificado para trabajar, dio la siguiente dirección: calle 27 Nº 17B-21, la cual corresponde a la que el sindicado Jaramillo Russo dio a la Policía como de Elías Reyes (a.) "El Mono": calle 27 con carrera 17 de esa misma ciudad.

Tercero. Tiene por objeto la revisión atacar la cosa juzgada y demostrar el error judicial que se haya podido cometer en la sentencia condenatoria ejecutoriada, para lo cual la ley señala las causales precisas, sin que sea posible alegar una que no esté consagrada y el procedimiento que debe seguirse.

De acuerdo con el artículo 584 del Estatuto Procesal respectivo, "en materia penal hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, ...

"5. 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 anterior fue la causal invocada por el demandante y ya se ha expuesto largamente la manera como la desarrolló y sustentó.

Se repite cómo la revisión tiene por finalidad atacar la sentencia ejecutoriada. De manera que es directamente contra ella contra quien se dirige: ya oponiendo entre sí sentencias condenatorias en los casos de la causal primera; ya demostrando que la sentencia atacada erró por cuanto aceptó como materialidad del homicidio la muerte de una persona cuya existencia después se comprueba (3ª); ya cuando se ataca la sentencia ejecutoriada por demostrarse la falsedad de alguna prueba "que haya podido determinar el fallo respectivo" (3ª); ya porque la sentencia impugnada se fundamentó sobre prueba secreta que no existía en el proceso (4ª), finalmente, como en el caso propuesto, cuando con nuevos hechos o nuevas pruebas no conocidos al tiempo de los debates, se establezca "la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados" o se levanten "indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad" (5ª).

En todos y cada uno de estos casos, se ataca directamente la sentencia ya porque, por ejemplo, ella dio por cierto un hecho que no lo era (muerte violenta de una persona que en realidad se encuentra viva), ya porque tomó por cierta una prueba falsa que pudo determinar el fallo respectivo, ya porque obedeció a pruebas secretas o ya porque se estructuró con ausencia de prueba que demostraban la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

De manera que en orden a la prosperidad de la revisión, es necesario que se alegue y compruebe a lo menos una de esas circunstancias o causales y que, con ello, se ataque a fondo la sentencia ejecutoriada.

Cuarto. En el caso que se viene considerando, se repite, se invocó la causal quinta bajo la modalidad de que se presentaron hechos o pruebas nuevas que establecen, según el libelista, la inocencia o irresponsabilidad del condenado Elías Reyes Peñaranda.

Y las pruebas que ha presentado dentro de este recurso de revisión todas están encaminadas a demostrar lo que sentó como tesis principal: "en el informativo *no se demostró la identidad* de Elías Reyes Peñaranda como autor de los delitos de homicidio agravado y robo ... Se condenó a un homónimo del señor Elías Reyes Peñaranda y no a éste concretamente ... Y si probatoriamente no se pudo identificar a Elías Reyes Peñaranda como el autor del homicidio y el robo, ni técnica ni científicamente se logró establecer que era el mismo Elías Reyes, con sus tres alias, esto es Elías, El Mono y 'El Mono Elías', es indudable que la justicia se halla frente a un doliente *error judicial*".

Y luego, en el alegato de conclusión: "con las pruebas nuevas se demuestra que la persona emplazada *no fue Elías Reyes Peñaranda*. Sino un homónimo, luego esta equivocación de hecho reseña *la inocencia*, por lo menos de Elías Reyes Peñaranda".

Y, en verdad, las pruebas nuevas aportadas a este juicio de revisión cumplen, a lo menos, una de las exigencias requeridas para el fin principal propuesto, aun cuando con la definitiva salvedad que adelante se indicará: el no encontrarse debidamente establecida la identidad entre Elías Reyes Peñaranda, actualmente detenido y cuyo apoderado interpuso el recurso de revisión que se viene estudiando y, Elías Reyes, alias "El Mono" Elías, contra quien se dictó auto de detención en las respectivas diligencias, a quien se llamó a juicio, a quien se juzgó como reo ausente y, finalmente, a quien se condenó.

Y es que, para desconocer esa identidad surgen con atendible fuerza pruebas como las consistentes en no reconocimiento en rueda de personas del recurrente Elías Reyes Peñaranda como el "Mono Elías" que intervino en la acción delictuosa; plurales declaraciones de acuerdo con las cuales para la fecha de los hechos se encontraba en el Municipio de Nechí; pluralidad de homónimos correspondientes a Elías Reyes y, finalmente, la ausencia de antecedentes penales en el actual detenido Elías Reyes Peñaranda.

Esa pluralidad de pruebas, debidamente consideradas, presentan innegable superioridad sobre el indicio incriminatorio antes traído a colación consistente en que cuando Elías Reyes Peñaranda solicitó al DAS de Barranquilla certificado para trabajar, dio la siguiente dirección: calle 27 Nº 17B-21, la cual se dice corresponde

a la señalada como del "Mono Elías" a la Policía, por el sindicado Jaramillo Russo: calle 27 con carrera 17 de la misma ciudad.

Sobre este particular cabe observar que las direcciones suministradas por esas personas no son exactas en su concordancia, pues, mientras el primero la precisa, el segundo apenas indica genéricamente la ubicación.

Quinto. Se ha esforzado el demandante en demostrar cómo la identidad de su poderdante, Elías Reyes Peñaranda, no corresponde a la del sentenciado. Ese ha sido el argumento principal y constante de su pretensión. Y, también ya se ha dicho cuál es el objeto del recurso de revisión.

Y, en el caso en estudio, se concretó con la invocación de la causal quinta del artículo 584: "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".

Ante las concretas pretensiones de la demanda, ha de tenerse en cuenta:

Aquí y, en atención a la causal invocada, la revisión, en planteamiento general, se propone contra la sentencia, porque se cree en la demostración, por medios probatorios, de la inocencia de Elías Reyes Peñaranda o de la existencia de graves indicios de ella, con fundamento en que no hay identidad entre éste y la persona que fue condenada.

Pero el buen entendimiento de la causal invocada lleva a afirmar que esa *causal del recurso de revisión tiene cabida cuando, la persona concretamente condenada e identificada, es inocente o irresponsable o cuando se presenta graves indicios de ello.*

No opera, en consecuencia tal causal cuando lo que se cuestiona no es esa inocencia o irresponsabilidad de determinada o identificada persona condenada como responsable, sino cuando lo que se pone en tela de juicio o se niega enfáticamente es la identidad entre esa persona condenada en la sentencia y aquélla a quien se capturó como si se tratara de la primera.

En este caso por medio de la sentencia se ha condenado a un verdadero responsable. De manera que desde este punto de vista, no puede aceptarse el que prospere el recurso de revisión. Porque estudiado el proceso primitivo en su integridad, se llega a la conclusión de que sí hubo un Elías Reyes, alias El Mono, que tomó parte en los delitos por los cuales fue condenado junto con otros. Por tanto, la sentencia en cuanto condenó a este sujeto, no puede revisarse ya que con relación a él no aparecen nuevas pruebas que establezcan su inocencia o irresponsabilidad, así como tampoco indicios graves de ello.

En consecuencia, el recurso de revisión habrá de negarse.

Pero como la identidad del reclamante en revisión con relación a la verdadera persona física sentenciada y condenada se ha puesto en tela de juicio con argumentos y probanzas que vienen a causar perplejidad en esta Sala, hasta el punto de pensar en una libertad caucionada si fuera de su competencia, habrá que decretar que regresen todas las diligencias al juzgado de primera instancia que está vigilando el cumplimiento de la pena con el fin de que, previas las confrontaciones con los demás datos que reposan en los autos de detención y de proceder y en las sentencias de primera y de segunda instancia y, una vez practicadas las demás pruebas que estime pertinentes con relación a la identificación del recurrente en revisión con la persona que realmente fue condenada, decida lo de ley.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal —, oído el concepto de su Fiscal Colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. NEGAR el recurso de revisión propuesto, del cual se ha hecho mérito.

Segundo. ENVIAR las diligencias al Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla con el fin de que proceda de acuerdo con lo dicho en la parte final de la motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Bernardo Gaitán Mahecha (Conjuez), *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION

Diferencias entre la recusación y los recursos legales

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 27277.

Aprobado: Acta número 107.

Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la recusación propuesta por los apoderados de la parte civil y de Juan de Jesús Piraquive Laguna contra el honorable Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctor Rafael Murillo Forero quien, por medio de providencia que lleva fecha seis (6) de noviembre del año en curso la rechazó y dispuso que se enviara a esta superioridad el proceso para lo de su cargo.

Para resolver se considera

Se basa la recusación en las causales primera y quinta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal con invocación de las cuales los recusantes manifiestan que la Sala de Decisión interviniente en este proceso y que está compuesta por los Magistrados, doctores Jaime Leguizamón Cayeedo, Rafael Murillo Forero y Beatriz Otave de Valencia ha demostrado parcialidad en favor del sindicado Rubén Darío Restrepo Restrepo, la que se ha manifestado de modo especial en los autos de 13 de agosto y 3 de septiembre del año en curso por la primera de las cuales se dijo ser de propiedad de dicho sindicado unas motobombas existentes en la hacienda "San Rafael" y en la segunda se afirmó, entre otras cosas que el auto de detención contra Restrepo Restrepo había sido revocado cuando, en sentir de los recusantes, sólo estaba suspendida la detención.

Dicen también que en la segunda de esas providencias se omitió, por la Sala, el estudio del tema de fondo por ellos planteado a saber, qué persona tenía derechos a las mencionadas motobombas y, además, se desconocieron los derechos de sus poderdantes, profiriendo decisiones que contrarían, según su parecer, de modo ostensible y manifiesto el derecho.

Recusan también a los Magistrados en mención con base, como se deja dicho, en la causal contemplada por el numeral 5º del artículo 78 del Código Procesal Penal, aunque no aparece en forma concreta el cargo que, por este aspecto, enderezan contra ellos.

Ya esta Sala Penal, por auto de quince de octubre del año en curso, tuvo oportunidad de referirse a las recusaciones propuestas cuando examinó lo referente al honorable Magistrado Jaime Leguizamón Cayeedo.

Dijo en aquel entonces y ahora lo reitera, que *debe hacerse una clara diferencia entre la recusación y el derecho de reclamar contra las providencias que dictan los jueces. Aquella se refiere a la persona de los administradores y tiene por objeto evitar que el juzgamiento se haga por quienes, en alguna forma, tengan comprometida su imparcialidad.*

Los recursos, en cambio, tienden a impugnar las providencias, en sí, prescindiendo de la persona que las profiere, en forma que si en ellas interviene algún interés del juzgador, el camino es el que señalan las normas penales pertinentes pero no la recusación.

En el presente caso se han confundido las dos cosas y los recusantes, descontentos con las resoluciones de la Sala de Decisión del Tribunal de

Ibagué, han acudido a la vía de la recusación, que no es la pertinente.

Porque, entre otras cosas, no aparece que su censura a estos tuviera fundamento en la persona misma de tales funcionarios sino que se le busca asidero en lo que han decidido en las providencias referidas.

En el caso del Magistrado Murillo Forero, al que se refiere la presente providencia, se tiene que él ha rechazado la recusación no sólo porque, según advierte, no tiene él ni sus parientes interés alguno en las resultas del proceso, sino porque no existe un grado de amistad o enemistad entre él y los recusantes, que pueda impedirle intervenir en el mismo.

Estas manifestaciones deben acogerse porque ni los recusantes presentaron ni aparece en el expediente prueba alguna que las desvirtúe y no se trata, como lo advierte el funcionario, de entrar a examinar las relaciones afectivas que puedan existir entre los mismos juzgadores sino las de éstos con las partes que es el verdadero motivo en que pueda fundarse una recusación.

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

Resuelve:

DECLARAR infundada la recusación propuesta contra el honorable Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctor Rafael Murillo Forero y disponer que siga conociendo del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

Violación directa e indirecta de la ley sustancial. Cuando de violación indirecta se trata, el censor debe señalar, ante todo, cuáles normas procesales de contenido probatorio fueron quebrantadas y de qué manera su quebranto determinó el grave error que atribuye al fallador

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 107.

Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Magistrado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El procesado Saúl Navarro Vergara y la parte civil interpusieron recurso de casación contra la decisión del Tribunal Superior de Montería que condenó a aquél a la pena principal de cuatro (4) años de presidio como coautor responsable de delitos de falsedad documental y estafa.

El recurso se admitió por auto de 2 de junio de 1981, y dentro del término legal, fueron presentadas las correspondientes demandas de casación, pero mientras la formulada a nombre del procesado se declaró ajustada a las exigencias formales de ley, la de la parte civil se estimó improcedente debido a falta de personería para recurrir, por cuyo motivo, en su caso, el recurso fue declarado desierto.

Corresponde entonces, decidir el recurso propuesto por el sentenciado.

Hechos

José María Cardozo Alvarez promovió proceso civil de ejecución singular contra la señora Magdalena Fuentes viuda de Córdoba, por aparecer ésta como deudora solidaria de dos letras de cambio que su difunto cónyuge Juan Evangelista Córdoba había girado el 10 de agosto de 1972 y el 14 de marzo de 1973 a favor del demandante por las sumas de $ 43.250.00 y $ 5.500.00 respectivamente. Pero luego de concluir el proceso civil con el remate de un bien de la demandada para satisfacer el pago de la acreencia alegada, la señora viuda de Córdoba recurre entonces a la justicia penal sobre la base de que las firmas que como de ella aparecen en los dos títulos-valores son falsificadas.

Actuación procesal

La investigación la inicia el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Montería el 12 de mayo de 1976 y al quedar ella perfeccionada, pasa al Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, que califica el sumario el 5 de abril de 1979 con llamamiento a juicio de los sindicados Saúl Navarro Vergara y José María Cardozo Alvarez por el delito de falsedad contemplado en el Título VI, Capítulo III, del Libro II del Código Penal de 1936, con las aclaraciones hechas en auto posterior de 3 de mayo de igual año. Recurrida en apelación la decisión enjuiciatoria, el Tribunal Superior de Montería, por la suya de 18 de septiembre de 1979, la confirma con la modificación "de que también se llama a juicio" "por el delito de estafa de que trata el Libro II, Título XVI, Capítulo V del Código Penal".

Tramitada la causa con ceñimiento al ritual procesal, el 23 de octubre de 1980 es proferida sentencia de condena contra los enjuiciados, la que al ser apelada fue confirmada por la del Tribunal de 28 de enero de 1981, objeto del recurso de casación.

La demanda

Invoca las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, para formular a su amparo uno y dos cargos, respectivamente, así:

1. *La cuarta*, por haberse dictado la sentencia "en un juicio viciado de nulidad, de carácter constitucional, por cuanto el procesado Saúl Navarro Vergara, careció de defensa técnica o formal, exigida por la Constitución y la ley para la validez del juicio". Ello, por cuanto, contrariamente a la amplia labor desplegada por la parte civil, quienes actuaron como apoderado en el sumario y defensor en el juicio no solicitaron prueba alguna en beneficio del procesado, fuera de que en la etapa de instrucción el asistente judicial de éste no se hizo presente en las diligencias, ni objetó los dictámenes practicados a pesar de la contradicción de los mismos. De ahí que haya existido violación del artículo 26 de la Constitución "en razón a que a dicho procesado se le desconoció el derecho de defensa".

2. *La primera*, aunque sin aludir específicamente a violación directa o indirecta de la ley sustancial, porque:

a) "No hay prueba para condenar al procesado Saúl Navarro Vergara, como coautor de los delitos de falsedad y estafa". Es que en su sentir el fallo acusado se funda "en una serie de indicios", a los que el sentenciador, con violación de los artículos 215, 216, 217 y 220 del Código de Procedimiento Penal, "da el valor de plena prueba de los delitos de falsedad y estafa". El Tribunal —dice— incurrió en el grave error de darle al dictamen grafotécnico vendido por el Instituto de Medicina Legal y al hecho de poseer Navarro Vergara una máquina de escribir con tipos gráficos iguales "a los que tiene una de las letras falsificadas", el valor de indicio necesario, que no tienen, para deducir de él la autoría de Navarro Vergara en la falsedad;

b) "No están demostrados los elementos tipificadores de la coautoría de Saúl Navarro Vergara en los delitos porque (sic) fue condenado y, por tal motivo, la norma prevista en el artículo 19 del Código Penal, no tiene operancia legal en el caso de autos". Lo anterior, porque si "el señalado por el Tribunal como autor principal, no acusa a Navarro" y "tampoco lo hacen de manera directa los denunciantes", "no tiene operancia con respecto a Navarro la sanción y condena prevista en el artículo 19 del estatuto penal", máxime cuando "la prueba de indicios quedó totalmente desvirtuada", amén de que el Tribunal, al sostener "que hay dos delitos: el de falsedad y estafa", "se aparta de los conceptos de los procesalistas, según los cuales el delito de falsedad absorve (sic) al de estafa" y como "es innegable que Saúl Navarro, no obtuvo beneficio alguno de los hechos imputados a Cardozo Alvarez", no es justa su condena y la honorable Corte deberá invalidarla".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que la demanda no está llamada a prosperar y, en sustento, arguye:

a) El proceso no acusa nulidad supralegal por infracción del derecho de defensa, porque "en el caso examinado, se observa, que recibidas determinadas pruebas y ya cumplidas otras diligencias, fue vinculado al proceso Navarro Vergara, quien fue asistido por apoderado en las diligencias que lo requirieron sin que por tanto exista irregularidad alguna por este aspecto y su apoderado, formuló además en tal etapa, determinada petición relacionada con su libertad; si no se consideró necesaria otra actuación frente a la investigación que se adelantó esencialmente sobre la base de indicios, no puede considerarse que se haya quebrantado su derecho de defensa, toda vez que el profesional correspondiente tiene la facultad de escoger y seleccionar los medios que considere pertinentes, sin que se le pueda señalar en este campo, una pauta precisa, pues depende de su criterio y de las circunstancias del proceso; así, el hecho de no haberse producido intervención en el sumario, en representación del procesado nombrado, una vez vinculado a la investigación, no puede ocasionar nulidad"; y, "en lo referente al juicio", "fue debidamente asistido; pues el defensor respectivo, apeló el enjuiciamiento y sustentó el recurso mediante escrito con razones suficientes y que fueron examinadas; si no se pidieron pruebas en el juicio, debe entenderse que no se estimaron necesarias; y en la audiencia estuvo igualmente representado, sin que por tanto, pueda aducirse quebranto alguno del derecho de defensa";

b) La invocación del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal resulta algo imprecisa, pues no señala si se incurrió por el fallador en error de hecho o de derecho —como sería necesario— y aunque se refiere a otros indicios examina principalmente el dictamen pericial de los grafólogos respecto al cual anota que el Tribunal incurrió en grave error al

darle "el valor de indicio necesario", con olvido de "que los indicios tienen que examinarse en conjunto, sin que sea posible tomarlos aisladamente y fue esta la forma en la cual procedió el fallador para llegar a la conclusión que contiene el fallo, porque no se tuvo en cuenta solamente el dictamen, sino el hecho de emplearse dicha máquina de escribir ... y en general, el conjunto de indicios, con base en los cuales llegó aquél a la convicción de encontrarse demostrada la responsabilidad de los autores del hecho";

c) No es cierto que no esté demostrada la coautoría de Navarro en la comisión de los hechos punibles a que alude el proceso, porque "si bien no se formula acusación por los denunciantes, los cargos contra el procesado resultan de las mismas pruebas practicadas y del proceso, como quien prestó auxilio necesario al dueño de los títulos-valores y puso a su alcance, los medios necesarios para lograr el cobro irregular de las acreencias referidas, lo cual no podía lograr por sí solo aquél, dados sus muy escasos conocimientos" y "en cuanto a su no intervención en la estafa, cabe advertir, que se trata de delitos estrechamente relacionados, falsedad y estafa, pues el primero carecería de objeto si no se tradujera en pretender y perseguir las prestaciones económicas que se buscaban, en lo cual dio ampliamente su colaboración al presunto acreedor, hasta llevarlo o señalarle el abogado que debía adelantar el juicio ejecutivo, en que aquél intervino como secuestre, lo cual significa su estrecha cooperación e intervención directa en el asunto".

Agrega, por último, que para el rechazo del segundo cargo presentado bajo el marco de la causal primera, bastaría aducir "su deficiente formulación", puesto que no señala "las normas procesales desconocidas".

Considerandos

1. *Causal cuarta.* Acierta la Procuraduría Delegada en sus argumentos contrarios a la supuesta violación del derecho de defensa. Sabido es que la propia ley de procedimiento penal acoge y desarrolla en forma imperativa el precepto del artículo 26 de la Carta Política al establecer la asistencia profesional de los inculpados con carácter obligatorio, tanto en el sumario como en el juicio, con el fin de que el juzgamiento se produzca sin mengua del debido proceso y de los derechos del procesado. Es verdad que cuando al sindicado no se le oye en el desarrollo del proceso ni se le vence en juicio con observancia de sus formas propias, ha de predicarse la existencia de nulidad supralegal. Pero en el caso *sub judice* no es esa, sin embargo, la situación que se presenta, pues el procesado recurrente fue vinculado al sumario cuando se tuvo noticia de su probable participación en los hechos y luego de indagaciones sobre su identidad y residencia (folios 96, 128/9, 135, 145, 151, 188, cuaderno 1º); en la indagatoria fue asistido por abogado que él mismo nombró (folio 195), y entre esta diligencia y el auto de cierre de investigación, transcurrieron diez meses durante los cuales se practicaron varias pruebas entre ellas la muy importante de peritación grafológica en desarrollo de la cual el juez se trasladó a la propia residencia de Navarro (folio 260) y cuyos resultados fueron puestos en conocimiento de su apoderado (folio 298 vuelto). Es más, si bien el defensor no solicitó el recaudo de nuevos elementos de convicción en el trámite del juicio —como no lo hizo ninguna de las partes— es evidente, como lo puntualiza el Agente del Ministerio Público, que apeló del auto de vocación a juicio que sustentó la apelación y que en la audiencia de juzgamiento abogó en interés de su asistido. No existe, pues, la supuesta infracción del derecho de defensa, amén de que es doctrina de esta Corporación "que el ejercicio de la defensa en las varias etapas del proceso constituye labor compleja; lo mismo puede realizarse interponiendo recursos que absteniéndose de hacerlo; solicitando pruebas o no haciéndolo; propugnando en el debate público por la presentación de unas tesis o eludiendo el planteamiento de otras" (casación de 29 de enero de 1981).

No prospera este cargo.

2. Causal primera. *La formulación de los dos cargos no se ciñe a las exigencias de la técnica inherente a este recurso extraordinario, pues sin aducir violación directa o indirecta de preceptos sustanciales, el censor acusa el fallo sobre la base de que el juzgador de instancia incurrió en el grave error de condenar sin la presencia de la plena prueba de los delitos imputados y de la responsabilidad del reo. Es que cuando la acusación a la sentencia se hace con invocación del primero de los motivos de casación, el censor está en el deber de señalar cuál el carácter de la violación, pues si de la directa se trata su argumentación tiene que edificarse sobre el reconocimiento de la situación fáctica admitida en el fallo, para solo discutir o controvertir la selección de la norma sustancial o el contenido que a éste le asignó el juzgador, al paso que en la hipótesis de violación indirecta el recurrente des-*

conoce la realidad probatoria que el fallo admite y debe demostrar el quebranto del precepto legal como consecuencia de error de derecho, o de hecho que aparezca ostensible en los autos.

Pero aunque se admitiera que la demanda apunta, al citar la causal primera, a la sola hipótesis de violación indirecta de la ley sustancial, tendríase que el primero de los cargos no se ajusta a la realidad procesal y jurídica, puesto que el examen de la sentencia permite advertir que los varios indicios tenidos en consideración para la condenación fueron examinados en ella con todo detenimiento, fuera de que la prueba indiciaria, al igual que la testimonial y pericial, no tienen en la ley procesal una taxativa tarifa que limite la libertad apreciadora del sentenciador.

Y en cuanto al segundo cargo, *la circunstancia de que el recurrente no hubiese señalado la norma o normas de índole probatoria que, al ser infringidas por el fallador, hubiesen tenido la virtud de conducir al grave error que atribuye a éste, conduce a la ineficacia de la censura, puesto que la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que cuando se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de error de hecho o de derecho, el demandante tiene la obligación de señalar, en primer término, cuál o cuáles normas procesales de contenido probatorio fueron quebrantadas, para luego demostrar de qué manera ese quebranto condujo a la violación de la ley sustancial, en este caso, de las normas que establecen los hechos punibles que la sentencia imputa al procesado, dentro del contexto de la coparticipación.*

Procede, pues, desestimar la demanda como lo disciplina el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

No CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Excepción consagrada en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente Nº 27166.
Aprobado: Acta número 107.

Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

A virtud de consulta, corresponde a la Corte revisar el auto del Tribunal Superior de Villavicencio del 30 de julio del año en curso, por medio del cual, previo concepto favorable del Fiscal Segundo de la Corporación, declaró prescrita la acción penal y dispuso, en consecuencia, cesar el procedimiento adelantado contra Fabio Robledo Restrepo, ex Juez Promiscuo Territorial de Puerto Inírida, sindicado de la comisión de un delito de falsedad en documento público.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha solicitado a la Corte que revoque la providencia consultada, a causa de considerar que de conformidad con los artículos 80 y 82 del actual Código Penal, el término prescriptivo no se ha cumplido todavía.

Considerandos

El delito de falsedad en documento público que se atribuye al juez Robledo Restrepo estaba sancionado, conforme a la legislación entonces vigente, con pena máxima de diez (10) años de presidio en el artículo 231 del Código Penal.

El artículo 105 del mismo Código, bajo cuyo imperio comenzó a correr la prescripción de la acción, establecía que el fenómeno se presentaba, para las infracciones que tuvieran señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco (5) años y menor de veinte (20), en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, esto es, en el caso del artículo 231 del Código anterior, en diez (10) años.

Los hechos atribuidos al procesado Robledo Restrepo fueron cometidos por éste cuando ejercía las funciones de Juez Promiscuo Territorial de Puerto Inírida y, por tanto, antes del 24 de noviembre de 1970 o en esa fecha, que fue en la que dejó el cargo que desempeñaba cuando cometió el hecho y, por consiguiente, hace más de diez (10) años.

La acción penal, en consecuencia, quedó prescrita el 24 de noviembre de 1980.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal sostiene, sin embargo, que el tiempo de prescripción de la acción debe aumentarse o reducirse teniendo "en cuenta las circunstancias de atenuación y de agravación concurrentes" y en este caso aumentarse en una tercera parte por tratarse de un delito "cometido por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo o con ocasión de ellos", de modo que el tiempo necesario para la prescripción, de conformidad con los artículos 80 y 82 del Código actual, no es ya el de diez (10) años, sino "el de trece (13) años y cuatro (4) meses, los cuales no habían transcurrido para cuando la providencia en consulta se dictó, como tampoco se han cumplido para cuando este concepto se rinde".

La Delegada pretende, de este modo, que las normas del Código actual en materia de términos para la prescripción de la acción se apliquen de preferencia, aun siendo más gravosas, a las que regulaban ese derecho del procesado en la legislación vigente para la fecha en la que se afirma que éste cometió el delito.

Es principio general de derecho, sin embargo, cuya sabiduría y vigencia jamás han sido pues-

tas en tela de juicio, el que establece la irretroactividad de la ley penal, de modo tan comprensivo, que la única excepción conocida está consagrada en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Política, conforme al cual, "en materia criminal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

No puede invocarse, por consiguiente, una ley o disposición penal, inexistente para la época de la comisión del delito, con el objeto de aplicarla a situaciones, hechos o circunstancias ocurridos con anterioridad a su promulgación, con la única excepción que acaba de indicarse, pues, como es bien sabido, la ley no rige, ni obliga, ni puede quebrantarse, sino a partir de la fecha de su promulgación y, por tanto, en relación con los eventos futuros que puedan llegar a presentarse.

Como en este caso el delito se cometió el 24 de noviembre de 1970, la acción penal, de conformidad con el artículo 105 del Código anterior, prescribió el 24 de noviembre de 1980, esto es, antes de entrar en vigencia el Decreto-ley número 100 de 1980, cuyas disposiciones, entre ellas las citadas por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sólo comenzaron a regir el 29 de enero de este año y, por consiguiente, dos (2) meses después de haber cesado para el Estado la facultad de ejercerla en este proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA el auto consultado.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

OPINION EXTRAJUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Para que pueda prosperar el impedimento fundado en esta causal es necesario que el funcionario precise el alcance del concepto que emitió, pues sin tal concreción, no es posible saber si prospera o no la causal invocada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 107.

Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ha de resolver la Sala el impedimento manifestado por el honorable Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Fabio Restrepo Arteaga, el que fuera rechazado por sus compañeros.

Resultandos y considerandos

1. En proceso adelantado contra José Ignacio Vives Echeverría y otros por delitos de homicidio y falsedad documental se profirió auto que niega la cesación de procedimiento impetrada por aquel; apelada tal determinación para ante el Tribunal de Bogotá, debe esta Corporación pronunciarse sobre ella. Sin embargo, antes de hacerlo, uno de los magistrados que integran la Sala respectiva —el doctor Fabio Restrepo Arteaga— manifestó a sus colegas que se declaraba impedido para actuar porque cuando a esa misma Sala había llegado el proceso contra el ex Juez Tercero Penal Municipal de Bogotá, doctor Bettín Diago por falsedad documental, él expresó su impedimento que entonces le fue aceptado y que ahora reproduce así: "fui enterado por el doctor Bettín Diago de los hechos que dieron origen al presente proceso, habiéndole manifestado al mencionado ciudadano mi opinión sobre el asunto, en forma tal que no estaría en condiciones de actuar con la debida independencia de criterio que la condición de juzgador exige". Agrega, ahora, el doctor Restrepo que "el hecho punible imputado a dicho ex juez se fundamenta en los mismos sucesos que generaron un sumario contra los doctores José Ignacio Vives Echeverría, Clemente Briñez Herrera, Lorenzo Montero y el señor Marco Aurelio Ahumada. El sumario adelantado contra el doctor Vives Echeverría y otros por el homicidio de Juan Manuel Gutiérrez Caamaño, fue acumulado al de la falsedad, por encontrar una relación causal entre el primero y el segundo delitos, siendo este un *posterius* lógico respecto de aquel, según se dijo". Considera, pues, el doctor Restrepo que ya emitió opinión sobre unos hechos que son esencialmente los mismos que figuran en este proceso.

2. Sus compañeros de Sala, en decisión del 23 de octubre pasado no aceptaron el impedimento por considerar que la opinión que en él se menciona es de carácter genérico, se desconocen sus soportes y no pudo referirse al "fondo del asunto" porque ella implica un juzgamiento "que sólo se realiza en el momento de la calificación del mérito del sumario o de la sentencia y no es dado pensar que el honorable Magistrado en mención, dada su alta investidura y su acrisolada formación hubiese cumplido un acto similar". Añaden los Magistrados de la Sala de decisión que aceptar el impedimento así propuesto sería tanto como consagrar "una causal indiscutible, no susceptible de controversia alguna y, por ende, de imperiosa aceptación, con previsibles consecuencias, por los precedentes que puedan invocarse en los diversos niveles de la jurisdicción ...".

3. *Cuando se alega una causal de impedimento, y concretamente, la de haber emitido opinión*

sobre el asunto materia del proceso, no basta para la correcta solución del problema que el funcionario la enuncie vaga, genérica y abstractamente; no es suficiente que se limite a manifestar que expresó su opinión sobre el fondo del asunto o que dio su parecer respecto de la cuestión debatida o haga cualquiera otra análoga aseveración; necesario es, por lo menos, que precise en qué consistió dicha opinión, sobre qué materia versó, pues sin esas fundamentales concreciones no se dispondrá de aquellos elementos de juicio indispensables para evaluar el alcance del concepto emitido, para cotejarlo con "el asunto materia del proceso" de cuyo conocimiento quiere separarse el funcionario que planteo el impedimento, y finalmente, para decidir si prospera o no la causal invocada.

4. Tal es la situación que emerge de la lacónica manifestación de impedimento propuesta por el honorable Magistrado Restrepo Arteaga; bien hicieron, entonces, sus compañeros de Sala al inclinarse por no aceptarlo.

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

Resuelve:

No ACEPTAR el impedimento propuesto por el honorable Magistrado Fabio Restrepo Arteaga en el presente caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL

Requisitos para concederla. Cómo debe proceder el juez para que pueda suponer, fundadamente, la readaptación social del condenado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 108.

Bogotá, D. E., diciembre 1º de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Por tercera vez solicita el procesado Daniel Duarte Cañizales el otorgamiento de "libertad condicional".

Resultandos y considerandos

1. Indica el memorialista que el 15 de noviembre ha cumplido 36 meses de privación efectiva de su libertad, término igual a las dos terceras partes de la pena a que fue condenado, lo que le da derecho a disfrutar de su libertad conforme al artículo 72 del Código Penal.

2. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal reconoce que el peticionario ha descontado las dos terceras partes de la pena que se le impuso, pero se pronuncia negativamente sobre la petición de libertad porque considera —reiterando concepto precedente— que no están demostrados los supuestos legales que permitan suponer readaptación social del procesado.

3. *Quiere la Sala reiterar ahora, porque es pertinente, lo que expuso en providencia del 10 de marzo del presente año respecto de la institución jurídica de la libertad condicional: "Conforme al artículo 72 del nuevo Código Penal y a sus concordantes normas procedimentales, podrá concederse libertad condicional cumplidos los siguientes presupuestos:*

a) Que el procesado haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años, o de prisión que exceda de dos;

b) Que haya descontado las dos terceras partes de la condena; como parte cumplida de la pena tiénese en cuenta la conversión por trabajo y estudio en las condiciones y con los requisitos señalados en la Ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario (Decreto 2119 de 1977);

c) Que el director del respectivo establecimiento carcelario, de acuerdo con el Consejo de Disciplina, emita resolución favorable a la libertad condicional;

d) Que el Agente del Ministerio Público rinda concepto sobre la pretensión del procesado; y

e) Que "la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social".

4. *Este último requisito, dadas su complejidad e importancia, merece algunas consideraciones. El exige del funcionario judicial un diagnóstico y un pronóstico; aquel apunta al examen objetivo de tres cuestiones, a saber: la personalidad del condenado, su comportamiento en los establecimientos en donde ha descontado la pena y sus antecedentes personales, familiares y sociales; este, fundado en la demostración de los supuestos precedentes, es un juicio de valor que el funcionario judicial emite sobre la readaptación social del condenado, y por ende, sobre su buena conducta futura.*

La comprobación del comportamiento asumido por el condenado durante todo el período de privación de su libertad hasta la fecha en que solicita su libertad condicional y la de sus antecedentes, será ofrecida, aquella por las direcciones de los lugares donde ha estado recluido y está, por el mismo proceso o por el propio condenado. Cuanto a su personalidad, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica con

el auxilio de técnicas sicológicas —entrevistas, test proyectivos— y la intervención de personal especializado; desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación; entonces, el juez ha de acudir a los antecedentes que le brinda el proceso, a las informaciones de personas que hayan conocido al procesado y al directo contacto con este; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa. Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquel es ciertamente complejo, este reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que han de emitirse; lo que sólo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados.

5. *La decisión judicial sobre reconocimiento de libertad condicional, y por esto vía de la llamada excarcelación provisional, no depende, entonces, de genéricos enunciados sobre la mayor o menor gravedad del delito cometido, ni de un ambiguo etiquetamiento que como sujeto peligroso se le endilga al condenado, ni del objetivo número de delitos que haya cometido, ni de la pluralidad de reseñas policiales que le aparezcan, sino del concreto examen que en cada caso ha de hacerse del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgarla y, particularmente, del que dice relación al examen de su personalidad, de sus antecedentes personales, familiares y sociales y de su comportamiento durante el período de privación de su libertad, con base en los cuales el funcionario judicial competente ha de suponer con fundamentos racionales que se ha producido la readaptación social del procesado.*

Si el juez no dispone de estos elementos de juicio para decidir, debe mantenerse el *statu quo* jurídico que afecta al procesado.

6. En el presente caso, la situación del procesado puede condensarse de la siguiente manera:

a) Fue condenado a la pena principal de 54 meses de prisión;

b) Ha descontado efectivamente 36 meses y unos días, vale decir, poco más de las dos terceras partes de aquella pena;

c) Mediante Resolución número 040 del 10 de agosto de 1981, el Consejo de Disciplina de la Cárcel Modelo de Bogotá, con la firma del Director de dicho establecimiento, califica la conducta del interno Duarte Cañizales como "buena";

d) Las características de los hechos punibles cometidos por Duarte Cañizales (concurso de estafas y falsedades, según el juzgador de primera instancia, y estafa reiterada, de acuerdo con el de segunda), lo muestran como sujeto habilidoso en la trama delincuencial;

e) Por lo menos otro funcionario judicial —el Juez Diecioche Superior de Bogotá— lo reclama en otra investigación por supuesto delito de falsedad (folios 324 y 332, cuaderno 2);

f) Tanto en la sentencia de primer grado como en aquella de segundo se advierte que este procesado merece pena superior al mínimo no sólo porque desplegó en la comisión de los delitos por los cuales se le condenó, notable destreza y profesionalidad (giro y cobro fraudulento de cheques en cuantía superior a los ochocientos mil pesos sobre cuentas corrientes ajenas), sino porque incurrió en las genéricas circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 4º, 8º y 71 del artículo 66 del nuevo Código Penal.

Los datos precedentes no permiten, ciertamente, concluir con razonado margen de certeza que se ha logrado la rehabilitación social del procesado, pese a la calificación más o menos ritual que el Consejo de Disciplina da a la conducta de Duarte en el establecimiento carcelario.

Sobre tales supuestos, no siendo viable el potencial reconocimiento de libertad condicional —porque su real aceptación o rechazo correspondería al juez de primera instancia—, tampoco lo será el de la libertad provisional fundada en el numeral 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, que es lo que en verdad reclama el memorialista.

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

Resuelve:

NEGAR la libertad provisional solicitada por el procesado Daniel Duarte Cañizales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Coyollos
Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA COMISION DE HECHO PUNIBLE

El monto de la indemnización de perjuicios ocasionado por la comisión de un hecho punible, debe regularse habida consideración de la relación causal que debe existir entre el delito por el cual se condenó al procesado, y el daño producido como consecuencia de éste

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 103, 1º de diciembre de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de octubre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual reformó la del Juzgado Quince Penal de ese Circuito, fechada el 8 de mayo del año anterior, en el sentido de condenar a Isabel Bravo López de Rojas, como responsable de un delito de falso testimonio, al pago de la suma de $ 6.022.742.50, como indemnización por perjuicios materiales causados por tal ilícito, en lugar de la de $ 1.014.120.00, a que por tal concepto fue condenada en primera instancia.

Historia de los hechos

El señor Procurador Primero Delegado los relata en la siguiente forma:

"En el mes de agosto de 1960 el doctor Raúl Jaramillo compró a la señora Isabel Bravo de Rojas un lote de terreno ubicado en 'El Limonal', dentro del Municipio de Cali, por un millón doscientos cincuenta mil pesos. La compraventa se hizo constar en tres escrituras distintas y con relación a uno de los lotes que luego fue comprado por la Comunidad de Padres Redentoristas se convino en que éstos pagarían a la vendedora la suma de un millón de pesos, haciéndose figurar a la Comunidad como sujeto a obligación hipotecaria a favor de la señora de quien, así aparece, se había recibido la cantidad de un millón de pesos en calidad de mutuo como hipoteca pero, en realidad, tal suma que la Comunidad debía pagar a Jaramillo, se destinó para cancelar la deuda que éste tenía pendiente con doña Isabel.

"La Comunidad pagó a la vendedora un millón de pesos a que se ha hecho referencia para cubrir el valor que Jaramillo le debía a la señora Bravo de Rojas, sin que de ello quedara constancia en documento alguno. Con base en los títulos hipotecarios la señora Bravo de Rojas inició la correspondiente acción que culminó con el remate de un lote que Jaramillo se había reservado y con base en la acreencia que oportunamente había sido cancelada.

"Llamada a un interrogatorio de parte la señora Bravo de Rojas negó reiteradamente que tal suma le hubiera sido cancelada; sin embargo, con posterioridad y ante la declaración del Director de la Comunidad de los Redentoristas aceptó que efectivamente tal suma se le había cancelado previamente".

Historia del proceso

1º Como culminación del sumario y del juicio, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, por sentencia de 27 de octubre de 1976, condenó a Isabel Bravo de Rojas, de 67 años de edad, "a la pena principal de *doce meses de arresto*, como responsable del delito de falso testimonio, al pago en abstracto de los perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito", a las pe-

nas accesorias, suspendió por un período de prueba de dos años la ejecución de la sentencia, bajo caución, y en el aparte "quinto" ordenó: *Se compulsarán copias de lo pertinente con el fin de investigar el posible delito de estafa procesal que la condenada haya podido cometer con la conducta por ella agotada y que fue materia de este proceso, enviándose la actuación al Juez Penal del Circuito (Reparto).*

2º La referida sentencia fue apelada por la condenada y su defensor, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo de 27 de enero de 1977, la confirmó en todas sus partes.

3º El mismo Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, ante la solicitud de la parte civil para la fijación en concreto de los perjuicios *in genere* que se impuso a la señora Bravo de Rojas, mediante providencia de 8 de mayo de 1978, fijó en la suma de $ 1.014.120.00, la cuantía correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios materiales ocasionados con el delito de falso testimonio.

4º Surtida la apelación interpuesta por las partes contra la mencionada providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo de 4 de octubre de 1979, la reformó, como se dijo al principio, en el sentido de fijar en la suma de $ 6.022.742.50 la cuantía correspondiente a la indemnización por los perjuicios materiales causados por el delito de *falso testimonio*, cometido por la señora Isabel Bravo López de Rojas, confirmándola en todo lo demás. El actor había solicitado una suma menor como indemnización.

5º Contra esa providencia, el apoderado de la Bravo de Rojas interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por auto de 19 de noviembre de 1979.

6º La Corte, en Sala de Casación Penal, por auto de 24 de marzo de 1980, declaró admisible el recurso expresado.

La demanda

Luego de los prolegómenos de rigor: relaciones de partes, de hechos y de actuación procesal, expuestas en capítulos separados, el censor formula tres cargos contra la sentencia impugnada: dos al amparo de la causal primera y uno con invocación de la segunda de casación, consagradas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Primer cargo. Lo enuncia así:

El Código de Procedimiento Civil, estatuye:

"Artículo 368. Causales. Son causales de casación:

"1ª 'Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

'Si la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que el recurrente así lo alegue y demuestre que el Tribunal incurrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso'.

"Concreto: En la providencia recurrida en casación se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos, en la estimación del caudal probatorio del proceso, que llevó al quebrantamiento de aquélla, la cual no se habría aplicado, como se aplicó, si no hubiera mediado ese error".

Para fundamentarlo expone:

"*Uno.* La honorable Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Civil ha dicho: 'El error de derecho, en cambio, tiene ocurrencia cuando el sentenciador, sin embargo de apreciar correctamente el medio probatorio en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, *yerra al calificar su eficacia demostrativa*, bien sea atribuyéndole un valor probatorio que la ley no le reconoce, o bien negándole el que ella le otorga' (casación civil 18-VI-73)".

Luego al referirse a la providencia impugnada en casación, de recordar que para el Tribunal "es hecho incontrovertible que la señora Bravo de Rojas fue condenada por el delito de falso testimonio a doce meses de arresto y 'en abstracto al pago de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción' ", entra a transcribir parte de la pieza acusada en donde el *juzgador* de segunda instancia manifiesta que el apoderado de la Rojas cuestiona "lo relacionado con el verdadero lote que el doctor Jaramillo enajenó a la Comunidad de Padres Redentoristas, quienes se subrogan en la deuda pendiente a favor de su patrocinada"; que el Tribunal "no puede entrar a discutir estos aspectos probatorios sobre los cuales se insiste y se recaba, por cuanto ellos fueron materia de un amplio análisis y controvertido debate jurídico procesal, en el

cual se esgrimieron argumentos y puntos de vista contrapuestos, por las partes intervinientes, encaminados a demostrar la inocencia o culpabilidad de la señora Bravo de Rojas", lo cual culminó con sentencia condenatoria en su contra, lo que no se puede desconocer.

Continúa el casacionista:

"Con relación a lo anterior, se observa:

"1. Nadie está discutiendo, dentro de este incidente de la liquidación de perjuicios, la validez de cosa juzgada correspondiente a la sentencia condenatoria recaída dentro del proceso penal que dió origen a él, contra la señora Bravo de Rojas, por el delito de falso testimonio.

"2. Pero no es cierto lo que se afirma en la sentencia impugnada en el sentido de que 'lo relacionado con el verdadero lote que el doctor Jaramillo enajenó a los Padres Redentoristas', que su identidad, hubiera sido motivo o 'materia de un amplio análisis y controvertido debate jurídico procesal'. En absoluto.

"Tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia dentro del proceso penal por falso testimonio lo único que se analizó, controvirtió y estudió, teniendo en cuenta las diversas exposiciones de la sindicada, las de los superiores de los Padres Redentoristas y de algunas otras consideraciones, fue únicamente lo atañedero a si la señora Bravo de López había incurrido o no en falso testimonio, abstracción hecha de toda otra consideración. Luego de concluir afirmativamente, se entró a consideraciones sobre graduación de la pena, tal como puede constatarse a los folios 313 y siguientes del cuaderno número 1, en el proceso por falso testimonio, folios en los cuales se encuentra la sentencia de primera instancia y, en la de segunda instancia, obrante a los folios 238 y siguientes del mismo cuaderno, en la cual el Tribunal, para confirmar en su integridad aquélla, no hizo como se afirma en el fallo recurrido en casación, consideraciones concretas sobre la identidad del lote sino que en sus considerandos, más que todo se limitó a transcribir lo que ya había estampado al conocer de ese proceso por apelación interpuesta contra el auto del llamamiento a juicio, en el cual tampoco se trató aquel tema y, agregar que la imposición de penas había sido correcta.

"Respetuosamente ruego a los honorables Magistrados se sirvan revisar tales sentencias, para que constate personalmente la verdad de lo dicho.

"3. Pero acá, dentro del incidente de liquidación de perjuicios, el cual culminó con la sentencia impugnada en casación no se le planteó al Juzgado ni al Tribunal repito, lo atinente a los hechos constitutivos de falso testimonio, lo cual habría sido improcedente, sino que se debatió un tema nuevo, como era el de la confesión, el de la fijación de los perjuicios de orden material y moral a cuyo pago había sido condenada en abstracto en las primitivas sentencias. Entonces, erró el Tribunal al decir que no podía entrar a discutir esos aspectos probatorios por encontrarse ya tratados en sentencia ejecutoriada, siendo así que no lo habían sido. Y su deber era precisamente ese, ya que de ellos se generaba si había o no derecho a la indemnización pedida y, en caso afirmativo, cuál era el posible monto de aquella indemnización.

"Tres. Para el caso concreto del incidente de liquidación de daños y perjuicios que culminó en la sentencia de segunda instancia recurrida en casación, con el delito de falso testimonio por el cual fue condenada la señora Isabel Bravo de Rojas, no se produjeron los daños y perjuicios materiales o morales por los cuales ha sido condenada a pagar la suma de $ 6.022.742.50.

"En efecto:

"1º Fecha de consumación del delito de falso testimonio:

"El delito de falso testimonio por el cual fue condenada a doce meses de arresto y al pago en abstracto de los perjuicios morales y materiales, se consumó en los días 24 de febrero, 1º de marzo y 5 de diciembre de 1972, cuando absolvió posiciones o contestó interrogatorio de parte, las dos primeras fechas ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali y la tercera ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad. Los respectivos documentos de interrogatorio de parte obran en los folios 7 vuelto y siguiente, 8 vuelto y siguiente y 12 y siguiente del primer cuaderno del proceso seguido contra la señora Bravo de Rojas por el delito de falso testimonio. Y eso es también lo que recoge el auto de proceder cuando en sus considerandos dice: 'En dos oportunidades, ante diferentes juzgados y en diversas fechas Isabel Bravo de Rojas, ..., rindió testimonios, mediante interrogatorio de parte, sobre el negocio que ella, su esposo y el doctor Jaramillo celebraron con base en la venta de un extenso lote de terreno ubicado en El Limonal, corregimiento de Meléndez.

'En efecto. El 24 de febrero de 1972, Isabel Bravo de Rojas se hizo presente en el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, dando comienzo a la llamada, por el antiguo Código Ju-

dicial, absolución de posiciones, diligencia que se suspendió en la fecha indicada y continuó el 1º de marzo del mismo año en relación con el negocio pactado con los Padres Redentoristas y el denunciante, 'a señora Bravo, dio las siguientes versiones: ...'. Ya, el 5 de diciembre de 1972 vuelve la señora Bravo de Rojas a declarar, esta vez en el Juzgado Sexto Civil del Circuito, en relación con los mismos hechos, y a las preguntas que se transcriben, dio, bajo la gravedad del juramento las respuestas que a cada pregunta ella realizó, así ...' (folios 213, 214). Para concluir que en tales piezas, bajo la gravedad del juramento había faltado a la verdad: 'Establecido entonces que la acusada declaró, como parte, en asunto civil, bajo juramento, hechos falsos (artículo 193 del Código Penal), ante autoridad competente, ello constituyo delito de falso testimonio y así lo define el Capítulo II, Título IV del Libro 2º del Código Penal, ilicitud que como se dijo anteriormente, le es imputable a Isabel Bravo de Rojas y por el cual debe responder en juicio, ya que las exigencias que se concretan en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para proferir auto de proceder se reúnen plenamente en este caso' (folio 218)".

Entonces se produjeron el llamamiento a juicio y la sentencia condenatoria. Dice el actor:

"Y, con base en tal llamamiento a juicio, fue condenada tanto a la pena de arresto como en abstracto, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por esa infracción de *falso testimonio*, como se constata en las respectivas sentencias de primera y de segunda instancias visibles a folios 313 y siguientes, respectivamente. De donde se concluye que el delito de falso testimonio por el cual fue sentenciada la señora Bravo de López se consumó los días 24 de febrero, 1º de marzo y 5 de diciembre de 1972".

Luego de señalar las que en la antigua demanda de liquidación de perjuicios se señalan como causas de éstos, afirmando, entre otras cosas que la adjudicación que por sentencia de 18 de enero de 1972 hizo el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali se debió "a la mentira" de Isabel Bravo López de Rojas y, de hacer otras precisiones, continúa el casacionista:

"Todo lo anterior quiere decir que según el demandante, el delito de falso testimonio por el cual fue condenada la señora Bravo de López por medio de sentencias ejecutoriadas, dentro de las cuales se encuentra la condena en abstracto de indemnizar por los daños ocasionados por ese delito constituyen la causal y título para solicitar la concreción de tales perjuicios. Así lo dice expresamente en la respectiva demanda, según se ha visto y así lo corrobora en las normas de derecho que invoca.

"El artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que 'la condena al pago de daños y perjuicios se hará en forma genérica ... Lo cual indica que los perjuicios deben ser los derivados del delito por el cual se condenó a la procesada: falso testimonio en este caso.

"El 1494 del Código Civil en cuanto dispone que 'las obligaciones nacen ... y a consecuencia de un hecho que ha inferido daño o injuria a otra persona como en los delitos'.

"El 2341 del mismo Código: 'El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. Es decir, por el exacto y preciso delito por el cual se le investigó y no por otro ninguno.

"El 2472 de la misma obra, de acuerdo con el cual 'la transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito pero sin perjuicio de la acción criminal'.

"De todo lo cual se concluye de manera incuestionable que habiendo sido denunciada, investigada y condenada la señora Isabel Bravo de Rojas por el delito de falso testimonio y únicamente por él, sólo, podía ser condenada a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por ese exacto y preciso delito de falso testimonio y no por ningún otro ni por ninguna otra actuación suya en el ámbito Penal o Civil, para lo cual se hubiera hecho necesario con necesidad absoluta, el adelantamiento de otro proceso ya civil, ya penal.

"Y ya se ha visto cómo en la denuncia de liquidación de perjuicios, se toma como fuente de ellos, el delito de falso testimonio por el cual fue condenada la señora Isabel Bravo de Rojas.

"3. Ahora bien: En numerosas ocasiones y de manera invariable ha sostenido la honorable Corte que el 'perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación que deben probarse en el juicio correspondiente son: un perjuicio, una culpa y una relación necesaria de causalidad' (sentencias de 30-IV-37. *Gaceta Judicial* XLV-42; 27-V-43. *Gaceta Judicial* LV-319; 6 II-45. *Gaceta Judicial*, LVIII-590; 16-III-45. *Gaceta Judicial*, LVII-670; 19-X 47. *Gaceta Judicial*, LXIII-518, etc.).

"De manera que, se repite, de acuerdo con constantes jurisprudencias de esa honorable Corte, se requiere que en el proceso estén plenamente probados esos tres elementos: perjuicio, culpa, y relación de causalidad.

"Pero aquí faltan los anteriores requisitos o elementos, puesto que *no existe esa relación de causalidad que se exige.*

"En efecto:

"Ya se precisó la fecha en la cual se consumó ese determinado delito de falso testimonio: 24 de febrero, 1º de marzo y 5 de diciembre de 1972. Ni un día antes, ni un día después de ese lapso. Y, a doña Isabel, se le condenó a pagar indemnización en abstracto mediante sentencia ejecutoriada por los daños y perjuicios de orden moral y material que pudieran haberse generado con ese delito.

"Como ya se ha visto en la literal transcripción que se ha hecho del punto 6, *hechos* de la demanda, el actor pretende basar, fundamentar su derecho a indemnización en la adjudicación que el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali hizo a la señora Isabel dentro del Proceso Hipotecario, de un globo de terreno de 38.938.69 metros cuadrados, el cual se le adjudicó por $ 292.490.00, siendo que su valor catastral era muy superior (primer cuaderno de liquidación de perjuicios, folio 3). La contraparte lo era el doctor Raúl Jaramillo. Expresamente afirma que ese terreno se le adjudicó a doña Isabel *debido a la mentira de dicha dama.*

"*Pero ocurre que la diligencia de remate y adjudicación hecha por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, tuvo lugar el 19 de abril de 1971, habiéndose aprobado el remate el 18 de enero de 1972, según documentos públicos que obran a los folios 282 y 289 del cuaderno número 1 del proceso por falso testimonio.* Siendo de advertir que se pretendió la revisión de tal juicio con resultados negativos.

"Quiere decir que habiéndose incurrido en el delito de falso testimonio, por el cual doña Isabel Bravo de Rojas fue condenada en abstracto al pago de los daños y perjuicios con él ocasionados, *con posterioridad al remate y* adjudicación del bien inmueble de que se trate y, también con posterioridad a la aprobación de ese remate y adjudicación, sígnese que *no se encuentra el menor nexo o relación de causalidad* entre el delito de falso testimonio cometido y por el cual fue condenada la recurrente en abstracto, a la indemnización de perjuicios, y los pretendidos perjuicios que ahora se reclaman y que fueron decretados en la sentencia recurrida en casación. Y esa necesaria relación de causalidad no existe puesto que sabido es que la causa necesariamente tiene que ser anterior al efecto y nunca posterior. Y aquí según viene de demostrarse, se está frente al insólito y aberrante caso de que la causa, falso testimonio, sería posterior al efecto: remate, adjudicación y aprobación de aquellas diligencias. Lo cual constituye un imposible físico y moral.

"Esa necesaria relación de causalidad precisamente la exigen las normas de derecho que el demandante invoca en su libelo: los artículos 26 del Código Penal, y los 1494, 2341 y 2472 del Código Civil. Entonces, si se tiene en cuenta que la Sala Civil de la Corte ha dicho, según antes se transcribió, que 'el error de derecho en cambio, tiene ocurrencia cuando el sentenciador, sin embargo de apreciar correctamente el medio probatorio en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, *yerra al calificar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndole un valor probatorio que la ley no le reconoce,* o bien negándole el que ella le otorga' (casación civil de 18-VI-73), síguese de manera necesaria que en la providencia recurrida en casación se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos, en la estimación del caudal probatorio del proceso que llevó al quebrantamiento de aquélla, es decir, de los artículos 26 del Código Penal, y 1494, 2341 y 2472 del Código Civil, los cuales no se hubieran aplicado como se aplicaron si no hubiera mediado aquel error".

Dice, a manera de explicación, que distinto "hubiera sido que el proceso penal que dio origen a la liquidación de daños y perjuicios se hubiera adelantado y hubiera culminado con sentencias condenatorias por el delito de *estafa procesal*, pero esto no fue lo que ocurrió, pues se halla probado que fue sindicada, investigada, juzgada y condenada por el delito de falso testimonio cometido con posterioridad a los hechos por los cuales se reclama la indemnización".

Resalta la consideración anterior poniendo de presente que dentro del término para alegar, posterior al cierre de investigación, el "apoderado del denunciante pidió que la señora de Rojas también fuera llamada a juicio por el delito que la doctrina denomina estafa procesal, pero esto no fue lo que ocurrió, pues se halla probado que fue sindicada, investigada, juzgada y condenada por el de falso testimonio cometido con posterioridad a los hechos por los cuales se reclama la indemnización". Agrega que la misma petición

hizo cuando subieron las diligencias al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto enjuiciatorio: "pero ni el juzgado del conocimiento ni el Tribunal accedieron a tales pretensiones".

Segundo cargo. Acusa la sentencia por no estar "en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado" (Código de Procedimiento Civil, artículo 368, causal segunda).

Expone que este cargo en nada contradice ni afecta al anterior, sino que es pertinente en atención a la condena proferida. Pero manifiesta que si la Corte no lo encuentra así, solicita que se prescinda de su consideración, para tener únicamente en cuenta el anterior.

Dice que lo desarrolla desde dos aspectos: en cuanto hace relación a las excepciones del demandado y en cuanto hace relación a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a lo primero, dice que desde la contestación de la demanda de indemnización se demostró que no asistía ningún derecho al demandante para solicitar condena en perjuicios. Y, cómo dio una amplia y satisfactoria explicación acerca de la negociación llevada a término con los Padres Redentoristas, demostrándose la inexistencia de perjuicios.

Y, en cuanto hace relación a las pretensiones de la demanda, expone, en síntesis: que se demandó por $ 25.156.501.00 por daño emergente y lucro cesante y $ 2.000.00 por perjuicios de orden moral, que los peritos, en la ampliación del dictamen, señalaron para los últimos $ 2.000.00 y para los primeros $ 4.776.000.00. Pero que, en el escrito de contradicción al dictamen, el apoderado de Raúl Jaramillo, luego de hacer cálculos que transcribe, dice que transaría por $ 4.074.086.25, más $ 100.000.00 de honorarios profesionales. Precisa cómo la condena definitiva fue por $ 6.022.742.50.

A continuación transcribe el artículo 305 del Código Civil. Dice que el mismo estatuto fija entre las oportunidades para señalar pretensiones, la correspondiente a las objeciones o ataques que se formulen contra las peritaciones. De donde concluye que habiendo fijado el demandante, en la contradicción del dictamen, como cuantía total la de $ 4.174.086.25, a esta suma había reducido su primitiva cantidad. De lo cual concluye: "Luego al haber condenado el Tribunal a pagar por tal concepto la suma de $ 6.022.742.50, quiere decir, de aceptarse que hubiera habido alguna causal justa y lícita que, repito, no la hay, según ya demostré, la sentencia no se encuentra en consonancia con las pretensiones de la demanda, pues en la condena excedió en $ 1.948.656.25 lo últimamente pretendido".

A continuación entra a criticar la prueba en cuanto hace relación al daño emergente y al lucro cesante, habida consideración de lo concluido por el Tribunal, el cual se apartó tanto de las pretensiones de la demanda como de la oposición del demandado y del concepto de los peritos. Así como también de la correcta apreciación de la prueba en esta materia.

Luego procede el censor a repetir, en esencia, su argumentación correspondiente al primer cargo, la cual ratifica, repitiendo, en lo esencial, lo que ya había expuesto.

Tercer cargo. Acusa la sentencia impugnada "por ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida, de forma indirecta la violación, por haberse incurrido en error de hecho que aparece manifiesto dentro del proceso". Considera violados los artículos 26 del Código de Procedimiento Penal y 1494 y 2341 del Código Civil.

Para demostrar lo anterior repite, en esencia, lo expuesto al sustentar el primer cargo, sobre todo en cuanto destaca que aquí el ilícito de falso testimonio fue posterior al juicio hipotecario, al remate y a la adjudicación del bien, juicio éste de donde se generó, según se sostiene en la sentencia impugnada, la obligación de indemnizar. De donde concluye que "cuando el juzgador tuvo en cuenta la existencia del hecho causante, es decir, el delito, y el causado, es decir, el pretendido perjuicio derivado del delito, incurrieron en un error de hecho, pues dedujo la relación de causalidad, el nexo de causalidad entre los dos hechos, sin que en el proceso exista la prueba que permita en forma idónea establecer esa relación causal". Insiste repetidamente en que a pesar de no estar probado, de no existir nexo de causalidad, se ha dado por probado para llegar a la condena indemnizatoria. Continúa: "Como ya se dejó explicado, esta prueba ni existe ni puede existir pues, por la ubicación cronológica de los hechos causa y efecto, que no es la que por razón de fría lógica debe darse, esa prueba no puede existir, no existe en ninguna parte. Hubo pues, *error de hecho*, así lo ha dicho la Corte: 'Hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo (probatorio) en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso' (Humberto Murcia Ballén, ed./77, página 241)".

De todo lo cual concluye que se violaron los artículos antes precisados.

Finaliza la demanda con la renovada solicitud de que la Corte se sirva "casar la sentencia recurrida, en su aspecto de la condena al pago de los perjuicios y, en su lugar, se profiera la que deba reemplazarla".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de hacer reseña de los hechos, de la actuación procesal y de la demanda, así como también de indicar su inconformidad con el auto que declaró admisible el recurso de casación, estudia conjuntamente los cargos primero y tercero, por la estrecha relación que entre ellos encuentra y, finalmente, el segundo cargo.

Con relación a los cargos primero y tercero luego de manifestar que "sustancialmente le asiste razón al recurrente en cuanto los perjuicios que fueron regulados dentro del incidente que para tal fin se propuso", sobre lo cual presenta la argumentación que adelante se transcribirá, dice que los errores de técnica en que se incurrió en la demanda, impiden un pronunciamiento a fondo sobre tales cargos.

En lo que respecta al segundo cargo manifiesta que el escrito de la parte civil del folio 60, en cuanto hace a regulación de perjuicios, no tiene el alcance que le ha dado el censor, "pues las expresiones allí consignadas se refieren únicamente a la forma como se liquidaron los intereses hasta el momento en que tal escrito se redactó. Además es evidente que los intereses se causan periódicamente y que el resultado de la operación aritmética para liquidarlos es diverso cuando se hace en época distinta". Concluye que "no puede decirse que la sentencia haya sido *ultra petita*, pues el escrito presentado por el citado abogado no puede ser entendido como renuncia o limitación de su pretensión".

Finaliza con la petición de que no se case la providencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

La Corte estima que salvo el aspecto relacionado con la regulación de los perjuicios, contemplado en el cargo segundo, el primero y el tercero tienen un común denominador consistente en la afinidad de sus argumentaciones y pretensiones, por lo cual éstos se estudiarán de manera conjunta, como también lo hizo el Ministerio Público.

Con anterioridad a la iniciación del proceso penal por falso testimonio y al hecho constitutivo de este ilícito, se presentó lo siguiente:

En el año de 1960 entre Isabel Bravo de Rojas y Raúl Jaramillo se celebraron operaciones comerciales consistentes en que éste compraba a aquélla un lote de terreno denominado "El Limonal", ubicado en el Municipio de Cali, operaciones que se hicieron constar por medio de tres escrituras públicas, debiéndose destacar que se celebró otra operación "entre el doctor Raúl Jaramillo y la Comunidad de los Padres Redentoristas, y de acuerdo con las mismas constancias procesales, atendiendo una insinuación formal de la señora Isabel Bravo de Rojas, se convino en otorgar dos escrituras de compraventa, dividiendo simbólicamente en dos lotes toda una área restante, así: un lote por valor de $ 1.200.000.00, que el vendedor declaró haber recibido en forma satisfactoria de parte de la Comunidad Redentorista, y de otro lote por valor de $ 1.000.000.00, esta última suma se subrogaba la comunidad para cancelar la obligación pendiente a cargo del doctor Raúl Jaramillo, a favor de la señora Isabel Bravo de Rojas, "haciéndose figurar como sujeto a obligación hipotecaria a favor de ésta de quien, así aparece, se había recibido la cantidad de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) en calidad de mutuo con hipoteca, pero en realidad, sin ser ello cierto, solamente se trataba de un común acuerdo entre las partes en este sentido" (sentencia del honorable Tribunal Superior de Cali, de enero 27 de 1977)".

La Comunidad Redentorista "pagó a la señora Isabel Bravo López de Rojas el millón de pesos en los plazos convenidos, de suerte que la deuda quedó cancelada el 16 de septiembre de de 1960", cancelándose las hipotecas correspondientes a este lote (folio 71).

No obstante lo anterior, Isabel Bravo López de Rojas, por medio de apoderado inició juicio hipotecario y obtuvo el remate de unos bienes de propiedad de Raúl Jaramillo, por razón, entre otras, de la deuda de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), a la cual se acaba de hacer referencia. La respectiva sentencia de adjudicación, proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali tiene fecha 18 de enero de 1972. La correspondiente acta de remate aparece registrada con fecha 5 de mayo del mismo año.

La orden de embargo había sido dada el 13 de noviembre de 1963, fecha ésta en la cual había sido registrado el embargo.

El doctor Raúl Jaramillo Jaramillo por medio de apoderado solicitó interrogatorio de parte que debía ser absuelto por Isabel Bravo López de Rojas, a quien se proponía demandar. La diligencia se inició el 24 de febrero de 1972 y se continuó el 1º de marzo siguiente. En esta diligencia de continuación y para los fines que se relacionan con la materia de este recurso, conviene transcribir: "Undécima pregunta. ¿Cómo es cierto sí o no que usted en la Escritura pública número 2804 de 28 de junio de 1966 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Cali, aceptó la segunda hipoteca que por medio de dicha escritura se constituyó a favor de su esposo Rafel Rojas Peña, con el fin de que dicha hipoteca se pudiera registrar, según declaraciones de usted con base en el numeral 3º del artículo 1521 del Código Civil por cuanto usted y su esposo convinieron en no seguir el juicio hipotecario que seguía contra el doctor Raúl Jaramillo Jaramillo, el cual cursa actualmente en el Juzgado Décimo Civil del Circuito, mientras no se aclararan las cuentas? *Contestó*. Yo francamente lo único que sé es que accedí a una segunda hipoteca. Leída que le fue la aprueba" ... "Decimocuarta pregunta. ¿Cómo es cierto sí o no que el 10 de junio de 1966 usted no tenía en depósitos bancarios, ni en dinero efectivo, la cantidad de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) moneda corriente, que usted en esa fecha, por la Escritura pública número 2446, otorgada en la Notaría Primera de Cali, dijo haber prestado a la Congregación de Padres Redentoristas? *Contestó*. La tenía desde que la presté. Leída que le fue la aprueba. Decimoquinta. ¿Cómo es cierto sí o no que usted ni en 1966 ni en 1967 declaró tener en su poder en dinero efectivo, la módica cantidad de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) moneda corriente, y si es verdad que usted reconoce que en ninguno de esos años tuvo tan insignificante cantidad en su poder? *Contestó*. Desde que yo se los presté a los padres era porque lo tenía. Leída que le fue la aprueba. Decimosexta. ¿Cómo es cierto sí o no que usted tenía conocimiento de que el doctor Raúl Jaramillo Jaramillo vendió a Martina Rojas de Morelo, Graciela Hurtado de Rojas, Nora Escobar de Zúñiga y Ricardo Cucalón Rengifo, unos lotes de terreno en Meléndez, Limonal o hacienda La Martina, ventas que hizo el dicho doctor por orden de usted y de su esposo Rafael Rojas Peña para abonar a los créditos en favor de ustedes? *Contestó*: No conozco ese negocio. Leída que le fue la aprueba. Decimoséptima pregunta. ¿Cómo es cierto sí o no que el millón de pesos ($ 1.000.000.00) que dijo usted haber prestado a la Congregación de padres Redentoristas, según la Escritura pública número 2446 de 10 de junio de 1966 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Cali, usted no lo prestó por no tener dicho dinero ni tratarse de mutuo o préstamo, sino que con dicha cantidad, garantizada con hipoteca en favor de usted, quedaban totalmente canceladas las deudas que con usted y con su esposo Rafael Rojas Peña tenía el doctor Raúl Jaramillo Jaramillo, según las escrituras que se han mencionado en las posiciones anteriores? *Contestó*: No es cierto. Yo les presté a los padres Redentoristas el dinero y ellos me lo garantizaron en un lote que el doctor Raúl Jaramillo les vendió. Leída que le fue la aprueba. Decimoctava pregunta. ¿Cómo es cierto sí o no que al cancelar a usted la Congregación de Padres Redentoristas, como en efecto le fue cancelada en su oportunidad la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) que dijo usted haberle prestado, según la Escritura número 2446 de 10 de junio de 1966 de la Notaría Primera de Cali, quedaron canceladas en su totalidad las deudas a cargo del doctor Raúl Jaramillo y a favor de la absolvente o de su esposo Rafael Rojas Peña (q.e.p.d.)? *Contestó*: No es cierto, no quedaron canceladas la totalidad de las deudas del doctor Jaramillo conmigo, sino que me quedó debiendo lo del lote materia del pleito llamado El Triángulo, que me permito aclarar que se vendió por $ 250.000.00, recibí a la firma de la escritura la suma de $ 50.000.00 y una letra por $ 20.000.00 que fue la que me mostraron hace un rato, quedando la deuda en $ 180.000.00 con los intereses y costas y gastos de abogado. Leída que le fue la aprueba" (folios 10 y siguientes).

El 5 de diciembre del mismo año de 1972, Isabel Bravo de Rojas fue sometida a otro interrogatorio de parte, propuesto por Raúl Jaramillo Jaramillo y, en él se encuentra lo siguiente: "Tercera: ¿Cómo es cierto sí o no, que usted dio por recibido el millón de pesos ($ 1.000.000) de manos del doctor Raúl Jaramillo Jaramillo y a su vez en la misma Escritura número 2446 de fecha 10 de junio de 1966, usted dijo prestarles en mutuo con Hipoteca esa misma cantidad a los Reverendos Padres Redentoristas? *Contestó*: No es cierto, y aclaro, yo no he recibido ningún dinero de manos del doctor Raúl Jaramillo Jaramillo, personalmente no he recibido nada. A los Padres Redentoristas yo sí les presté un millón de pesos pero no recuerdo la fecha que se los presté. Tampoco he dado por recibido nin-

guna suma del doctor Jaramillo. A la cuarta pregunta que dice: ¿Cómo es cierto, sí o no, de acuerdo con el juramento que acaba de prestar, que usted no tenía esa suma de dinero, el millón de pesos, en efectivo, que dijo haber prestado a la Comunidad de los Padres Redentoristas y de que trata la Escritura número 2446 de 10 de junio de 1966? *Contestó*: Sí los tenía y se los presté, se los presté porque los tenía. Leída que le fue la aprobó. A la quinta pregunta que dice:

¿Cómo es cierto sí o no, de acuerdo con el juramento que acaba (sic) de prestar, que usted no dio cheque ni dinero en efectivo por un millón de pesos ($ 1.000.000.00) que dijo haber prestado en la escritura citada antes a la Comunidad de los Padres Redentoristas ya que usted los había dado por recibidos de manos del doctor Raúl Jaramillo Jaramillo? *Contestó*: No es cierto y aclaro: a los Padres Redentoristas yo les presté la plata en dinero efectivo y repito que yo no he dado por recibido ningún millón de pesos del doctor Jaramillo. Leída que fue la aprobó. A la sexta pregunta que dice: ¿Cómo es cierto, sí o no, que usted para esa fecha en que se hizo la transacción con el doctor Raúl Jaramillo y los Padres Redentoristas y de que trata la escritura número 2446 de 10 de junio de 1966, no tenía ese millón de pesos en efectivo ni en la casa ni en el banco? *Contestó*: No es cierto y aclaro: una vez que le presté ese dinero a los Padres Redentoristas era porque lo tenía en efectivo. Leída que le fue la aprobó. A la séptima pregunta que dice: ¿Cómo es cierto, sí o no, que usted recibió oportunamente y en los plazos convenidos el millón de pesos ($ 1.000.000.00) de los Padres Redentoristas, o sea la suma que el doctor Raúl Jaramillo Jaramillo le pagó a usted por subrogación? *Contestó*: Es cierto que los Padres Redentoristas me pagaron el millón de pesos que me debían pero no por negocios relacionados con el doctor Raúl Jaramillo Jaramillo. Leída que le fue la aprobó. A la octava pregunta que dice:

¿Cómo es cierto, sí o no, que usted está dispuesta a reconocer la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) que recibió de manos de los Padres Redentoristas para hacer una nueva liquidación con el doctor Raúl Jaramillo Jaramillo haber (sic) cuánto le resta a deber? *Contestó*: No es cierto, y explico: el negocio con los Padres Redentoristas quedó totalmente cancelado y por lo tanto no tengo por qué hacer otros negocios, pues no tengo ninguna deuda con nadie. Leída que le fue la aprobó" (folios 12 vuelto y siguiente).

En la continuación de la anterior diligencia, se encuentra:

"Segunda: '¿Cómo es cierto, sí o no, que el doctor Raúl Jaramillo dijo vender en esta escritura que se le pone de presente a la Comunidad de Padres Redentoristas un lote de terreno de 50.364.30 M2, por la suma de un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00), de los cuales un millón de pesos ($ 1.000.000.00) era para pagarle a usted, lo que en realidad se hizo declarándose subrogados en dicha deuda los Padres Redentoristas? *Contestó*: No es cierto, y explico: El lote vendido a los Padres Redentoristas tenía un (sic) hipoteca a mi favor que yo cancelé al doctor Jaramillo para que él le pudiera vender a los Padres Redentoristas y yo a mi vez presté a esa Congregación la suma de un millón de pesos quedando dicho lote hipotecado en mi favor, habiéndoles cancelado yo la hipoteca una vez los Padres Redentoristas me pagaron el dinero que les presté. Leída que fue la aprobó" (folio 14).

El 12 de febrero de 1973, se presentó por Raúl Jaramillo Jaramillo la denuncia penal contra Isabel Bravo de Rojas "por el delito de falso testimonio" (folios 1 y siguientes), habiendo acompañado a ella los referenciados interrogatorios de parte (folios 7 y siguientes). En el noveno punto de tal pieza se lee: "Interesado en adquirir una prueba de la verdad de la negociación y por consiguiente del pago de la casi totalidad del crédito inicial, pues, insisto, por cuenta del capital sólo quedó pendiente un mínimo saldo de *trescientos sesenta y nueve pesos*, resolví pedir la comparecencia de la señora Isabel Bravo de Rojas para que, bajo juramento y en forma extrajudicial, confesara haber recibido la suma de *un millón de pesos* correspondientes a las obligaciones vigentes en mi contra, diligencias que se llevaron a cabo en el Juzgado Once y en el Juzgado Sexto Civiles del Circuito los días 24 de febrero y 5 de diciembre de 1972, cuyas copias adjunto para mejor ilustración del señor juez. En tales diligencias la señora Isabel Bravo de Rojas mintió bajo juramento con el propósito doloso de desconocer el pago de un millón de pesos imputable a las obligaciones vigentes y valerse de la situación para alegar la existencia a su favor de un crédito ya saldado en parte muy considerable. Esta consciente y voluntaria violación de la verdad me impidió reunir la prueba del pago y me ha causado perjuicios materiales y morales incalculables, por cuanto ha significado la pérdida casi total de mi patrimonio y la ruina de mi actividad económica y profesional" (folios 5 y siguiente).

El 22 de febrero del mismo año, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali abrió la respectiva investigación (folio 17).

A ella se trajo el siguiente certificado debidamente juramentado y autenticado:

"El infrascrito Padre Fermín Aranguren Murillo, identificado en Colombia con cédula de extranjería número 20527 de Bogotá y con pasaporte número B. 232682 y 47/69 del Consulado de España en Bogotá, por la presente hace la siguiente declaración en plan de aclaración: Que como representante legal de la Congregación de Padres Redentoristas, en Colombia firmé la Escritura número 2446 de fecha diez (10) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966) de la Notaría Primera de Cali, Colombia.

"II. Que en la cláusula segunda se dice que el vendedor declara haber recibido en efectivo de la Congregación de Padres Redentoristas la suma de un millón doscientos mil pesos moneda legal corriente.

"III. Que esto ha de entenderse en el sentido de que la Congregación pagó al doctor Raúl Jaramillo Jaramillo doscientos mil pesos. Le pagó también el millón de pesos en cuanto se convino con él dar esa suma a doña Isabel Bravo de Rojas, su acreedora, para cancelar la deuda que el doctor Jaramillo había contraído con ella. Esta lo aceptó así. Entonces la Congregación por mí representada le pidió a la señora Bravo de Rojas en préstamo esa misma cantidad que debía abonarle en virtud de la negociación anterior, para pagarle por cuotas en la forma indicada en la escritura, dejándole en hipoteca el lote comprado al doctor Jaramillo. La Congregación cumplió y canceló la deuda como se había estipulado, de suerte que todos quedaron a paz y salvo. El doctor Jaramillo canceló así lo que debía a la señora Isabel Bravo de Rojas. Para constancia de la declaración se firma en Madrid, España, a diez de enero de mil novecientos setenta y tres (1973)" (folio 31).

En la diligencia de indagatoria a que fue sometida la sindicada Isabel Bravo de Rojas, la cual tuvo lugar el 29 de mayo de 1973, se lee: "*Preguntada*: ¿Sírvase manifestar si conoce al Padre Fermín Aranguren quien ejerció en esta ciudad el cargo de Superior de la Comunidad de los Padres Redentoristas, en caso afirmativo diga dónde lo conoció y qué clase de negocios ha tenido con él? *Contestó*: Lo conozco, lo conocí a través de un lote que le vendí a los Padres Redentoristas. Leída la aprobó. *Preguntada*: ¿Sírvase explicar al despacho cómo fue el negocio del lote a que se ha referido anteriormente? *Contestó*: En todo caso yo se los vendí por una suma que no puedo precisar y el lote quedó hipotecado y luego que ellos pagaron les canceló la hipoteca, yo tengo mis escrituras y a ellas me atengo. Leída la aprobó. *Preguntada*: ¿Sírvase manifestar si usted fuera del negocio de los lotes a que se ha referido anteriormente ha tenido algún otro negocio con los Padres Redentoristas, en caso afirmativo diga en qué consistió (sic) éste? *Contestó*: No señor solamente ese lote, pero no me acuerdo ni cuántos metros tiene ni el valor exacto. Leída la aprobó. *Preguntada*: ¿En respuestas anteriores usted ha manifestado el haber tenido con los Padres Redentoristas solamente la negociación de un lote de terreno el cual según sus mismas manifestaciones le fue hipotecado para respaldar el valor de dicha negociación, sírvase aclararnos por qué razón en declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento ante el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad el día 24 de febrero de 1972, manifestó usted que le había prestado a los Padres Redentoristas la suma de un millón de pesos en efectivo y que para garantizar dicha deuda éstos le habían hipotecado un terreno adquirido por ellos por compra hecha al doctor Raúl Jaramillo Jaramillo? *Contestó*: Yo les presté a los Padres Redentoristas un millón de pesos, ellos me hipotecaron ese lote. Leída la aprobó. *Preguntada*: El padre Fermín Aranguren en declaración rendida ante la embajada de nuestro país en España, manifiesta textualmente lo siguiente: ... (aquí se transcribe la declaración que se presentó en el párrafo inmediatamente anterior) ... Sírvase manifestar qué tiene para decir sobre lo que acaba de oír. *Contestó*: Los hechos sucedieron así como lo declara el padre Fermín Aranguren en la declaración que se me pone de presente y que he leído detenidamente. Leída la aprobó" (folios 37 vuelto y siguiente).

Luego culminó el proceso en la forma indicada en los vistos de esta providencia.

Síntesis de lo hasta ahora expuesto:

En 16 de septiembre de 1969 la Comunidad de Padres Redentoristas cubrió a Isabel Bravo de Rojas el millón de pesos convenido para pagar las deudas que Raúl Jaramillo tenía para con Isabel.

A pesar de ello y para cubrir esas mismas deudas ya canceladas por la Comunidad Redentorista, Isabel Bravo de Rojas adelantó juicio hipotecario, el cual culminó con sentencia de remate, la que fue registrada el 5 de mayo de

1972, es decir, con posterioridad al pago total que se había completado el 16 de septiembre de 1969.

El 24 de febrero de 1972 y el 5 de diciembre de ese mismo año, mucho tiempo después de que Isabel Bravo de Rojas hubiera sido pagada de todas sus acreencias con relación a Raúl Jaramillo, en diligencias de interrogatorio de parte, bajo la gravedad del juramento, afirmó falsamente que ella le había dado un préstamo, en efectivo, a los Padres Redentoristas la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) y que no había recibido nada en pago a cuenta de la deuda que para con ella tenía el ciudadano Raúl Jaramillo.

De las fechas que vienen de precisarse, se concluye:

Que el juicio hipotecario, a cuyas resultas obtuvo a su favor Isabel Bravo de Rojas el remate y adjudicación de bienes de Raúl Jaramillo, a consecuencia de lo cual pudo haber sufrido éste los perjuicios alegados, fue anterior al delito de falso testimonio, ilícito éste que motivó el que le hubieran sido reconocidos.

Resalta lo anterior si se tiene en cuenta que la demanda de liquidación de perjuicios gira en torno al delito de falso testimonio establecido mediante sentencia y en la adjudicación que le fue hecha a Isabel Bravo de Rojas del globo de terreno que fue motivo del juicio hipotecario. En uno de los apartes del dictamen pericial se consigna: "Ahora, bien, el negocio jurídico hace relación a un aspecto, a globo de terreno de 38.939.56 metros cuadrados, que fuera adjudicado por el Juzgado Decino (sic) Civil de este Circuito por un valor de trescientos noventa y dos mil cuatrocientos noventa pesos moneda legal corriente ($ 392.490,00) dentro de un proceso hipotecario, con sentencia de enero 18 de 1972" (cuaderno número 8, folios 48 y siguiente). El apoderado de Raúl Jaramillo concretó al mismo lote sus observaciones al dictamen (folios 55 y siguientes). Lo mismo se aprecia en la aclaración del dictamen (folios 67 y siguientes) y en todas las demás piezas con él relacionadas.

De manera que la liquidación y fijación de perjuicios dentro de este proceso, giró única y exclusivamente en torno a los que podían derivarse de las consecuencias finales del juicio hipotecario adelantado por la Bravo de Rojas contra Raúl Jaramillo, el cual había sido fallado con anterioridad y registrado para el 5 de mayo de 1972; y, no de los que podrían haberse desprendido del delito de falso testimonio, cometido con posterioridad a la fecha acabada de indicar, es decir, consumado los días 24 de febrero y 5 de diciembre de 1972.

De ahí que el demandante en casación en su primer cargo y de acuerdo con doctrina de la Sala Civil de la Corte, haya sostenido la existencia del error de derecho, pues éste, según la Sala indicada, "tiene ocurrencia cuando el sentenciador, sin embargo de apreciar correctamente el medio probatorio en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, yerra al calificar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndole un valor probatorio que la ley no le reconoce, o bien negándole el que ella le otorga".

Que fue lo que ocurrió en este caso, pues al establecido y comprobado delito de falso testimonio, el juzgador le atribuyó una eficacia demostrativa de la cual carece y le atribuyó un valor probatorio no reconocido por la ley, puesto que a ese hecho delictuoso, posterior al juicio hipotecario que pudo generar los perjuicios, y sobre cuya materia éstos se cimentaron, se le dio ese valor probatorio que la ley no le reconoce. Claro que del falso testimonio bien pudieron generarse perjuicios para su víctima, pero en ningún caso los fijados por la sentencia sobre el fundamento antes indicado.

Los mismos falladores de primera y de segunda instancia se dieron cuenta de lo anterior, aun cuando ello no los llevó a modificar su criterio; y, por eso, en la sentencia del *a quo*, entre otras disposiciones se dijo: "*Segundo: Condenar a Isabel Bravo de Rojas* al pago en abstracto, de los perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito" (de falso testimonio) y "*quinto:* Se compulsará copias de lo pertinente con el fin de investigar el posible delito de estafa procesal que la condenada haya podido cometer con la conducta por ella agotada y que fue materia de este proceso enviándose la actuación al Juez Penal del Circuito (Reparto)" (folios 326 y siguiente), determinaciones que fueron confirmadas por el superior (folio 340 vuelto).

Una cosa fue el delito de falso testimonio y otra la posible estafa procesal, hoy denominada fraude procesal (Código Penal, artículo 182).

A continuación, como ya se dejó transcrito en lo pertinente del extracto de la demanda, entra el censor a presentar la parte fundamental de su argumentación, para lo cual, con precisión de fechas, de citas de documentos contenidos en el proceso por falso testimonio, de la época en la cual se cometió y de los días en que se profirieron el auto de llamamiento a juicio y las senten-

cias condenatorias, así como también de aquella fecha en que se llevó a término la adjudicación del bien hipotecado, concluye afirmando: "de acuerdo con constantes jurisprudencias de esa honorable Corte, se requiere que en el proceso estén plenamente probados esos tres elementos: perjuicio, culpa y relación de causalidad.

"Pero aquí fallan los anteriores requisitos o elementos, puesto que no existe esa relación de causalidad que se exige", ausencia de ese requisito que pasa a demostrar, según antes se vio, para concluir "de manera necesaria que en la providencia recurrida en casación se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos, en la estimación del caudal probatorio del proceso, que llevó al quebrantamiento de aquélla, es decir, de los artículos 26 del Código Penal y 1494, 2341 y 2472 del Código Civil, los cuales no se hubieran aplicado como se aplicaron si no hubiera mediado aquel error".

Con relación a lo anterior el Ministerio Público, representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, expone:

"Esta Procuraduría Delegada en lo Penal estima que sustancialmente le asiste razón al recurrente en cuanto los perjuicios que fueron regulados dentro del incidente que para tal fin se propuso, pues es incuestionable que doña Isabel Bravo de Rojas fue condenada por el delito de falso testimonio y, por lo tanto, los perjuicios que debían ser regulados eran los que provenían exclusivamente de aquella infracción.

"En el caso presente es verdad incuestionable que cuando la condenada cometió el delito de perjurio, ya los bienes de que se ha dado cuenta a lo largo de este concepto habían sido rematados, y por ello resulta impropio deducir unos perjuicios de actividad que no los generó. Más aún, tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, además de la condena por el delito de falso testimonio, se dispuso que se compulsaran copias para investigar el posible delito de estafa cometido por la señora Bravo de Rojas al hacerse pagar doblemente una acreencia, utilizando para ello la actividad de los funcionarios judiciales. En estas condiciones es obvio que los perjuicios que en esta actuación procesal se regularon serían los derivados de ese posible delito de estafa procesal; no obstante, como tal proceso no ha concluido no es del caso todavía hablar de ese presunto daño, y aún en el evento de que tal cosa hubiera ocurrido, otro debería ser el trámite de liquidación del agravio con tal ilícito ocasionado.

"Razón le asiste en consecuencia al recurrente en casación cuando afirma que no aparece demostrada por parte alguna la relación de causalidad entre el comportamiento de la condenada y el agravio que dio lugar al trámite incidental que precluyó con la interposición del recurso extraordinario.

"Dentro del plano de lo hipotético podría pensarse que la actuación ordenada por el posible delito de estafa procesal concluyera con sentencia de condena y que allí también se regularan los perjuicios que serían los mismos que se tasaron en este proceso, con detrimento de la equidad y de la lógica, pues no sería descartable el doble pago de una misma indemnización" (folios 15 y siguiente del concepto).

Y, en cuanto a la observación final del Ministerio Público, cabe tener en cuenta que el demandante, de acuerdo con jurisprudencia de la Sala Civil, sostiene que se está frente a un error de derecho y que el error se presentó al atribuirle a la sentencia condenatoria por falso testimonio un valor probatorio que la ley no le reconoce. De ahí se generó la violación de las normas que precisamente señala.

Porque:

De acuerdo con el artículo 1494 del Código Civil, en lo pertinente, las obligaciones nacen "ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos".

Y, si el delito de falso testimonio por el cual fue condenada Isabel Bravo de Rojas se llevó a término en una actuación posterior y perfectamente distinta a la del juicio hipotecario al cual se ha hecho referencia, síguese que el hecho ilícito en mención no puede ser fuente ni causa de la obligación de indemnizar los perjuicios a que fue condenada la procesada.

Según la norma 2341 del mismo Código, "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley impone por la culpa o delito cometido".

De manera que la obligación de indemnizar que se genera por la comisión de un delito, hace referencia al daño inferido u ocasionado por ese delito y, el monto de aquélla se regulará habida consideración de ese hecho ilícito y de sus consecuencias. Por lo cual antes de producirse ese delito o en un tiempo anterior a su producción, no puede generarse obligación indemnizatoria alguna como consecuencia de él. Siendo, en realidad sobrante el decir que la sentencia no hace

otra cosa que fijar y precisar la fecha de la comisión del delito, es decir, de aquélla en la cual se ejecutó la acción tipificada como delictuosa por el Código Penal.

Dispone el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal: "Toda infracción de la ley penal origina acción penal, y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción".

Lo cual significa que en materia de indemnización por delitos, ésta sólo puede decretarse con relación al delito cometido, habida cuenta del tiempo en que se consumó. Es decir, en que se dio el hecho típico, culpable y antijurídico contemplado por la ley.

En el caso sometido a consideración los elementos integrantes del delito de falso testimonio por el cual fue condenada Isabel Bravo de Rojas se dieron en las fechas antes señaladas durante las cuales ante autoridad competente y bajo la gravedad del juramento, hizo las manifestaciones falsas que también se han dejado precisadas. Fue en ese momento cuando cometió el delito de falso testimonio y, si con él se produjeron daños, entonces la condena por éstos no puede extenderse a ninguna otra actuación anterior a la ejecución del delito.

Cosa distinta ocurre, se repite, con el llamado fraude procesal, cuya investigación se viene adelantando. Allá este ilícito, si así se acredita, traerá como consecuencia la condena a la debida indemnización.

Como también hubiera podido ocurrir que, de haberse adelantado conexamente la investigación de los dos posibles ilícitos, en atención a vínculos que así lo justificaran, se hubiera producido la condena indemnizatoria en atención a ellos.

Pero como en este caso se denunció, investigó y falló con sentencia condenatoria por el delito de falso testimonio y no por ninguno otro, el cargo habrá de prosperar, lo cual hace innecesaria la consideración del segundo de los propuestos. Por lo tanto, la sentencia impugnada se habrá de casar parcialmente para dictar la que habrá de reemplazarla (Código de Procedimiento Penal, artículo 583, numeral 1), lo cual se hace así:

Ya se han citado las normas de acuerdo con las cuales la persona perjudicada por el delito tiene derecho a ser indemnizada y, el victimario la obligación de indemnizar. La acción civil puede ejercerse dentro del proceso penal, como ha ocurrido en este caso y ha sido el titular de ella quien la ha adelantado (Código de Procedimiento Penal, artículo 24).

Los de orden material a él correspondiente, no moral. Para este concreto caso y con relación a los que pudieron haber sido causados por el delito de falso testimonio, se tiene:

Los de orden material a él correspondiente no fueron establecidos en forma alguna en las tramitaciones de primera y de segunda instancia y, si bien cuando la casación en materia penal versa sobre indemnización de perjuicios, las causales procedentes son las que señala la ley civil, no puede aplicarse la regla relativa al decreto y práctica de pruebas, puesto que el procedimiento si sigue siendo el señalado por el Estatuto Procesal Penal que no contempla tal etapa probatoria. Por ello, no se tomó en casación ninguna medida sobre este particular.

La Corte no podrá condenar por razón de perjuicios materiales, puesto que no existe ninguna prueba atendible que le permita señalar su monto. Y, se afirma lo anterior, en atención a que los fijados con fundamento en dictámenes periciales, no corresponden, según se demostró, a los derivados del delito de falso testimonio, sino a otro distinto, como sería el de posible fraude procesal, que está en investigación. Y, como se trata de la prosperidad de la causal primera de casación señalada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que dicte la Corte, en este sentido habrá de ser absolutoria, dejando sin valor la condena en concreto a indemnización de daños de orden material hecha en la sentencia impugnada.

En cuanto a los de orden moral, no encuentra la Sala que sea posible y, ni siquiera fácil, el evaluarlos en dinero. Entonces, de acuerdo con el artículo 95 del Código Penal, se fijan en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), a lo cual fue condenada Isabel Bravo de Rojas a pagar como perjuicios de tal naturaleza, en favor de Baúl Jaramillo Jaramillo, como también lo solicita el apoderado de este último al juez del conocimiento. En consecuencia, en esto solo aspecto se confirmará el fallo recurrido en casación.

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

Resuelve:

CASAR la sentencia impugnada, de fecha 4 de octubre de 1979, proferida dentro de estas dili-

gencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en cuanto condenó a Isabel Bravo López de Rojas al pago de perjuicios en favor de Raúl Jaramillo Jaramillo por el delito de falso testimonio para, en su lugar, *disponer*: Primero: CONDÉNASE a Isabel Bravo López de Rojas a pagar a Raúl Jaramillo Jaramillo la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), por concepto de perjuicios morales derivados del delito de falso testimonio. Segundo: DECLÁRASE que no hay lugar al pago de perjuicios materiales por el mismo delito, en atención a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Jesús Bernal Pinzón (conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Formas propias del juicio: son el conjunto de exigencias y de garantías procesales que caracterizan un determinado procedimiento y que permiten, por consiguiente, distinguirlos de otros.

Derecho de defensa: dentro de la estrategia del defensor le está permitido desde el silencio razonable hasta la insistencia impertinente y obcecada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 26791.

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., diciembre 3 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar el 28 de octubre de 1980, que confirmó con algunas adiciones la dictada el 9 de julio de ese mismo año por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal en el Comando del Batallón de Servicios número 6 con sede en la ciudad de Ibagué, mediante la cual impuso al Cabo Segundo Jairo Orjuela Trujillo la pena principal de 8 años de presidio y las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en la persona de Luz Marina Rubio.

Hechos

Quedaron sintetizados por el Tribunal Superior Militar, así:

"... Luego de que en las horas de la noche del día 8 de febrero del presente año el Cabo Segundo Jairo Orjuela Trujillo ingiriera bebidas embriagantes y de que al promediar la media noche recogiera a la joven Luz Marina Rubio, trabajadora del establecimiento del señor Javier Betancourt Velásquez y de que con ella asistiera a un sitio de diversión en donde estuvieron bailando, a eso de las cuatro de la madrugada fueron al hotel San Jorge, ubicado en el sector urbano de la ciudad de Ibagué en solicitud de alojamiento. Allí estando en la pieza número 47 del tercer piso, con un disparo del revólver del Suboficial, resultó ultimada su acompañante ...".

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), sostiene el demandante que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad de carácter supralegal, por dos aspectos, a saber:

1. Porque la Resolución 001 del 30 de junio de 1980, por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal, es nula, en virtud de que allí se citaron normas de fondo como de procedimiento, cuando en verdad debió de referirse a los artículos 566 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar, en síntesis: "... por señalar en forma inadecuada el procedimiento a seguir en el juzgamiento que se ordenaba ...".

En consecuencia, anota el censor, no se observaron las formas propias del juicio.

2. Porque el procesado no tuvo una defensa suficiente y adecuada, en razón de que la persona que designó como apoderado y que luego sirvió de defensor en el Consejo de Guerra Verbal, no llenaba las condiciones exigidas por la ley para desempeñar esos cargos al tenor del artículo 393 del Código de Justicia Penal Militar y 34 de la Ley 16 de 1968, puesto que ni era oficial

en servicio activo o en uso de buen retiro, ni abogado titulado e inscrito.

Por tanto, entiende que, por este modo, se violó el derecho de defensa.

El Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares solicita que no se case la sentencia, pues considera que el doble cargo de nulidad propuesto por el actor no está llamado a prosperar.

En efecto, lo rechaza con estos dos argumentos:

1. Después de referirse a los requisitos exigidos por el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar para las resoluciones de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, aduce:

"... De ninguno de tales requisitos, adoleció la Resolución número 001 de 30 de junio de 1980, materia de examen, por medio de la cual se ordenó convocar Consejo de Guerra Verbal, y la enunciación de las normas que fijan el procedimiento, fundamento de esta demanda, carecían de objeto cuando tales formalidades se estaban cumpliendo rigurosamente, como es el caso presente ...".

2. Luego de remitirse al artículo 40 de la Constitución Nacional y al 25 del Decreto 196 de 1971 para fundar el principio de que nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado titulado e inscrito, sin perjuicio de las excepciones legales, observa:

"... Pero aceptando lo sostenido por el recurrente, en el sentido de que al defensor se le hubiese vencido su licencia temporal, de que habla la ley, otorgada por el Tribunal para actuar dentro del proceso materia de revisión, aquél omitió enunciar lo que la misma disposición enseña, cuando afirma que no habrá lugar a la nulidad de lo actuado, cuando se viole tal disposición, y solamente tales personas estarán sujetas a las sanciones señaladas para el ejercicio ilegal de la abogacía ...".

Considera la Corte

A los argumentos que plantea el recurrente, que corresponden a dos motivos de nulidad de rango constitucional, pues les da ese alcance al relacionarlos con el artículo 26 de la Carta, se responde:

1. *Formas propias del juicio.*

En repetidas ocasiones la Corte ha dicho que las formas propias del juicio son el conjunto de exigencias y de garantías procesales que caracterizan un determinado procedimiento y que permiten, por consiguiente, distinguirlo de otros. De manera que cualquiera informalidad o inobservancia del rito procesal no puede reputarse como apta para predicar omisión de formas propias del juicio. Para que tal violación tenga esa entidad debe ser manifiesta e incidir sobre lo que constituye la diferencia específica de su modo de ser con el de otro procedimiento.

Afirma el impugnante que el no señalarse en la resolución de convocatoria el procedimiento debido con cita de los artículos respectivos se incurrió en nulidad y, por ende, en violación de una forma propia del juicio.

No es posible hablar de nulidad de la citada resolución por no haberse hecho en ella esas precisiones, pues no tiene la eficacia de un auto de proceder como parece entenderlo el demandante, porque esa calidad procesal sólo la adquiere en el Consejo de Guerra Verbal, el cuestionario, según lo enseñan reiteradas jurisprudencias de esta Sala.

De otra parte, no es exacta la censura, porque la cuestionada resolución expresa de manera inequívoca el procedimiento a seguir cuando en su parte considerativa, dice:

"... 1º Que de acuerdo con el artículo 589 del Código de Justicia Penal Militar, en época de guerra, conflicto armado, turbación del orden público, o conmoción interior, todos los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, se juzgarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, y el país se encuentra en estado de sitio de acuerdo con lo contemplado en el Decreto 2131 de 1976 ...".

E igualmente, lo expresa con nitidez, cuando en su parte resolutiva convoca a un Consejo de Guerra Verbal, designa el personal para integrarlo y señala fecha para la iniciación de la audiencia respectiva.

No cabe duda que si la resolución convocó a Consejo de Guerra Verbal, se refirió al único procedimiento que tienen esta clase de juicios, en forma tal que no hubo posibilidad de error sobre ese punto como lo demuestra el hecho de que se aplicaron las disposiciones legales que lo identifican, o sea, el Libro IV, Título VI, Capítulo II, artículos 566 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar.

2. *Del derecho de defensa.*

Pregona el demandante que el procesado no tuvo defensa suficiente y adecuada por cuanto su apoderado y luego defensor no era Oficial en servicio activo o en uso de buen retiro y menos aún abogado titulado e inscrito y porque si ejercía con licencia temporal expedida por un Tribunal Superior, como lo demuestra el proceso, no podía apoderarlo sino de oficio por disposición expresa del artículo 31 del Decreto 196 de 1971.

De todos maneras el ataque fundamental lo centra el actor en la carencia de requisitos para ejercer la profesión el apoderado y defensor del recurrente y en el origen privado de su mandato; pero, además, sin tanto énfasis, en su desempeño en el proceso.

Por el primer aspecto, valga recordar lo que prescribe el artículo 25 del Decreto 196 de 1971 sobre ejercicio de la profesión:

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este decreto.

La violación de este precepto no es causal de nulidad *de lo actuado, pero quienes lo infrinjan estarán sujetos a las sanciones señaladas para el ejercicio ilegal de la abogacía ..." (subraya la Sala).*

De modo que si el apoderado y defensor actuó por razón del nombramiento directo que para tales cargos le hizo el procesado y no de oficio como debió de ser, esa gestión irregular no constituye causal de nulidad al tenor del citado Decreto.

Por el segundo aspecto, tiénese que la actuación desarrollada por el defensor en la audiencia del Consejo de Guerra Verbal fue adecuada y en cierta medida efectiva, pues el veredicto condenatorio se logró por mayoría. Es decir, que no solamente hizo lo que parecía indicado sino que alcanzó un nivel jurídico satisfactorio, haciendo una defensa plausible.

Agregar que no ejerció la defensa debida porque "... no propuso recurso alguno contra la sentencia, no sustentó la apelación propuesta por el condenado ante el honorable Tribunal Superior Militar, ni tuvo participación alguna en la proposición del recurso de casación *que se tramita ...", es trazar, para un proceder inverso, una línea de conducta rígida que no necesariamente tiene por qué corresponder a una mejor defensa en juicio, ni conducir a una violación indiscutible de ella el comportamiento descrito por el objetante. Dentro de la estrategia del defensor está el uso discrecional del derecho de defensa, o sea, de los medios de gravamen o de impugnación que brinda la ley procesal y de todas las garantías que ésta pone en sus manos con esa noble finalidad, de modo que bajo ese entendimiento le está permitida desde el silencio razonable hasta la insistencia impertinente y obcecada.*

Sin embargo, los recursos que aquí no propuso el defensor, podían ser, como efectivamente lo fueron, interpuestos por conducto del procesado, sin que se pueda afirmar que tal proceder descalifica la eficacia de la defensa.

Al no prosperar ninguno de los motivos de nulidad aducidos, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior Militar el 28 de octubre de 1980 y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez (salvamento de voto), *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía* (salvamento de voto), *Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Por tratarse de situación jurídica de idéntica significación, nos permitimos reiterar nuestro criterio disidente, expresado tantas veces, la última de ellas la que a continuación se transcribe (Ped. Nº 26354, Magistrado ponente: doctor Fiorillo Porras. Procesado: Marco Antonio Mora, noviembre 12 de 1981):

1. El artículo 170 de la Constitución Nacional dice con meridiana claridad: "En los delitos cometidos por los militares en servicio activo y *en relación con el mismo servicio*, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Fluye de tan perentoria disposición que el fuero militar que ampara a los miembros del Ejército Nacional, de la armada y de la aviación —únicas instituciones cuyos integrantes tienen la categoría de militares— está expresamente condicionado en cuanto a los sujetos por él beneficiados, a que el delito sea cometido mientras se hallen "en servicio activo *y en relación con el mismo servicio*"; no basta, pues, que el actor del hecho punible tenga la calidad de militar en servicio activo cuando lo ejecuta o interviene en su realización, sino que se requiere con exigencia insoslayable, que sea cometido en ejercicio de actividad relacionada con su función militar. Consideró, entonces, el constituyente que la sola condición de militar activo no era suficiente para el reconocimiento de este fuero especial, y que a este supuesto había de agregarse el de que el delito estuviese causalmente conectado al desarrollo de actividades castrenses en cabeza del actor; de esta manera, con lógica razón, se exceptúan del fuero militar todas aquellas situaciones en las que militares en servicio activo cometen delitos desconectados de su función castrense, porque en tales casos actúan como particulares, responsables ante la jurisdicción ordinaria.

De esta misma norma constitucional que comentamos desprendese que las precedentes características del fuero castrense no tienen limitaciones temporales, vale decir, que se extienden tanto a las situaciones de normalidad pública como a las de estado de sitio, pues que el artículo 121 de la Carta no establece tampoco excepción alguna a este respecto.

Cuando, pues, el artículo 170 de la Codificación Constitucional se remite el Código de Justicia Penal Militar para que desarrolle legalmente el fuero allí consagrado, condiciona tal delegación a que sus preceptos lo consignen respecto de "delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio". Por manera que cuando los artículos 307, numeral 12, 398, numeral 2º y 331 del Código de Justicia Penal Militar refieren su competencia a los "militares en servicio activo" o a "los suboficiales y personal de tropa", ha de entenderse, conforme al precepto constitucional que estas normas apenas desarrollan, que el delito realizado por esos militares en servicio activo ha de haber sido cometido en ejercicio de su función castrense.

Por lo demás, ni el numeral 2º del artículo 305 del Código de Justicia Penal Militar que extiende tal jurisdicción a los tiempos "de guerra, turbación del orden público o conmoción interior", ni decreto alguno expedido durante el actual período de estado de sitio derogan —ni podrían hacerlo— el mandato constitucional del artículo 170 en cuanto a la exigencia de que el delito debe ser ejecutado por militar en servicio activo y por razón del ejercicio de tal actividad castrense, para que su autor o cómplice sea juzgado dentro del marco excepcional de la jurisdicción penal militar.

2. Como quiera que en el presente caso, el homicidio por el cual fue juzgado y condenado el Suboficial del Ejército, Marco Antonio Mora Galvis, ninguna relación tuvo con su condición de militar, ni tal delito tiene la categoría de tipicamente militar (artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar), síguese que no ha debido ser juzgado por esta especializada jurisdicción, sino por la ordinaria y común. Y como así no se hizo, incurrióse, a nuestro juicio, en nulidad legalmente consagrada (artículo 210, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal), que la Sala ha debido declarar.

3. Tales son las razones que nos impulsaron a separarnos de la determinación tomada por la mayoría de la Sala.

Alfonso Reyes Echandía (Magistrado), *Gustavo Gómez Velásquez* (Magistrado).

Fecha ut supra.

CIERRE DE LA INVESTIGACION

Cerrar la investigación cuando están más que vencidos los términos de instrucción y ordenar más de una prórroga de la misma existiendo desde un principio procesado preso, es una irregularidad procedimental que no genera nulidad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 110 de 3 de diciembre de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 3 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

Corresponde a la Sala decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Serapio Castro Muñoz o Muñoz Castro, y sustentado por apoderado especial, en contra de la sentencia de 6 de noviembre de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la dictada por el Juzgado Unico Superior de Buenaventura para condenar al recurrente a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como autor responsable de homicidio en la persona de Nazario García Venté.

Los hechos

De autos se sabe que Serapio Muñoz Castro, Nazario García Venté, Pedro Tomás Condumí Alegría, Daniel García Quintana, Eleuterio Bonilla y Elsa Holguín Daza salieron de Buenaventura con rumbo a Timbiquí en una lancha de la cual el primero era motorista y el segundo marino. Fallas mecánicas en la embarcación hicieron que se detuviera en El Pital en donde Serapio y Nazario se dieron a ingerir licor. Nazario se embriagó, se puso pesado con sus compañeros de travesía, discutió con Serapio quien le invitó a subir a la casilla, allá forcejearon, Nazario cayó al mar, Serapio se arrojó tras él y luego emergió Nazario herido y tambaleante y dijo "me mató". Esto dijeron al declarar los pasajeros de la lancha y agregaron que una navaja que habían visto antes en manos de Serapio desapareció, que éste pretendió hacerles creer que Nazario se había enredado y lesionado mortalmente en una cantonera, y que les advirtió que tuvieran mucho cuidado con las declaraciones que pudieran dar sobre lo sucedido para evitar que "el que la dé mala quede enredado".

Actuación procesal

La Inspección de Policía de Puerto Merizalde practicó levantamiento del cadáver de García Venté y adelantó diligencias de indagación preliminar con apoyo en las cuales el Juzgado Sexto Penal Municipal de Buenaventura inició la investigación el 27 de noviembre de 1978. Se escuchó en indagatoria al sindicado Serapio Castro Muñoz o Muñoz Castro y se decretó su detención preventiva. Vencido con exceso el término de instrucción el Juzgado Unico Superior de Buenaventura clausuró la investigación el 13 de septiembre de 1979, y el 10 de octubre siguiente llamó a responder en juicio al indagado por un delito de homicidio simplemente voluntario. El enjuiciado recurrió en apelación de tal proveído pero después desistió y su desistimiento fue aceptado.

Rituada en legal forma la causa se inició la diligencia de audiencia pública con intervención de Jurado el 11 de septiembre de 1980. Los miembros del Tribunal popular contestaron por

unanimidad "Sí es responsable" al cuestionario que se les propuso. Acogido este veredicto se profirió sentencia de primera instancia el 23 de septiembre de 1981. Apelada la condena el Tribunal Superior de Cali la confirmó mediante la providencia que es ahora materia del recurso.

La demanda

Al amparo del anumeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que establece como motivo de casación el haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, siete (7) cargos propone el demandante, de la siguiente manera:

1. El proceso es nulo porque "el auto de cierre de la investigación nunca se notificó y por ello no hubo ejecutoria" y, no obstante esta falla, "el señor juez del conocimiento negó el recurso de reposición contra el mismo, interpuesto por el propio procesado y siguió actuando a pesar obviamente, de carecer de jurisdicción para ello". Ese auto, agrega el censor, no fue notificado al apoderado del sindicado, tampoco al Ministerio Público y, la que aparece como notificación para el procesado no se ajusta a la previsión del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal. De tal manera no era extemporáneo el recurso de reposición que interpuso el procesado. Se violaron, dice, los artículos 180, 193 y 194 del Código de Procedimiento Penal y 348 y 349 del Código de Procedimiento Civil que les son concordantes, más el artículo 26 de la Constitución Nacional en la medida en que con ello se causó lesión "a los derechos del señor Castro Muñoz para defenderse y en las formas propias de su juicio".

2. No se observaron a plenitud las formas propias del juicio porque se violaron los términos para la instrucción y perfeccionamiento de la sumaria. El procesado fue privado de su libertad desde el 23 de noviembre de 1978 y la investigación aparece cerrada por auto del 13 de septiembre de 1979. Ese largo lapso comporta, en sentir del censor, menoscabo de los derechos y garantías procesales con infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional y resultan violados los artículos 317 y 372 del Código de Procedimiento Penal porque hay desconocimiento del debido proceso en el ordenamiento de prórrogas y comisiones, pues existía delito único y único sindicado.

3. Hay nulidad de carácter constitucional, por inobservancia de las formas propias del juicio, pues el Fiscal se salió abruptamente de la diligencia de audiencia y con ello perjudicó ostensiblemente al procesado por los efectos psicológicos que aparejó tal conducta en los miembros del jurado. Con base en las constancias que sobre tal hecho existen en el acta de audiencia, concluye: "la conducta del señor Fiscal en el proceso de la referencia, no fue legalmente correcta; vulneró el debido proceso y por ello perjudicó, indudablemente, en grado superlativo, los derechos procesales del señor encausado".

4. También es, dice el impugnador, constitucionalmente nulo el juicio debido a "mala elaboración del cuestionario", pues ocurridos los hechos en vigencia del Código Penal de 1936, el juez que lo elaboró estaba en la obligación de incluir en él la pregunta sobre el "propósito de matar", elemento subjetivo del delito, y en su lugar colocó la palabra "intencional" que se refiere tan sólo a la forma en que se dio muerte a la víctima. Hay, en su concepto, nulidad por inobservancia de las formas propias del juicio.

5. El proceso es constitucionalmente nulo porque no se practicaron pruebas en favor del procesado. Afirma que no se recibió el testimonio del celador del aserrío en donde ocurrieron los hechos, ni los de las demás personas que allí estaban, a pesar de haberlo dispuesto así el juez en auto comisorio. El artículo 335 del Código de Procedimiento Penal impone al funcionario el deber de establecer con igual celo tanto los hechos que acrediten el delito y la responsabilidad del sindicado como las circunstancias que puedan llevarlo a eximirlo de dicha responsabilidad, extinguirla o atenuarla. Para el censor "cualquier prueba decretada que dejara de practicarse, era fundamental en un juicio como el presente".

6. El proceso es nulo, de nulidad constitucional, "por falta de uniformidad en indicar claramente el apellido del enjuiciado", pues "aún hoy no se sabe a ciencia cierta a quién se condenó si a Serapio Muñoz, si a Serapio Muñoz Castro o a Serapio Castro Muñoz".

7. Es nulo el juicio por "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al apellido de la persona responsable". Este cargo es variante del anterior, como bien se ve. La que califica de "nebulosa sobre el apellido del procesado" la estima "como violación a una de las garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Constitución" y de allí que en el cargo sexto la presenta "como nulidad legal especial y absoluta por creer, muy sinceramente, que no se peca contra la técnica de casación". En el

proceso, dice, "siempre hubo imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero apellido" y existe la prueba de que se expidió cédula de ciudadanía a Serapio Muñoz, pero no a Serapio Muñoz Castro o a Serapio Castro Muñoz. Es evidente, por consecuencia, el vicio de nulidad que señala el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda solicita la admisión de que existe cualquiera de los siete vicios indicados y solicita que se decrete cualquiera de las nulidades alegadas y se declare en qué estado queda el proceso.

La respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal refuta los cargos de la demanda, uno a uno y solicita que no se case la sentencia impugnada.

Para el primer cargo apunta que el auto que cerró la investigación sí fue notificado al procesado ante testigo rogado y que aunque no se hizo de conformidad con lo que establece el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, el procesado conoció la providencia y tal es el efecto que debe producir la notificación. De igual manera la conoció el Ministerio Público, pues rindió concepto de fondo y en él se refirió al auto de cierre. Debe entenderse notificado por "conducta concluyente" (artículo 8 del Código de Procedimiento Penal y 320 del Código de Procedimiento Civil). Faltaría, dice, notificación por estado pero ello no impedía la ejecutoria del auto, ni que se considerara extemporáneo el recurso de reposición del procesado, pues no había más partes a quienes notificar.

Para el segundo cargo dice que el vencimiento excesivo del término de instrucción no está previsto como causal de nulidad y que, por el contrario, si lo fuera llegaría hasta el punto de impedir que pudiera emitirse una sentencia posiblemente absolutoria, con lo cual se perjudicaría al mismo procesado.

Para el tercer cargo afirma que el hecho de marcharse el Agente del Ministerio Público de la audiencia por haberle negado el defensor una interpelación no puede entenderse como "coacción moral" sobre los miembros del jurado sino, simplemente, como la manifestación de un desacuerdo entre los dos que en manera alguna eliminó o limitó el derecho de defensa.

Por lo que hace a la redacción del cuestionario no encuentra el Procurador Delegado diferencia alguna entre la utilización de la palabra "intencionalmente" para referirse al homicidio, pues equivale, en su sentir, a "propósito de matar"; es decir, que una y otra expresiones se refieren al mismo resultado: la obtención de la muerte de la víctima. Agrega que no hubo reclamación alguna acerca de dicha manera de preguntar en las instancias, que sólo aparece en la demanda y que los jurados no tuvieron duda alguna sobre la cuestión que debían resolver al contestar el interrogante.

Afirma luego, en cuanto a la práctica de pruebas, que el demandante no concreta cuántas y cuáles se dejaron de practicar y que la que echa de menos, la declaración de Roberto Gaviria, administrador o dueño del aserrío, aparece en la diligencia de reconstrucción de los hechos (folio 108 vuelto, cuaderno primero). Agrega que las pruebas que se echan de menos bien pudieron ser practicadas, a petición de parte, en la etapa probatoria de la causa.

En cuanto a falta de uniformidad en la indicación del apellido o apellidos del enjuiciado, tanto en el auto de proceder como en la sentencia (cargos 6º y 7º) apunta el Ministerio Público que basta conocer las jurisprudencias que el mismo demandante cita para saber que ellas dicen todo lo contrario de lo que se pretende comprobar con su transcripción y que, desde un principio, el procesado fue plenamente identificado.

Las consideraciones de la Sala

Como quiera que los seis primeros cargos los formula el censor al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional por supuestos desconocimientos de la garantía del debido proceso en diferentes aspectos del caso aquí juzgado, se hace necesario formular una observación previa al estudio de la multiplicidad de reproches por él consignados en su extensa demanda.

No todas las irregularidades en que puedan incurrir los funcionarios judiciales durante la tramitación y fallo de los procesos admiten el calificativo de "nulidad constitucional" cuando no corresponden con exactitud a las expresamente señaladas en la ley de procedimiento. Para que tal cosa ocurra es preciso que tales anomalías afecten lo sustancial del juzgamiento con grave menoscabo del interés público en la correcta prosecución de los procesos o de los derechos inalienables del procesado.

Lo dicho en precedencia se comprende mejor cuando se tiene conocimiento de que las llamadas "nulidades de carácter supralegal" no han sido

creadas por la jurisprudencia como remedio para toda clase de males procedimentales sino, fundamentalmente, para impedir que las garantías esenciales que devienen del procesamiento en beneficio de los asociados en general y de los acusados en particular, sean conculcadas.

De allí que por clara que aparezca una desafortunada y criticable actuación del proceso si ella no compromete realmente y con perjuicio evidente los derechos individuales o sociales, resulta imposible invocarla como fuente de invalidez con la simple finalidad de hallar una oportunidad nueva para presentar alegatos defensivos que no son de buen recibo en sede de casación aunque sí puedan considerarse atendibles dentro de las instancias.

De lo dicho se desprende que no son aplicables al caso *sub judice* las sanciones de nulidad constitucional o supralegal que solicita la demanda, según a continuación se demuestra.

1º El primero de los cargos resulta un tanto desordenado en su parte inicial. En efecto, junto a la afirmación de que hay inobservancia de las formas propias del juicio se coloca la de que la defensa fue ineficaz en el presente asunto *y* se concluye por alegar una nulidad de carácter legal como lo es el error relativo al apellido del procesado que se ubica en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Lo relacionado con la defensa ineficaz no vuelve a ser tocado por el demandante quien, por el contrario, cita varios fragmentos de la exposición del defensor en la audiencia y en posteriores escritos, y fundamenta en ellos sus alegaciones cuando formula el cargo tercero. Lo atinente a la nulidad legal, "única" de tal carácter que aduce, la coloca en el séptimo de los cargos que plantea.

Así desbozada la demanda se tiene que un primer punto de la misma se dedica a sostener la nulidad del proceso por falta de notificación del auto que cerró la investigación, de donde deduce que dicha providencia no se ejecutorió y, por consiguiente, carecía el juzgador de "jurisdicción" para calificar el proceso, y que la misma falla de procedimiento llevó a la negativa de un recurso de reposición que contra dicha determinación introdujo el propio procesado.

Contra lo que afirma el demandante se comprueba que el auto de cierre de la investigación sí fue notificado al procesado y al Agente del Ministerio Público. En efecto, el procesado se negó a firmar *so pretexto* de que se había vencido con exceso el término de instrucción y, ante esta situación hubo de recurrirse a un testigo rogado, sistema éste que resulta correcto así se considere que su firma es ilegible. El que tal acto no se hubiera cumplido en presencia del Director o del Asesor Jurídico del respectivo establecimiento carcelario no le resta valor porque se trata tan sólo de la omisión de un aspecto procedimental secundario y por lo mismo intrascendente. Sobre dicho tema la Sala se pronunció en pasada ocasión de la siguiente manera:

"La exigencia del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal para que la notificación de providencias a quienes se encuentran privados de libertad se haga ante el Director o el Asesor Jurídico del respectivo establecimiento carcelario es simplemente una medida que tiende a garantizar ese diligenciamiento secretarial y no constituye, por consiguiente, una condición *sine qua non* para la validez del acto" (casación de 17 de septiembre de 1981).

El Fiscal sí firmó la notificación sin hacer manifestación alguna. Para negar este hecho, que se comprueba con sólo mirar el expediente al folio 116 del cuaderno original, el censor le atribuye la leyenda que con profusión de yerros ortográficos consignó el procesado sobre vencimiento del término de la instrucción. Después y al emitir concepto de fondo el Fiscal hace alusión expresa del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal que regla, entre otras cosas, la clausura de la investigación o etapa instructiva. Atribuir al Fiscal dicha leyenda resulta desobligante para éste, por lo menos.

Lo que sí resulta evidente es la falta de notificación de dicho auto al apoderado del procesado. Pero debe tenerse en cuenta que en ningún momento de la sumaria constituyó apoderado contractual y que todos los que le aparecen en diligencias, tales como la indagatoria, los careos y la inspección judicial que aparecen en el expediente se llevaron a cabo con diferentes apoderados de oficio. ¿A cuál de ellos se notificaba entonces el auto de clausura de la investigación? La demanda no lo dice. Y en verdad que resulta difícil determinarlo. Pero, en el supuesto de que debió notificarse al último de los apoderados de oficio, a pesar de que su nombramiento se limitaba a la diligencia que debía cumplirse en el momento exacto de su designación y concluida su labor salía del proceso, la irregularidad que de allí pudiera derivarse no compromete las formas esenciales del juicio porque la ley al disciplinar los motivos generales de nulidad (artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) señala como uno de ellos la falta de notificación, no de

cualquier auto sino únicamente del de proceder, sin perjuicio de establecer, acto seguido, que la nulidad que allí se origina desaparece si no se reclama dentro del término que prevé la norma en cita.

No es lógico entonces invocar la deficiente notificación de una providencia de inferior jerarquía a la del acto de procesamiento como lo es la de clausura de la investigación en sustento de una petición de reconocimiento de vicio constitucional, máxime cuando en el trámite de las instancias ningún reparo se hizo al respecto.

Por otra parte, si se estima que el juzgador del conocimiento por error en cuanto a la ejecutoria del auto de clausura de la investigación desestimó por extemporánea una solicitud de reposición hecha por el procesado y tal cosa se alega como productora de nulidad constitucional, resulta obvio que es incompleto el reproche porque el demandante no señaló qué perjuicio en concreto se derivó de allí para los intereses del procesado sino que se limitó a decir, de manera muy general, que no se practicaron pruebas favorables al mismo. Además, se revela así la inconsecuencia de la impugnación, pues si se había dispuesto el cierre de la sumaria y el procesado tenía pleno conocimiento de tal cosa porque no de otra manera se comprende su petición de reposición de dicha providencia, el recurso así formulado no procedía para que se tramitara y resolviera una petición de libertad provisional que en el correspondiente memorial aparece. Y si de pedir la práctica de pruebas se trataba, de ninguna en concreto se hizo mención y menos para decir que, de no practicarse, ello redundaría en detrimento de la situación del sindicado.

Por todo lo dicho en los párrafos que anteceden se concluye que no prospera este primer cargo.

2º *El haberse cerrado la investigación cuando estaban más que vencidos los términos de instrucción y el haberse ordenado más de una prórroga de la misma existiendo desde un principio procesado preso, se comprueba con vista en el expediente. Se trata, como se ha dicho y repetido, de una irregularidad que, de ninguna manera apareja nulidad de rango constitucional o legal por la simple razón de que con ello no se privó al reo de ninguno de sus derechos ni se cercenaron sus atributos defensivos. Por el contrario bien puede afirmarse que lo tardío del acto procesal en cuestión alargó las posibilidades para la petición y práctica de pruebas y facultó al procesado para solicitar, con arreglo al artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, libertad provisional.*

Si tal situación constituyera nulidad debe aceptarse que su reconocimiento presupone la enmienda del vicio y la reposición del procedimiento anómalo cumplido, y esto último se haría imposible porque no se puede retrotraer el tiempo que ya pasó para ajustarlo a los términos que se excedieron. O impediría que se clausurara la investigación y, por consiguiente, que se calificara la sumaria, con lo cual bien podría desembocarse en la imposibilidad absoluta de cerrar la investigación, lo cual abriría la puerta a la prescripción de la acción penal.

El cargo, como bien puede observarse, no prospera y el punto a que se refiere ha sido resuelto ya por la jurisprudencia constante.

3º Es cierto, y así consta en el acta correspondiente, que por discrepancias con el defensor sobre la mecánica de las interpelaciones, el Fiscal abandonó el recinto en donde se desarrollaba la diligencia de audiencia después de dejar una constancia de protesta por lo que consideró desconocimiento de los derechos del Ministerio Público. De allí extrae la censura un cargo de nulidad supralegal porque, según dice, se ejerció de tal manera por parte del Ministerio Público "física coacción moral sobre los señores del jurado".

No se observa, empero, que tal hecho comprobado pudiera tener la fuerza suficiente para influir de tal manera en la conciencia de los jurados que les hiciera olvidar el juramento que previamente habían prestado para emitir un veredicto justo. El censor tampoco demuestra esos efectos psicológicos nocivos para la suerte del encausado y, si bien se miran las cosas, limita su labor a la transcripción de las constancias que dejó su antecesor en la defensa cuando el incidente se produjo, sin perjuicio de afirmar, como antes se dijo, que fue ineficaz esa defensa y a sostener que si el hecho se hubiera presentado en un centro urbano populoso, tal vez no habría tenido la "poderosa influencia" que ejerció en los jurados de Buenaventura, como si la hombradez, imparcialidad y firmeza que la ley les exige (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal) fuesen turbias, maleables y débiles por habitar en una ciudad que, a pesar de su innegable importancia, no es capital de departamento.

Cabe advertir que cuando el incidente se produjo el Fiscal había terminado su intervención y solicitado un veredicto de condena acorde con el pliego de cargos. Durante su discurso el de-

fensor no le interpeló y cuando éste avanzaba en su alegación el Fiscal quiso que se le concedieran interpelaciones pero el defensor haciendo caso omiso de tales pretensiones siguió adelante con su exposición y el juez, director del debate, tampoco las consideró. Resulta innegable que por tal motivo el Fiscal se exaltó en forma indebida y luego de dejar una constancia desabrida abandonó el recinto de la audiencia. El juez pudo haberlo impedido con base en las atribuciones que le da el artículo 512 del Código de Procedimiento Penal, pero le dejó marchar. La conducta del Agente del Ministerio Público puede ser considerada como falta de carácter disciplinario, pero jamás como origen de nulidad supralegal.

Los argumentos de la demanda no resisten un análisis más profundo en orden a su rechazo porque el cargo carece de seriedad en su planteamiento, tiene un desarrollo puramente efectista y una conclusión delezuable.

4º Es indiscutible que el cuestionario que se somete a la consideración de los jueces de conciencia es acto sustancial del juzgamiento y que, por tanto, su redacción debe responder con exactitud a los cargos deducidos en el auto de proceder para que su respuesta se amolde a la verdad de los hechos y circunstancias a que se contrae la imputación. De allí se desprende que si el juez elabora un cuestionario en forma distinta del modelo que representa el llamamiento a juicio pueda presentarse la nulidad supralegal por desconocimiento del artículo 26 de la Carta.

Tal vicio se resaltaría si se omitiera interrogar al jurado acerca del propósito de matar que guió la actuación del procesado, porque de tal modo y según los términos del Estatuto Penal de 1936, no se podría establecer su verdadera responsabilidad.

La situación en el caso de autos es totalmente diferente a la del planteamiento del censor porque la más desprevenida lectura del cuestionario que aquí aparece (folio 163 del cuaderno principal) permite advertir que en él se pregunta muy claramente si el encausado "es responsable sí o no de haber dado muerte en forma intencional" para incluir así la acción psíquica que, mediante la fórmula "propósito de matar", exigía la ley penal vigente al tiempo del juzgamiento; sin que valga alegar en contra que el vocablo "intención" que aparece en el interrogante que se hizo al jurado traduce un concepto diferente al exigido por el artículo 362 del Código Penal que dejó de regir al emplear la expresión "propósito de matar". En jurisprudencia reiterada de la Sala se ha dicho: "no se encuentra diferencia sensible entre la expresión 'haber dado muerte en forma intencional' empleada en el cuestionario y la de obrar 'con el propósito de matar' que trae el artículo 362 del Código Penal para indicar el aspecto subjetivo del delito de homicidio llamado voluntario o de propósito, porque una y otra se refieren a la determinación de la voluntad de hacer o no hacer una cosa en orden a un fin, denotando así que en este tipo de ilícito la acción va dirigida por el ánimo de ocasionar la muerte de un semejante, y, precisamente, cuando se inquirió si la acción de haber dado muerte a su víctima fue 'en forma intencional', se quiso preguntar y, se preguntó de manera inequívoca, sobre el propósito de matar ...".

Por lo dicho, entonces, este cargo no resulta de recibo y el recurso no puede prosperar.

5º El artículo 335 del Código de Procedimiento Penal dispone que los funcionarios de instrucción deben investigar "con igual celo no sólo 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". Esta disposición tiene conexión directa con el artículo 26 de la Constitución Nacional en lo tocante a la observancia plena de las formas propias del juicio, porque atañe a las bases probatorias que se necesitan para ejercer con eficacia el derecho a la defensa que no puede lesionarse sin que se produzca vicio de nulidad sustancial en el proceso.

No es esa, sin embargo, la situación en el caso de autos aunque resulte cierto que no todas las pruebas posibles se practicaron en la etapa de la sumaria. Y no lo es porque la defensa tuvo amplitud de oportunidades para reclamar que en la etapa probatoria de la causa se trajeran todos los elementos de juicio que en su sentir fueran necesarios para obtener, con base en ellos, la exención, extinción o atenuación de la responsabilidad del procesado y si no las utilizó no es cosa que pueda contabilizarse como desconocimiento, por parte del funcionario, del precepto del artículo 335 que se deja transcrito. Además, y ya se dijo, el período de la instrucción rebasó con mucho los límites que la ley le fija y, por consiguiente dichas oportunidades se multiplicaron. Tampoco resulta serio en la demanda un pedido de nulidad constitucional el suponer lesión para el derecho de defensa por la simple omisión en la práctica de algunas pruebas que no se ha demostrado fueran esenciales para la defensa sólo

porque la crítica hecha en la audiencia pública de las que sí lo fueron no convenció al jurado para que profiriera un veredicto absolutorio "por falta de prueba" como se le pidió.

Tampoco puede prosperar la censura por este otro aspecto de la demanda.

6º Aparte de las causales de nulidad taxativamente enumeradas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, existen aquellas que pueden encontrar enclave en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Pero, y ello resulta bien claro, el mismo motivo de nulidad no puede ser invocado simultáneamente como de origen legal y de fuente constitucional porque lo último sólo es dable aducirlo cuando falta previsión legal al respecto. Así pues, mal hace la demanda al alegar nulidad supralegal sobre la base de haberse incurrido en la sentencia en error relativo al apellido del procesado siendo que el estatuto procedimental erige dicho hecho en nulidad legal desde el auto de proceder (numeral 5º, artículo 210 del Código de Procedimiento Penal).

Todo indica que el demandante no encontró una disposición expresa que se refiera a dicho error en la sentencia aunque no ignoró, como se comprueba con el último de los cargos que formuló, que existía pero referido al auto de proceder. De allí que se dedicara a buscar una fuente supralegal para la ubicación de dicho cargo cuando en verdad bastaba el planteamiento de la nulidad de origen legal desde el auto de proceder. Con tal manera de pensar duplicó el cargo, pues planteó como de nulidad supralegal la pretendida equivocación en cuanto al apellido del procesado en la sentencia, y de nulidad legal la misma equivocación en el auto de proceder.

7º La Corte ha sostenido que la causal de nulidad atinente a equivocación en el nombre o en el apellido del procesado, sólo es aplicable cuando a consecuencia de la misma sea evidente el procesamiento de una persona inocente. En otras palabras, no es el mero error en el nombre o en el apellido del victimario el que puede conducir a la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sino aquel que incide sobre la persona real y verdadera que cometió la infracción de que se trata, esto es, sobre su identidad física (individualización), fatal equivocación ésta que sí podría llevar al despropósito de condenar a uno por otro.

Los fragmentos de jurisprudencia que cita el demandante son acertados y la Sala los reitera; pero la interpretación que se les da en la demanda resulta errónea de principio a fin, pues en el caso de autos el procesado ha venido con dos apellidos constantes, Castro y Muñoz, que indistintamente se colocan uno en pos del otro sin que esto quiera decir que el Serapio al cual se refieren no sea el mismo conductor de la lancha que zarpó de Buenaventura el 19 de noviembre de 1979 con destino a Timbiquí, el mismo que recaló en El Pital y se dedicó a ingerir bebidas embriagadoras con el marinero ayudante Nazario Venté, que discutió con éste y luego forcejeó y que al caer Venté al agua se lanzó tras él para salir después de que éste emergió tambaleante y herido en un caso que bien puede calificarse de flagrancia o, cuando menos de cuasiflagrancia. El último de los cargos formulados, según lo dicho, tampoco prospera.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL. INTERDICCION DEL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

El término para la satisfacción de la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, cuando ha mediado libertad condicional, comienza a correr cuando termina el período de prueba señalado al concederse el subrogado, siempre y cuando el condenado no haya violado las obligaciones contraídas, ni hubiere incurrido en nueva infracción penal

Cuando el período de prueba hubiese sido superior al monto de pena que faltaba por pagar, ese excedente no se tendrá en cuenta para contar el punto de partida de la sanción accesoria

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., diciembre 3 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

El General (r) Jorge Ordóñez Valderrama solicita que, por haber cumplido el día veintiuno de octubre del presente año la pena privativa de la libertad de siete años y seis meses de presidio que le fue impuesta por la Corte en sentencia de 13 de febrero de 1978, como autor responsable de los delitos de peculado y falsedad, se declare que queda en plena libertad a partir de la fecha primeramente mencionada, se den por terminadas las penas accesorias a que también fue condenado en el mismo fallo, o sea, la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y la pérdida de la patria potestad, y que se ordene la devolución de la caución por valor de cinco mil pesos ($ 5.000.00) que prestó para disfrutar del beneficio de la libertad condicional que le fue otorgado mediante auto del 13 de diciembre de 1979, proferido por esta Sala.

Se considera

Efectivamente, al solicitante se le impusieron las sanciones a que alude en su petición y es cierto también que se le concedió el subrogado penal de la libertad condicional, por llevar cumplidas, el día 17 de diciembre de 1979, las tres cuartas partes de la pena principal, equivalentes a dos mil veinticiuo (2.025) días, los que descontó de la siguiente forma: 1.389 días de privación efectiva de su libertad, 556 días por estudio y 80 por trabajo. Para entrar a disfrutar de ese beneficio constituyó fianza por valor de cinco mil pesos (Título Judicial número 984378 del Banco Popular) y suscribió la correspondiente diligencia de compromiso en la que, además de otras obligaciones, le fueron impuestas las de residir dentro del Distrito Judicial de Bogotá, no cambiar de domicilio sin previo aviso a la Corte y presentarse ante ésta cada sesenta días "durante el tiempo que resta para completar la pena impuesta" (folios 397, 515, 517 y 518 del cuaderno original número 4).

La cuarta parte de la pena que le quedaba faltando por cumplir efectivamente, equivale a seiscientos setenta y cinco (675) días, y como la Corte no amplió el período de prueba (artículo 67 del anterior Código Penal), éste quedó limitado a esa cuarta parte (seiscientos setenta y cinco días).

Dicho período de prueba, que se inició el día 17 de diciembre de 1979 (folio 516 ibídem), concluyó el día veintiuno de octubre del presente año, sin que durante él hubiese delinquido el agraciado, como lo certifica el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) —folios 532 a 536 ibídem—, ni hubiese dejado de presen-

tarse ante la Corte en la forma requerida, como lo acredita el Secretario de la Sala Penal de esta Corporación (folio 536 vuelto, ibídem), y sin que exista constancia de que hubiere infringido las demás obligaciones que adquirió en la diligencia de compromiso.

En tales circunstancias, y de acuerdo con lo que dispone el Código Penal en sus artículos 74 y 75 (sustancialmente iguales a las normas contenidas en los artículos 87 y 88 del anterior Código), se tiene que, a partir del día veintidós (22) de octubre del presente año, operó la liberación definitiva del peticionario, en lo que dice relación a la pena privativa de la libertad que le fue impuesta, y, por lo mismo, procede la devolución de la caución que otorgó y la cancelación de las obligaciones que contrajo en la diligencia de compromiso.

En lo que respecta a las penas accesorias que le fueron impuestas al solicitante, es conveniente estudiarlas por separado, pues el Código Penal anterior no les daba el mismo tratamiento.

Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas

Tanto el Código anterior como el vigente preceptúan que, cuando esta sanción se impone como accesoria, se aplica de hecho mientras dure la pena privativa de libertad concurrente con ella, cumplida la cual, empezará a correr el término señalado para aquélla en la sentencia. Dicho de otra manera, sólo comienza a cumplirse una vez satisfecha la pena principal (artículos 97 del anterior Código y 55 del vigente). El nuevo Código le permite al juez disponer el cumplimiento de sanciones no privativas de libertad durante el período de prueba, pero remite la facultad solamente al caso de la condena de ejecución condicional (artículo 55, cuya referencia al artículo 68 ha de entenderse correctamente hecha al 69).

Ahora bien, ¿cuándo se entiende cumplida la pena principal si media el otorgamiento de la libertad condicional?

Esta institución no constituye una rebaja de pena, sino una sustitución de parte de ella por un período de buena conducta, el cual equivale generalmente al tiempo que resta de efectivo cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta, pero puede también ser extendido hasta en una tercera parte más, a juicio del juez. En otros términos, ese período de prueba, desde luego en lo que no exceda del monto que falta de la sanción determinada en la sentencia, reemplaza el lapso no satisfecho en efectiva detención, cumpliéndose así, por este mecanismo jurídico, la real cantidad de pena impuesta, como si se hubiese descontado toda en privación de libertad.

Por lo mismo, no puede entenderse cumplida la totalidad de la pena mientras no haya transcurrido ese tiempo de prueba, ni, una vez satisfecho, puede retrotraerse su cumplimiento a la fecha en que el beneficiario salió en liberación provisional, pues en ese momento no la había redimido completamente, tanto que la ley ordena hacerle efectivo al condenado el resto de pena insatisfecho, si incumpliere las obligaciones contraídas o cometa un nuevo delito durante el período de prueba (artículos 87 del Código Penal anterior y 74 del estatuto vigente).

El momento en que se entiende cumplida la pena principal, en el evento que se analiza, será, por tanto, aquél en que, sin que el beneficiario haya violado las obligaciones contraídas ni hubiese delinquido nuevamente, termine el período de prueba señalado. En caso de que por disposición del juez hubiese sido superior al monto de pena que faltaba por pagar (artículos 87 y 74 de los Códigos anterior y vigente respectivamente), ese excedente no se tendrá en cuenta para contar el punto de partida de la sanción accesoria.

A partir de entonces comienza a correr el término para la satisfacción de la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas que hubiere sido decretada.

Como en el caso presente el período de prueba, que fue equivalente al que restaba de pena, venció el día veintiuno de octubre del presente año, en esa fecha quedó cumplida en su totalidad la pena principal de siete años y seis meses de presidio (hoy prisión) que le fue impuesta al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama y, por tanto, solamente a partir del día siguiente (22 de octubre de 1981), viene descontándose el término de siete años y seis meses de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas a la que, como sanción accesoria, fue igualmente condenado.

Por cuanto no se ha satisfecho aún esta pena, no podrá accederse a la solicitud formulada por el General Ordóñez Valderrama de "darla por terminada", pues aún entendida su petición como rehabilitación para el ejercicio de tales derechos, tampoco ha transcurrido el tiempo que se exige para la concesión de ese beneficio, ni se acompañó la documentación requerida para su

estudio (artículos 113 del anterior Código Penal, 92 del Código vigente y 709 del Código de Procedimiento Penal).

Pérdida o suspensión de la patria potestad

El Código Penal anterior establecía como sanción accesoria la pérdida o suspensión de la patria potestad y disponía que la pena de presidio podía acarrear su pérdida, y la de prisión podía implicar la suspensión "durante el tiempo de la condena" (artículos 42 y 58, Ley 16 de 1969, artículo 12).

Por eso, al ser condenado el General Ordóñez Valderrama a pena de presidio, le fue igualmente a la *pérdida* de la patria potestad (folio 397 del cuaderno número 4).

El nuevo Código Penal no contempla la pena de presidio, respecto de la cual dispone que quienes estuviesen condenados a ella, la descontarán como si se tratara de pena de prisión. Suprimió la *pérdida* ya imposición (sic) dejó al prudente arbitrio del juez, de acuerdo con los criterios que orientan la individualización de la pena (artículos 41, 42, 52, 61 y 377).

A la suspensión de la patria potestad le dio, para efectos de su cumplimiento, el mismo tratamiento que a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, o sea que solamente empieza a descontarse a partir de la fecha en que quede redimida la pena principal, cuando aquélla hubiere sido impuesta como accesoria (artículo 56).

En esas condiciones, y dándole al caso la interpretación más favorable, como debe hacerse, hay que entender que al General Ordóñez Valderrama le fue suspendida la patria potestad por un período igual al de la pena principal que se le impuso, esto es, por un lapso de siete años y seis meses, y que ella se cumplió "durante el tiempo de la condena" (artículo 58 del Código Penal anterior), o sea que quedó redimida el día veintiuno (21) de octubre del presente año, cuando se satisfizo en su integridad la pena principal.

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

Resuelve:

1º TÉNESE como definitiva la liberación del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, a partir del día veintidós de octubre del presente año, en lo que respecta a la pena principal de siete años y seis meses de presidio (hoy prisión) que le fue impuesta por esta Sala en sentencia de trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho, en razón de los delitos de peculado y falsedad por los que respondió en el presente proceso. Dicha pena quedó cumplida en su integridad el día veintiuno de octubre del presente año.

2º ORDÉNASE la devolución de la caución por valor de cinco mil pesos ($ 5.000.00) que, a nombre del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama y a la orden de la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, consignó Fanny Gómez de Ordóñez, según Título judicial número 984378 del Banco Popular, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos setenta y nueve. Ofíciese al respecto a esa entidad bancaria.

3º DECLÁRANSE canceladas las obligaciones que contrajo el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama para poder entrar a disfrutar del beneficio de libertad condicional que le otorgó esta Sala en auto de trece de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, obligaciones que quedaron especificadas en la diligencia de compromiso suscrita el día diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve.

4º TÉNESE por cumplida, a partir del día veintidós de octubre del presente año, la pena accesoria de pérdida (hoy suspensión) de la patria potestad que le fue impuesta por esta Sala al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, en sentencia de trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho.

5º NO SE ACCEDE a la petición de tener como cumplida la pena accesoria de interdicción en el Ejercicio de Derechos y Funciones Públicas por un término de siete años y seis meses, impuesta al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama en la sentencia citada en el numeral precedente, puesto que aún no se ha satisfecho en su integridad, como que solamente empezó a cumplirse a partir del día veintidós de octubre del presente año.

Envíese copia de esta providencia al Ministerio de Justicia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. *Estimo que una vez cumplido el período de prueba propio a la libertad condicional y satisfechos a plenitud las exigencias del mismo, el término de su duración debe descontarse, en cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas, como tiempo señalado para esta pena accesoria.*

a) Porque si bien la privación de libertad ha dejado de cumplirse, no ha ocurrido otro tanto con la interdicción de derechos y funciones públicos, constituyendo un tratamiento injusto el que dándose efectiva satisfacción de esta pena, durante tal período, no se tenga en cuenta para descontarlo de su total duración;

b) Porque a los fines de la institución de la libertad condicional, conviene hacer este descuento, que aminora el término de la interdicción, porque así se facilita la readaptación social del sentenciado. No es aconsejable extender más de lo debido esa pena accesoria, porque resulta que los fines de la liberación anticipada, que busca una reincorporación a la comunidad, se ven un tanto frustrados u obstaculizados, con la incidencia de esa capitis deminutio;

c) Porque así se armonizan la condena y la libertad condicionales, ya que lo que es vacío de legislación, muy aparente, en cuanto a la segunda, se complementa y acuerda con lo dispuesto para la primera;

d) Porque si la nueva legislación ha mirado la pena accesoria con cierta flexibilidad, hasta el punto que puede prescindirse de ella, no es aconsejable mantener el rigor de no descontar como sanción satisfecha la correspondiente al término del comentado período de prueba. De otro lado, si las obligaciones impuestas con la libertad condicional, y sus causas, tienen valor para mermar la pena privativa de la libertad, no se ve lógico que este efecto no se extienda.

2. *Agrego este otro punto:*

Considero inconstitucional el condicionamiento de la buena conducta, luego de cumplirse el término impuesto como pena de interdicción de derechos y funciones públicas, para obtener la rehabilitación. Satisfecha la sanción, la rehabilitación, si es que ésta no se produce automáticamente, no puede negarse con base en tal argumento. Está bien despojar de esa condición ciudadana a quien ha delinquido, pero no mantenerlo la privación porque no observa buena conducta social o individual. ¿Acaso puede, por igual circunstancia, despojarse a alguien de los derechos y funciones públicas?

Está bien que la buena conducta pueda mirarse como una situación propia a anticipar la rehabilitación, esto es, antes de cumplirse el término de la pena accesoria analizada. Pero no es dable aceptar que ese factor se tenga en cuenta para prolongar esta inhabilitación.

Con el debido respeto.

Gustavo Gómez Velásquez.

Salvamento de voto

Con todo respeto me separo de lo dispuesto por la mayoría de la Sala en el punto quinto de la providencia que antecede porque no estoy de acuerdo con que el término para pedir la rehabilitación, no se haya cumplido.

Para mi concepto, cuando la sanción de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplica como accesoria, debe correr la suerte de la principal, como corresponde a su naturaleza secundaria o dependiente, de manera que si se declara cumplida aquélla, debe considerarse que la accesoria también lo está si su cuantía es menor o igual a la de aquélla.

De otra parte, creo que el artículo 55 del Código Penal vigente, que corresponde al 97 del ordenamiento penal anterior, debe entenderse como aplicable sólo a aquellos casos en que se descuente en forma real y efectiva la pena principal, pero no cuando se suspende en todo o en parte.

Así se desprende, a mi modo de ver, de la misma redacción que tiene esa norma.

Finalmente, el artículo 75 del Código Penal debe ser interpretado en relación con el 71 del mismo ordenamiento y entenderse que cuando el primero habla de "liberación definitiva" no sólo se está refiriendo a la pena privativa de la libertad sino a los demás sanciones impuestas al procesado.

Por esas razones estimo que la sanción accesoria que se viene mencionando debe declararse extinguida cuando se haya vencido el término fijado por su duración, contado a partir del día en que se obtuvo la libertad condicional y

siempre que haya transcurrido el plazo que señala el artículo 32 del Código Penal y cumplido los demás requisitos legales.

De no ser así se llegaría al contrasentido de que mientras una persona libertada condicionalmente puede declarársele cumplida la pena principal, tenga que seguir sujeto a la accesoria.

Luis Enrique Romero Soto, Magistrado.

Bogotá, diciembre 14 de 1981.

CAMBIO DE RADICACION

Finalidades. Diferencias con la recusación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 110 de diciembre 3 de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 7 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Resolverá la Sala la solicitud de cambio de radicación de proceso formulada por el apoderado de Humberto Suárez Barajas, ex Oficial de la Policía, sindicado del delito de homicidio tentado y cuyo juzgamiento adelanta la Jurisdicción Penal Militar.

Resultandos

1. Con fundamento en los artículos 316 del Código de Justicia Penal Militar y 44 y 47 del Código de Procedimiento Penal, solicita el profesional que representa al sindicado que esta Corporación disponga el cambio de radicación del proceso que contra él adelanta el Juzgado Sesenta y Ocho de Instrucción Penal Militar, al parecer radicado en Santa Marta. Dos razones aduce para fundamentar su petición:

1ª La parcialidad del funcionario instructor en detrimento del derecho de defensa del procesado, y

2ª El inminente peligro en que está su vida. Para demostrar lo primero, hace referencia al trámite del sumario y acusa al funcionario instructor de retardar la práctica de pruebas, de tergiversar versiones de los hechos, de insinuar respuestas de testigos y de parcialidad de los propios superiores jerárquicos en la Institución Policial; en este sentido, acompaña fotocopia de varias diligencias de cargo. Respecto de la segunda cuestión, adjunta fotocopia de un oficio dirigido por el Director de la Cárcel de Ciénaga (donde se encuentra detenido el ex Oficial Suárez Barajas) al funcionario instructor el 3 de agosto pasado en el que le solicita disponer el traslado del detenido a otro establecimiento carcelario, pues su vida corre peligro, y una certificación del mismo Director con fecha 28 de septiembre de este mismo año en la que puntualiza hechos que demuestran que la vida del detenido Suárez Barajas está en peligro; entre ellos menciona frecuentes amenazas telefónicas, verbales y anónimas y el asesinato de una amiga suya a poca distancia de la cárcel de donde había salido de visitarlo; agrega que no está en condiciones de garantizar la vida del ex Oficial porque no dispone de medios adecuados.

2. El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional considera que la Corte debe abstenerse de conocer este asunto por falta de competencia; razones de esta tesis son:

a) Los cargos contra el instructor deben ser tramitados como recusación conforme a los artículos 401 a 405 del Código de Justicia Penal Militar;

b) Como el cambio de radicación pretende sustraer el conocimiento de un proceso "de las manos de un funcionario que tenía la competencia para calificar el sumario en el fondo" y en este caso tal funcionario es el Inspector General de la Policía Nacional, tal finalidad no se obtendrá con el adelantamiento del sumario en otro lugar, y

c) El motivo relacionado con el peligro que corre la vida del sindicado es del resorte del Gobierno y no de la Corte.

Considerandos

1. *Señala el artículo 316 del Código de Justicia Penal Militar que "en cualquier estado del proceso antes del fallo de primera instancia, la Corte Suprema de Justicia podrá cambiar la radicación de un proceso penal militar, previo concepto del Procurador de las Fuerzas Armadas, oficiosamente o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, o si una enfermedad grave del sindicado así lo exige". Por su parte, el artículo 47 del Código de Procedimiento Penal autoriza al Gobierno para que motu proprio pueda variar la radicación de procesos penales adelantados contra "oficiales, suboficiales, agentes y detectives de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, por infracciones cometidas por ellos en ejercicio de sus funciones o por razón de éstas".*

De tales disposiciones se desprende que el fenómeno del cambio de radicación de procesos penales puede realizarse en las fases del sumario o del juicio; que con él no se pretende propiamente sustraer al juez competente del conocimiento de un proceso determinado, sino variar el lugar de su instrucción o juicio en aras de la recta administración de justicia, de la salud o de la vida del procesado, si bien tal determinación suele traer como secuela la de que haya de variar el juez del conocimiento; que el cambio de radicación previsto en el artículo 47 del Código de Procedimiento Penal y referido al Gobierno Nacional, está supeditado a que el miembro de la Policía Nacional o el detective del Departamento Administrativo de Seguridad haya cometido la infracción imputada "en ejercicio de sus funciones o por razón de éstas", y que cuando se trata de procesos penales militares es la Corte Suprema de Justicia la entidad competente para decidir sobre el cambio de radicación de tales procesos cuando se dé alguna de las exigencias señaladas en el artículo 136 del Código de Justicia Penal Militar.

2. Puesto que en el presente caso se está frente a un proceso que adelanta la justicia penal militar contra un ex Oficial de la Policía Nacional por supuesto homicidio tentado que habría cometido el sindicado, como se desprende de las diligencias aportadas, por fuera del ejercicio de sus funciones policiales y sin relación alguna con ellas (estaba en uso de licencia e ingería licor en un bar), síguese que no sería aplicable la disposición del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, sino la del artículo 136 del Código de Justicia Penal Militar y que, por tal aspecto, esta Corporación tendría competencia para resolver la petición formulada.

3. La causal de parcialidad del funcionario instructor, tal como la plantea el memorialista, no está llamada a prosperar, porque frente a ella no es la petición de cambio de radicación del proceso la vía jurídicamente posible, sino la eventual recusación del juez, o la denuncia penal de sus actuaciones, o la simple petición de nombramiento de otro funcionario instructor; y es que el cambio de radicación de los procesos penales no se creó simplemente para lograr que la persona del juez que instruye o juzga en un caso determinado sea reemplazada por la de otro funcionario, sino para variar el lugar donde se adelanta la actuación procesal cuando tal escenario no garantice un normal desenvolvimiento del proceso; desde este punto de vista, pues, el fenómeno que se examina no es de carácter personal sino ambiental; por eso cuando es el juez el blanco de las críticas —atendibles o no— la solución del problema así creado no es la del mecanismo extraordinario del cambio de radicación.

4. En cuanto al grave peligro que corre la vida del procesado, aún reconociendo que la aseveración tiene serios fundamentos como se desprende de la reiterada manifestación hecha por el propio Director de la cárcel de Ciénaga, necesario es reconocer que la solución jurídica de esta situación no es la del cambio de radicación solicitado, como que los hechos tendrían que seguir siendo investigados en el mismo escenario geográfico en donde ocurrieron, por un juez de instrucción militar con jurisdicción territorial nacional y habrán que ser calificados y resueltos en todo caso por un único juzgador de instancia que lo es para todo el territorio del Estado el señor Inspector General de la Policía Nacional (artículo 346 del Código de Justicia Penal Militar).

Como lo que realmente se pretende, entonces, es garantizar la vida del ex Oficial sindicado, bastaría para ello lograr su traslado a otro lugar en donde se le ofrezcan mayores seguridades; pero una tal determinación no compete a esta Sala.

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

Resuelve:

Abstenerse de disponer el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRESCRIPCION

Interrupción del lapso prescriptivo. Cómo ha de comenzar la cuenta del término de la prescripción. Diferencias entre el Código Penal de 1936 y 1980

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Juez competente para proferir esta providencia. Puede dictarse en cualquier estado del proceso, incluso en el recurso extraordinario de casación. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 112.

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Ligia Delgado de Colmenares solicita el beneficio de su libertad por prescripción de la acción penal.

Resultandos

1. La procesada fue juzgada y condenada, junto con otra persona, por delitos de peculado y falsedad documental, ejecutados mientras desempeñaba el cargo de auxiliar de tesorería del Instituto de Seguros Sociales, Seccional de Santander.

2. En tiempo oportuno interpuso recurso de casación que se está tramitando. Ahora solicita se le otorgue su libertad a que cree tener derecho por vencimiento del término prescriptivo luego de la interrupción producida por el auto de enjuiciamiento. Como fundamento legal de su petición invoca el artículo 84 del nuevo Código Penal en concordancia con el 80 *ibídem.*

3. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal dice en lo pertinente de su concepto: "Como quiera que la acción penal levantada contra Ligia Colmenares aún está en curso y desde el momento de la ejecutoria del auto de proceder ocurrida en octubre 16 de 1976 ha transcurrido un término superior a cinco años, opina este despacho que en el presente caso se originó el fenómeno jurídico de la prescripción de la misma, por lo cual se impone declararlo así por medio del mecanismo del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, y por consecuencia, es procedente disponer la libertad de la procesada".

Considerandos

1. *Como quiera que la cesación de procedimiento puede formularse en cualquier estado del proceso, conforme lo pregona el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y puesto que el proceso solamente culmina con la ejecutoria de la sentencia respectiva, concluyese que tiene potestad para decidir sobre tal fenómeno el juez que esté conociendo de aquél en el momento en que la petición se haga o en que el propio funcionario descubra la existencia de una cualquiera de las causales señaladas en aquella disposición, con la sola excepción del juez instructor en cuanto carece de poder decisorio sobre cuestión tan sustancial, que de prosperar, implica finalización del proceso. Quiere esto significar que tienen competencia para pronunciarse sobre cesación o no de la acción penal el juez de primera instancia, el de segunda —unipersonal o colegiado— y la Corte Suprema de Justicia aún en los casos en que funge de tribunal de casación, ya que en esta última hipótesis la sentencia*

demandada no se ha ejecutoriado aún y, por lo mismo, el proceso no ha culminado.

*Pudiera pensarse que cuando los jueces en segundo grado o la Corte en casación deciden sobre el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, estarían preterm*itiendo una instancia porque no habría manera de que su determinación fuese revisada; sin embargo, aunque formalmente es correcta tal aseveración, sustancialmente no lo es porque en este caso la decisión ha sido tomada precisamente por la instancia superior que habría de revisar la providencia de su inferior jerárquico, y porque así se resuelve con acierto la implícita exigencia legal de que la cuestión sea desatada por el juez que en ese momento conozca del proceso, sin las demoras que implicaría su devolución al juzgador de primera instancia. Se reitera, de esta manera, el criterio ya expresado por la Sala en varias oportunidades (noviembre 10 de 1958, mayo 12 y julio 7 de 1981).*

Consiguientemente, le asiste a la Sala competencia para decidir en este caso la solicitud de cesación de procedimiento, hecha por la procesada.

2. *La prescripción de la acción penal, o del delito como también se la llama, es fenómeno que afecta la potestad punitiva del Estado porque su prosperidad le impide iniciar proceso penal o continuar el que oportunamente comenzó, con la secuela ineludible de que su poder sancionador no podrá alcanzar al imputado, aunque se tenga la certeza de su responsabilidad en el hecho punible cometido. Trátase, pues, de un fenómeno de carácter sustancial —así reconocido en nuestro sistema penal— y no de mera institución procedimental.*

3. *Sin embargo, el decurso del tiempo sobre el cual se asienta la institución prescriptiva, puede verse alterado por manifestación del propio Estado-jurisdicción cuando hace pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la eventual responsabilidad de sus autores y cómplices; háblase entonces de una interrupción del lapso prescriptivo. En el sistema penal colombiano, tal fenómeno se presenta al quedar ejecutoriado el auto de proceder, y su efecto jurídico es el de borrar el tiempo hasta entonces transcurrido camino de la prescripción y, consecuencialmente, el de recomenzar su cuenta.*

En el tratamiento de esta materia las legislaciones penales suelen utilizar uno de dos mecanismos: o disponen que el nuevo término de prescripción cuyo dies a quo *es el siguiente al de la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente, debe correr íntegramente hasta alcanzar los límites ordinariamente previstos en la ley, o señalar que el nuevo lapso prescriptivo no podrá superar una cierta porción de aquél. El primer sistema estaba consagrado en el Código Penal colombiano de 1936 (artículo 107); el segundo aparece en la codificación de 1980, cuyo artículo 84 establece que "interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80"; y agrega que en tal caso "el término no podrá ser inferior a cinco años".*

4. Como quiera que en este caso la encausada ha solicitado cesación de procedimiento por prescripción derivada de la interrupción que ésta sufrió con el auto de llamamiento a juicio proferido en su respecto, y ha invocado para obtener pronunciamiento favorable a su petición, las normas del nuevo Código Penal y concretamente el artículo 84 precitado, necesario es que la Sala se ocupe del examen de la supuesta o real favorabilidad de la normatividad jurídica invocada por la memorialista, en relación con la vigente para la época en que ocurrieron los hechos.

5. *Es principio constitucional y legal el de que "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". La posterioridad a que esta norma alude no puede ser otra que la del hecho humano punible sobre el cual habrá de decidir el juzgador.*

Toda decisión judicial en punto a favorabilidad supone, pues, la existencia de dos leyes, al menos: una vigente cuando el hecho ocurrió y otra en vigor cuando el juez debe decidir sobre él; en veces, a este examen ha de agregarse el de otra ley —llamada intermedia— que tuvo precaria existencia temporal entre aquellas dos.

La favorabilidad de una ley penal sobre otra anterior puede depender de varios factores, entre ellos, de la eliminación del modelo legal que describía la conducta punible de la exigencia de menos requisitos sustanciales predicables de uno cualquiera de los elementos del tipo anterior; de la supresión de una entre varias penas acumulativas; de una atenuación punitiva de carácter cualitativo o cuantitativo respecto del mismo hecho punible; de la presencia de un requisito de procedibilidad no reclamado antes; de la creación de una nueva causal de extinción de la punibilidad; de la transformación de un tipo delictivo en contravencional; en fin, de cualquier determinación legislativa que implique beneficio para el individuo respecto de la ley anterior.

6. *Es obvio que la favorabilidad ha de predicarse de una ley respecto de otra; pero, ¿qué ha de entenderse por ley para tales efectos? He aquí un problema interesante y delicado. Para llegar a solución correcta parece conveniente distinguir entre las varias leyes en conflicto según que consten de un solo artículo o de una pluralidad de ellos; en el primer caso, bastará cotejar las dos o tres normas enfrentadas para determinar cuál de ellas es más favorable; en el segundo evento, será necesario distinguir su contenido y clasificarlas en monotemáticas o simples y pluritemáticas o complejas, según que se ocupen de una misma materia jurídica o de una variedad de ellas; entonces se examinará en conjunto la regulación legal de tal materia, entendida como concreta institución jurídica, (tentativa, coparticipación, concurso, prescripción), o como tipo penal genérico (homicidio, peculado, secuestro).*

Si se trata de leyes monotemáticas, el cotejo es bien simple porque basta estudiar el tratamiento que dan al fenómeno de que se ocupan y decidir cuál de ellas ofrece la respuesta más favorable; cuando, en cambio, las leyes son pluritemáticas —ejemplo clásico de ellas, son precisamente, los Códigos Penales—, debe examinarse la materia jurídica referida al hecho cuya solución se busca, en las diversas normas que a aquélla se refieren. Quiere esto significar que la ley cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho, es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulan normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto.

Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina universal y como esta misma Corporación lo ha manifestado (ver casación de julio 11 de 1952 y auto de mayo 21 de 1981), es tomar de una ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo beneficie igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquellas, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador.

7. *Siguiendo este criterio para el caso sub judice, tiénese que el Código Penal de 1936 al regular la interrupción de la prescripción en su artículo 107 dispuso que el nuevo término se extendería hasta el señalado en el artículo 105, con lo que había de reiterarse aquel íntegramente. La codificación actual, en cambio, limita —como ya se vio— la nueva prescripción a término no superior a la mitad de la inicial y ordinaria del artículo 80, aunque prohíbe que se reconozca uno menor de cinco años. Esta regulación legal (la del artículo 84 del actual Código Penal) ha de interpretarse y aplicarse, no obstante, en concordancia con el artículo 82, en virtud del cual cuando el delito fuere cometido por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, "el término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado". Por manera que cuando el procesado es funcionario público y realizó el hecho punible en las condiciones preindicadas, la regulación del lapso prescriptivo, con interrupción o sin ella, conforme al Estatuto Penal hoy vigente, ha de hacerse con la armoniosa aplicación de ambas normas, las de los artículos 82 y 84 en concordancia con su artículo 80.*

De la comparación conjunta de estas tres disposiciones con las de los artículos 105 y 107 del Código Penal anterior, respecto del fenómeno prescriptivo alegado y de la relación entre éste y la pena imponible al procesado, surgirá la decisión sobre cuál de los dos códigos (leyes complejas o pluritemáticas) debe aplicarse en razón de su favorabilidad.

8. En el caso de autos a Ligia Delgado se le llamó a juicio y se le dictó la sentencia condenatoria que recurrió en casación, por los delitos de peculado y falsedad documental en concurso material conforme a las disposiciones punitivas del Código Penal de 1980, considerado, con razón, por los jueces de instancia como la favorable, pues prevé penas de prisión de 2 a 10 años y de 3 a 10 años, respectivamente (artículos 133 y 220), mientras la codificación precedente señalaba para estos delitos (peculado en cuantía superior a tres mil pesos y falsedad de empleado público en documento también público), penas de presidio de 4 a 15 años y de 3 a 10 años, respectivamente (artículos 3º, Decreto 1858 de 1951 y 231).

9. Como quiera que los delitos en concurso prescriben separadamente, conforme al Estatuto Penal de 1936, el lapso prescriptivo en este caso sería de quince años para el peculado y de diez para la falsedad documental, y de acuerdo con el actual, se extendería a 10 años para ambos delitos, lo que también mostraría favorabilidad en la aplicación de este último estatuto.

Pero como se dictó y ejecutorió auto de llamamiento a juicio en este proceso, el término pres-

criptivo quedó interrumpido y hubo de iniciarse nuevamente a partir de aquella ejecutoria. Ahora bien, si se aplican a la presente situación las normas que regulan el fenómeno de la interrupción de la prescripción en uno y otro códigos, se encontrará que conforme al de 1936 (artículo 107) el nuevo lapso prescriptivo se extendería por otros diez años para la falsedad documental y por otros quince para el peculado que se le atribuyen a Ligia Delgado; en cambio, de acuerdo con el Código actualmente en vigor y teniendo en cuenta que la procesada actuó como funcionaria pública, pues cometió estos delitos en su condición de auxiliar de tesorería (cajera) del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, entidad de derecho público orientada y dirigida por el Estado, como bien lo reconocen los juzgadores de instancia apoyados en decisiones del Consejo de Estado, el nuevo término prescriptivo, habida consideración de lo preceptuado en los artículos 82 y 84 en concordancia con el 80, sería de 6 años y 8 meses, total que resulta de elevar a 13 años y 4 meses el lapso prescriptivo para cada uno de los delitos que se le imputan en razón del aumento de una tercera parte derivado de su condición de empleada oficial al realizar tales hechos (artículos 80 y 82), y de disminuir en la mitad aquella cifra como lo exige el artículo 84 de la citada codificación.

Como de la comparación de ambos totales —los de 15 y 10 años conforme al Código Penal anterior y el de 6 años y 8 meses de acuerdo con el actual—, resulta más favorable este último, habrá de concluirse que sería el aplicable para resolver la situación planteada.

Pues bien, como quiera que desde la ejecutoria del auto de proceder —16 de octubre de 1976— hasta ahora, han transcurrido 5 años y poco más de un mes, síguese que aún no se ha cumplido el nuevo término de prescripción y que, por consiguiente, no es viable declarar la consumación de tal fenómeno y por ende, acceder a la petición de libertad formulada por la procesada.

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

Resuelve:

NEGAR la cesación de procedimiento por prescripción solicitada por la procesada Ligia Delgado de Colmenares, lo mismo que su *libertad provisional*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DEFENSA ADECUADA EN AUDIENCIA PUBLICA. CONSTANCIAS DEJADAS POR LAS PARTES EN LAS ACTAS DEL DEBATE

Para que exista defensa adecuada en audiencia pública, no es necesario un discurso agotador, exhaustivo, pormenorizado y vehemente sobre los hechos controvertidos

A no ser que concurra una falsedad, el contenido de las actas que dan cuenta de los debates acaecidos en la audiencia pública, no puede ser destruido por las constancias de inconformidad dejadas en ellas por las partes

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 112.

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Vistos

Los procesados Víctor Hernando Romero Ibarra y Jairo Cabrera Gómez, fueron condenados, por el delito de "homicidio" en Olinto Forero Maldonado y "robo" en perjuicio de la Fábrica Iberoamericana de Juguetes Nacoral S. A., a veintitrés (23) años de presidio, así como a las accesorias de rigor, en sentencia de ocho de julio del año próximo pasado, recurrida en casación.

En tiempo oportuno se admitió la impugnación y fue aceptada la demanda presentada por el apoderado de Romero Ibarra. Cabrera Gómez se abstuvo de sustentar el recurso.

Hechos

Ocurrieron estos, en lo relacionado con Romero Ibarra, el día trece de julio de mil novecientos setenta y tres, y consistieron en lo siguiente: en esa fecha, horas de la madrugada, varias personas escalaron los muros de la fábrica Iberoamericana de Juguetes Nacoral S. A., situada en la Avenida 1ª entre calles 10 y 11 de la ciudad de Cúcuta, y sorprendieron a su celador Olinto Forero Maldonado, al cual amordazaron y maltrataron de tal manera que murió estrangulado. Después, tras de forzar las seguridades de varias oficinas, se apoderaron de numerosos enseres, avaluados en la suma de noventa y cuatro mil pesos ($ 94.000,00).

Antecedentes procesales

La averiguación fue realizada por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal y su conocimiento correspondió al Juzgado Quinto Superior de Cúcuta, despacho éste que llamó a juicio a Víctor Hernando Ibarra, Jairo Cabrera Gómez y Enrique Peña Berbesí. Como este último procesado afrontaba un auto de proceder por delito contra la propiedad en perjuicio de Marta Lida Macín y Marina Rey (enero 9 de 1974 y abril 5 de 1974), las causas fueron acumuladas y continuó el juzgamiento el mencionado Juzgado Quinto Superior.

La primera audiencia surtida en este proceso, se cumplió el 21 de mayo de 1975. El Juzgado Quinto Superior (junio 5 de 1975), declaró contravidentes los veredictos emitidos en favor de Víctor Hernando Romero Ibarra, Jairo Cabrera Gómez, Luis Enrique Peña Berbesí, Pedro Antonio Páez, Humberto Meléndez Ortiz, y aceptó los que absolvían a José Casimiro Moncada Quintero (robo en bienes de la Compañía Iberoamericana de Juguetería Nacoral) y Luis Enrique Peña Berbesí (homicidio en Olinto Forero Maldonado y robo en perjuicio de la citada compañía). El Tribunal, en auto de octubre tres del año en referencia, introdujo la siguiente modificación a esta decisión: revocó la declaratoria de contra-

evidencia correspondiente a Romero Ibarra, Cabrera Gómez, Peña, Páez y Meléndez (robo en daño de Marta Lida Marín y Marina Roy) y la sustituyó por la anulación "a partir del acto de la audiencia pública".

La nueva audiencia tuvo lugar el veintiuno de abril de mil novecientos setenta y siete. Los veredictos condenatorios, que lo fueron para todos los enjuiciados sometidos a este segundo juzgamiento, los recogió la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Superior (mayo 21 de 1977), que fue anulada por el Tribunal (septiembre 9 de 1977) por advertir una defectuosa elaboración de los cuestionarios relativos a Luis Enrique Peña Berbesí y José Casimiro Moncada, en el robo a la compañía Iberoamericana de Juguetes Nacoral.

El día treinta de marzo de mil novecientos setenta y nueve se verificó la correspondiente audiencia, obteniéndose un doble veredicto de irresponsabilidad para los citados Peña y Moncada.

Vino, entonces, la sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos setenta y nueve, proferida por el Juzgado Quinto Superior, confirmada integralmente por el Tribunal en fallo de ocho de julio de mil novecientos ochenta, impugnada en casación en la forma vista.

La demanda

Un único cargo se formula y se hace al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"), invocándose al respecto el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Al efecto se anota por el censor que "Víctor Hernando Romero Ibarra, no tuvo defensa en la audiencia pública por parte de su defensor, por haber intervenido en ella, es decir, en la que se le juzgaba por segunda vez, en incapacidad de hacerlo, por estar en tratamiento de enfermedad grave, hecho éste que hizo crisis en la audiencia pública, llevando al defensor a decir unas pocas palabras en 10 minutos, en forma incoherente y absurda, como se acredita con las correspondientes pruebas en el proceso, que llevaron a que el procesado le gritara después de terminar su intervención: 'Doctor usted no me defendió' y al sucederse esa actuación irregular, este hecho afectó la intervención y por ende sustancialmente la plenitud de las formas del juicio criminal que se adelantó en contra de mi defendido".

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Desestima la censura porque "el señor juez de la causa en auto del 23 de mayo (folio 339), afirmó que el episodio referido por el abogado sobre su mal estado de salud aconteció en un receso de la audiencia y que por tal razón no quedó consignado en el acta. No hubo contradicción a este aserto, pues de todas maneras el doctor Chacón firmó el documento haciendo constar su inconformidad, pero sin dar contundencia a su protesta, que impidiera la prosecución de un atropello procesal con futuras y graves consecuencias para su patrocinado. Tampoco el Fiscal del juzgado, ni el Fiscal auxiliar que intervino, ni el abogado Pérez Cristancho dieron cuenta de mala fe del personal del juzgado, o de la ocurrencia de hechos extraordinarios durante el debate al firmar el acta o en los días posteriores.

"De otra parte, digno de especial mención es el hecho de que el doctor Chacón Medina, incapacitado médicamente desde el 13 de mayo de 1977 por 30 días, según la fotocopia del certificado correspondiente que obra a folio 419 del expediente por el mismo mal que lo acometió el día de la audiencia, y contra toda previsión y falta de consideración por su propia persona, hubiera consentido en la celebración del debate señalado para varios días después; y que no obstante tal incapacidad, en víspera del comienzo de la audiencia hubiera acudido a los servicios de médico diferente en demanda de cuidados para el mal que se le venía tratando. Pero aún más llamativo resulta el hecho de que no hubiera dado cuenta al juez de la causa de su estado de salud para dejar constancia en el proceso, sino que inexplicablemente se arriesgó a intervenir en el debate a riesgo de su propia vida, según su afirmación, y a riesgo obviamente de que su cliente no saliera bien librado, y conocedor como el que más, de que la suerte de éste dependería casi en su totalidad de su emotividad, de su fogosidad oratoria, de la capacidad de convencimiento al calor del debate.

"Nace pues otro interrogante: ¿Faltó a sus deberes profesionales el doctor Pablo Chacón Medina al intervenir en la audiencia pública, hallándose en precario estado de salud, que conocía y padecía de antemano en su desarrollo y en sus consecuencias? Y si tanto era su deseo de no entorpecer la marcha de la audiencia, ¿por qué razón no pidió oportunamente un receso en el debate con fundamento en su estado de salud? ¿No era esto lo legal y oportuno?

"De aceptar sus razonamientos al respecto, habría que convenir que efectivamente obró con falta de ética en las condiciones anotadas.

"Ahora bien: como para la Procuraduría Delegada el acta de la audiencia fue ley del proceso desde el momento en que quedó incorporada al mismo sin tropiezos legales, el aspecto de la demanda que resta por estudiar es el referente propiamente a la nulidad supralegal que se plantea con amparo en el artículo 26 de la Carta.

"El distinguido profesional recurrente basó su defensa en las dos audiencias que se celebraron para el juzgamiento de su cliente (1975 y 1977), en el escaso valor probatorio de hechos indiciarios que lo comprometían, en particular en un reconocimiento que alguno de los compañeros de delito en la firma Iberoamericana de dugnotes de Cúcuta le hizo ante la Policía Judicial. Y con su estilo y su acostumbrada fuerza oratoria, como él lo dice, obtuvo que el primer Tribunal de conciencia convocado lo absolviera, con el infortunado resultado de que el veredicto logrado se declarara contrario a la evidencia de los hechos.

"Para la segunda audiencia, sin que el acervo probatorio hubiera sufrido modificación alguna, y con los mismos argumentos según reza el acta, aunque no con su característica oratoria forense de acuerdo con sus palabras y a las de los testigos que citó extraprocesalmente, no obtuvo el mismo resultado absolutorio.

"La diferencia entre sus dos intervenciones según se echa de ver, se contrajo a una bien aleatoria circunstancia: la capacidad conmovedora de su oración.

"Es cierto que el Fiscal principal, doctor Rafael Angarita Zerpa varió su posición en este debate con relación al primero: mientras en este se inclinó por la condena de Romero Ibarra, cuya responsabilidad en los delitos de homicidio agravado y robo encontró plenamente demostrada, en la audiencia de 1977 adujo un mejor estudio de la situación, llegando a advertir al jurado sus dudas respecto y "dejándolo en libertad" —en palabras del recurrente— para adoptar una definición que bien habría podido ser, o no, de absolución.

"Que el jurado de conciencia hubiera optado como lo hizo por un veredicto de condena no obstante la autorizada voz del Fiscal principal de la causa, a la que vino a sumarse la del defensor, bien a las claras denota que no era tan dubitable como lo pretende el recurrente, el tópico de la responsabilidad de Romero Ibarra. Nadie alegó en su favor circunstancia atenuante o modificadora de la misma, y de acuerdo con el contenido del proceso de la absolución hubiera sido una decisión francamente injusta. Así lo comprendió el *jurí*, y así lo acogieron los juzgadores de derecho en ambas instancias. De esta suerte, la mera fogosidad del orador no tenía ni podía garantizar el valor de descalificar el criterio del jurado. Síguese de lo anterior, que el derecho de defensa del procesado Romero Ibarra fue respetado en su integridad, siendo esta una afirmación que recibe especial trascendencia si se observa que el apoderado de Romero Ibarra lo fue durante todo el proceso —con una interrupción después de la audiencia que se comenta y hasta cuando se propuso el recurso de casación—, el mismo doctor Pablo Chacón Medina, profesional altamente calificado e idóneo que no escatimó en su misión defensiva conocimientos ni diligencia.

"Así pues, la artificiosa argumentación en que apoya su pedido de casación implica en verdad, un último y no desprovisto de mérito esfuerzo defensivo, pero nada tiene que ver con las formas propias del juicio a cuya guarda apuntan la Constitución y la ley, así como reiterada y conocida jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia".

Consideraciones de la Sala

Conviene recordar que en este proceso hubo dos audiencias con intervención del mismo defensor, hoy recurrente; en la primera lo hizo con notable amplitud en beneficio de su patrocinado y obtuvo veredicto absolutorio que, declarado contraevidente, dio lugar a la nueva audiencia; en esta última, sobre situación jurídica inalterada, el fiscal fue menos contundente en el pedimento condenatorio y la defensa, menos vigorosa, emoliva y amplia, tal vez por las razones que el propio recurrente puntualiza en su demanda. Pero de este supuesto no puede concluirse que el procesado careció de defensa. En efecto, la lectura del acta correspondiente —documento público cuya autenticidad nadie ha puesto en duda y cuyo contenido ha de tenerse por veraz, pues no fue tachado de falso ni siquiera por el recurrente, que apenas dejó constancia de su inconformidad—, permite concluir que, pese al incidente de interrupción de la audiencia por el estado de salud del defensor, éste logró reiterar en su esencia las tesis defensivas que con fogosa extensión había expuesto en la primera audiencia.

Defensa adecuada en audiencia pública no significa necesariamente discurso agotador, exhaustivo, pormenorizado y vehemente, sino exposición referida a los hechos procesales con la pretensión de demostrar al jurado la inocencia o la disminuida responsabilidad del enjuiciado; y fue eso lo que logró el defensor de Romero Ibarra, pese a su aparente o real estado de salud; es verdad que si se compara esta intervención suya con la que tuvo en la primera audiencia, se encontrará que fue mucho más corta, menos emotiva, más elemental; pero en ella aparecen sintetizados los mismos planteamientos defensivos que con amplitud desarrollara en aquélla.

Por lo demás, que el defensor —hoy recurrente—, decidió voluntariamente continuar con su intervención en el debate luego del incidente que lo afectó, se desprende del hecho de que rechazó el ofrecimiento del juez para suspender la audiencia y prosiguió su exposición, no en la forma incoherante y contradictoria que ahora resalta en su demanda, sino en la concisa pero lógica que emerge del contenido del acta que la recogió; acta que —reitérase— fue suscrita por todos los que intervinieron en la audiencia sin tacha alguna ni constancia diversa de la que dejó el mismo defensor, conocido ya el veredicto adverso del jurado.

Y es que sería peligroso antecedente el admitir que la veracidad del contenido de las actas que dan cuenta de los debates acaecidos en audiencia pública, pudiese ser destruida por las constancias de inconformidad dejadas por la defensa; sólo la demostrada falsedad de lo que en ellas se afirma respecto de las intervenciones de las partes o de las diligencias probatorias que se hubiesen realizado durante el desarrollo de la audiencia, tendría fuerza suficiente para desestimarlas.

Considera, pues, la Sala que al procesado Romero Ibarra se le juzgó y condenó con las formalidades de ley, que durante el sumario gozó de plenas garantías y de asistencia profesional cumplida, que en la etapa del plenario tuvo oportunidad de aportar pruebas y de controvertirlas, que en la primera audiencia pública su defensor probijó su inocencia en amplios y prolijos discursos, y que en la segunda —determinada por la declaración de contraevidencia de aquélla— el mismo defensor intervino para reiterar sucintamente los argumentos probatorios ya expresados en la primera, en exposición formalmente menguada en su segunda vuelta probablemente debido a su estado de salud, pero sustancialmente suficiente para cumplir su cometido.

No prospera el cargo.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL. TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

Sólo puede hablarse de nulidad constitucional, cuando los actos procesales violan de modo ostensible y grave el derecho a la defensa o las normas básicas de la acción jurisdiccional en general.

Cuando se alega en casación una causal de nulidad, no basta la simple enunciación de ella, sino que es necesario la demostración de los hechos en que se funda.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Proceso número 26935.

Aprobado: Acta número 112 de diciembre 10 de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

El Tribunal Superior de Aduanas, mediante sentencia de 16 de marzo de 1981, confirmatoria con modificaciones de la proferida por el Juzgado Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, condenó al abogado Gonzalo Orrego Duque a la pena de catorce (14) meses de prisión, más las accesorias de rigor, al hallarlo autor responsable de concursantes delitos de "uso de documento público falso" y "contrabando impropio", a la par que declaró de contrabando el vehículo, cuyo decomiso, por presentar alterados los números de identificación, dio origen al proceso.

Contra esa decisión el procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, que la Corte admitió por auto de 2 de junio del año en curso, y, dentro del término legal, el recurrente en su propio nombre, dada su calidad de abogado, presentó la correspondiente demanda, la que oportunamente se declaró formalmente ajustada a las exigencias legales.

Hechos y actuación procesal

El 13 de diciembre de 1977, para que se investigara posible delito de contrabando, el Jefe de la Unidad de Automotores de la Policía Nacional, Capitán Ramón Tarcisio Jaimes Zamudio, dio cuenta a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal con asiento en Bogotá, del decomiso el 22 de septiembre del mismo año del campero "marca Nissan Patrol", modelo 1968, tipo carpado, color azul, motor número P-50221, serie número L60-03587, placas JH-08-25", con dictamen anexo de técnicos del Dipec, según el cual, los mencionados números de identificación de tal automotor habían sido adulterados por regrabación y por cambio integral de la plaqueta de serie.

La investigación la inició el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanera el 11 de enero de 1978, y ese mismo despacho, el 13 de noviembre de 1979, decreta la detención preventiva del abogado Gonzalo Orrego Duque por los delitos de contrabando y falsedad.

Al agotarse la instrucción y quedar radicada la competencia en el Juzgado Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, el Agente del Ministerio Público formuló acusación contra Orrego Duque por los delitos de contrabando de segundo grado y falsedad por uso de documento público falso, al paso que en lo concerniente a Gonzalo Orrego Ocampo, Ruth Mery Buriticá Avalos y Jorge E. Restrepo Ruiz, también vinculados al proceso, solicitó la medida de archivo de que trata el artículo 53 del Estatuto Penal Aduanero para los dos primeros y sobreseimiento definitivo en favor del último. El concepto del Ministerio Pú-

blico fue acogido por auto de 30 de enero de 1980, con la aclaración de que los delitos imputados eran los de contrabando impropio y falsedad del artículo 244 del Código Penal de 1936. Las medidas de archivo y sobreseimiento fueron consultadas con el Tribunal Superior de Aduanas, quien las impartió aprobación.

Al surtirse la tramitación de la causa contra Orrego Duque, sólo se trajo como nuevo elemento de convicción el testimonio de Francisco Meléndez Medina, ex Inspector de Tránsito de Puerto Boyacá, quien negó que fuera suya la firma estampada en la tarjeta supuestamente expedida por esa entidad para amparar la propiedad del campero decomisado a nombre del encausado.

El 22 de julio de 1980, contando con la asistencia del enjuiciado y su defensor, se verificó la audiencia de juzgamiento, en la que aquéllos abogaron por el proferimiento de fallo absolutorio al estimar ausente la plena prueba de los delitos imputados en el pliego de cargos. Pero el juzgado, por el contrario, al encontrar satisfechos los requisitos sustanciales que para condenar exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, procedió en consecuencia, mediante su fallo de 12 de agosto de ese año que, al ser apelado, motivó el del Tribunal Superior de Aduanas, materia del recurso de casación.

La demanda

Previa presentación de los hechos conforme a su propia versión, el censor invoca las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales formula sendos cargos a la sentencia del *ad quem*, así:

Causal primera. Cargo único. Ser violatoria en forma directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y así mismo, por interpretación errónea de los artículos 234 del Código Penal anterior, 24 de la Ley 21 de 1977 y 1º de la Ley 95 de 1936.

Afirma el libelo que la sentencia dio por probado la falsedad del artículo 234 del Estatuto Penal anterior, aunque con criterio de favorabilidad aplicó el artículo 222 del que rige, no obstante que no podía invocar el primero por estar ausente el elemento "a sabiendas" exigido por la norma para la integración del punible y que tampoco resultaba factible referir los hechos al segundo "en que aparece suprimido ese elemento" por ser precepto posterior a ellos. De ahí en su sentir la indebida aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, en cuyos términos sólo es posible la condenación cuando obra en el proceso legalmente producida, la plena prueba o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Agrega que hubo igualmente aplicación indebida de esa norma procesal, cuando por interpretación errónea de las normas sustanciales pertinentes se condenó por el concursante delito de contrabando impropio, desde luego que "contrabando de cualquier grado que fuere es según la Ley 21 de 1977 la importación o exportación de mercancía de prohibida importación o exportación" y "en ningún momento" el encausado "ha importado nada, ni menos exportado cosa alguna", pues "los autos apenas dicen que fue encontrado un chasís con los guarismos regrabados", amén de que el juzgado *a quo* aplicó "el artículo 18 del Decreto 955 (Estatuto Penal Aduanero) de 1970", "siendo que tal disposición está taxativamente derogada por el artículo 24 de la Ley 21 de 1977", lo que constituye "*monstruoso error in indicando* que por simbiosis quedó protocolizado también en la providencia que es hoy materia de este recurso con toda razón llamado extraordinario".

Causal cuarta. Cargo único. Haberse dictado la sentencia "en un juicio viciado de nulidad supralegal".

En sustento de esta censura, formulada como subsidiaria de la anterior, el demandante arguye que la decisión del Tribunal peca contra el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque "expresó al final de su parte motiva, en el cuerpo 7º: '*Penas principales y accesorias:* El artículo 222 del Código Penal señala para sus infractores un mínimo de un (1) año de prisión, el cual deberá aumentarse en dos meses más por razón del delito conexo (contrabando impropio), para un total de *catorce meses de prisión*, que es la pena principal a imponer en últimas al procesado Orrego Duque ...', y 'en su parte resolutiva la dicha providencia dice textual: ... *Segundo.* Confirmar el numeral primero, modificándolo en el sentido de imponer al procesado Gonzalo Orrego Duque, en definitiva, la pena principal de *catorce meses de prisión* como autor responsable de los delitos de contrabando impropio y uso de documento falso' ".

De igual manera —dice el recurrente— "se ha incurrido también en violación de la Constitución Nacional en su artículo 30 que consagra otra importante garantía del derecho privado de propiedad", porque "no fue reconocido ninguno de

los valores incorporados al vehículo de marras", "pese a que en reiteradas ocasiones" así lo solicitó al juzgador *a quo*, quien "conforme lo corrobora el *ad quem* a folio 33 de su providencia" si bien dispuso su avalúo no efectuó éste "por circunstancias totalmente ajenas o independientes de las partes". De forma que al rematarse el vehículo, sin tener en consideración que a él habían sido incorporados elementos de su propiedad y la de su hijo Gonzalo Alberto, "el apoderamiento de esos valores se consumó en favor del Estado".

Respuesta del Ministerio Público

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, luego de prohijar el relato que de los hechos hiciera el Tribunal y reseñar la actuación procesal, rebate los dos cargos de la demanda al estudiarlos en forma inversa a la propuesta por exigirlo así la técnica del recurso de casación. Los argumentos que expone para solicitar, en suma, el desechamiento de ambas censuras son, en síntesis, los siguientes:

1. El cargo de nulidad comprende dos aspectos: el primero, en cuanto se dio aplicación al artículo 222 del Estatuto Penal vigente; y, el segundo, por supuesto quebranto del artículo 30 de la Constitución Nacional al no reconocerse los legítimos propietarios el valor de los repuestos incorporados al vehículo declarado de contrabando.

Tocante al primero, dice la Procuraduría, "el cargo no resulta concretamente formulado, pues se limita a citar la norma referida, con alusión al artículo 25 de la Constitución, sin precisar en qué consiste la nulidad, pues sólo indica que se le dio aplicación (al artículo 222 del Código Penal) y a consignar consideraciones generales en cuanto al efecto y fundamento de la nulidad, sin traducirlas con exactitud respecto a la situación o trámite procesal", por cuyo motivo "resulta difícil precisar la base de la alegación, sin que sea el caso de precisar su pensamiento a través de este concepto". Agrega que la fundamentación del cargo "se refiere más precisamente a la causal primera, en cuanto significaría error en la aplicación de la ley, respecto al cual existe una causal expresa, que es la primera y cuya alegación debe ser exacta, como lo requiere la técnica del recurso, pues de otra manera, no procede su examen, dado que cada causal tiene su campo o ámbito propio, que se encuentra suficientemente delimitado".

En lo atinente al segundo motivo de nulidad, afirma que "tampoco procedería su alegación" al amparo de la causal cuarta de casación "ya que no se relaciona con violación de las garantías procesales propiamente dichas", "aparte de que se trató de piezas, repuestos o reparaciones incorporadas al vehículo, que constituía una unidad y que en tales términos, fue declarado de contrabando, con las consecuencias correspondientes; y si en tal forma se negoció —declarada la responsabilidad del acusado como se desprende de la sentencia condenatoria— y que éste consecuentemente procedió con conocimiento de la situación existente, debía correr las contingencias de su acto irregular".

2. La alegación de violación directa de la ley sustancial "supone aceptar los hechos como los consideró demostrados el fallador". Pero el censor, sin embargo, pretende presentarlos haciendo referencia "a aspectos probatorios, para deducir que no se demostró determinado elemento de la infracción, con la consecuencia de su inexistencia, lo cual implica la violación indirecta; y como se trata de planteamientos contradictorios, por este aspecto debe desecharse la correspondiente argumentación y consecuente ataque a la sentencia", amén de que ni aún "admitiéndose que se trata de violación indirecta", "resulta demostrado el cargo", puesto que a pesar de que con criterio de favorabilidad el sentenciador aplicó el artículo 222 del Código Penal que rige y que no exige el elemento "a sabiendas" para la integración del tipo penal que describe, al examinar los hechos con referencia al artículo 274 de la legislación punitiva de 1936 sí lo estimó presente, con cita de razones avenidas con la realidad procesal, lo que no impedía que "pudiera aplicarse la nueva norma".

Tampoco deviene violación directa de la ley a consecuencia de "la aplicación del artículo 18 del Decreto 955 de 1970, derogado al tiempo de fallarse el proceso", porque se trataba "de norma vigente al momento de los hechos y más favorable al acusado, como resulta obvio y aparece de su simple comparación, pues al paso que la norma de 1970 prevé arresto para esta infracción (contrabando impropio) de seis meses a cuatro años, la de 1977 aumenta a prisión, y pena hasta de cinco años y aumento de multa, lo cual resulta evidente, además de que en esta forma se dio aplicación a los principios generales y normas prevalecientes (artículo 26 de la Constitución)".

Consideraciones de la Corte

El libelo evidencia un desconocimiento casi absoluto de la técnica propia del recurso de casación, comenzado porque ésta impide la invocación de la causal cuarta como subsidiaria de las otras, desde luego que de prosperar el motivo o los motivos de nulidad aducidos a su amparo, haríase superfluo el examen de las otras censuras, en la medida en que ellas aparecerían refiriéndose a un proceso nulo.

Así, pues, como con acierto lo puntualiza el concepto de la Procuraduría Delegada, toca examinar la demanda empezando por el cargo que propone al final, por ser lógicamente el principal.

Causal cuarta. La sentencia es casable, conforme al ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

El demandante aduce nulidad supralegal y para demostrarla cita, de una parte, aquel párrafo de la sentencia en que el *ad quem* puntualiza la sanción a que es acreedor el reo como autor de delitos en concurso de falsedad por uso de documento público y contrabando impropio; y, de otra, alega que hubo infracción del artículo 30 de la Constitución Nacional al no ser evaluadas en el proceso todas las piezas que como propias introdujeron al campero declarado de contrabando tanto el enjuiciado como un hijo del mismo.

Pues bien, *el debido proceso que como garantía de los derechos de los sujetos procesales y de la sociedad misma deviene del artículo 26 de la Carta Política, se refiere "a los trámites fundamentales que caracterizan los procesos penales en general y al específico tipo de proceso dentro del cual se dictó la sentencia censurada". De ahí que sólo a la vista de actos procesales que de modo ostensible y grave violan el derecho a la defensa o las normas básicas de la acción jurisdiccional en general, cuando la ley no los prevé como causales específicas de nulidad, puede hablarse de nulidad constitucional. El recurrente, sin embargo, con olvido de que la nulidad es una sanción de invalidez exclusivamente de la actuación procesal, al invocar la de rango constitucional no señala norma alguna de trámite que el juzgador hubiese omitido o aplicado con exceso o defecto, amén de que el reparo por supuesta omisión de un avalúo carece de fundamento, puesto que en el sumario el instructor dispuso el justiprecio del automotor decomisado, y el perito designado al efecto rindió el dictamen pertinente (folio 61), que puesto a disposición de las partes no fue objetado.*

No basta al recurso de casación que se predique por el censor la existencia de tales o cuales causales de nulidad, pues es necesario evidenciarlas con la demostración de los hechos en que se fundan. En este caso, empero, si bien el libelo formula el cargo de nulidad supralegal, no cumple con el cometido de demostrarlo; y aunque es verdad que la doctrina más reciente de la Corte afirma que cuando el vicio de nulidad es de carácter insubsanable y el expediente lo relieva en forma clara es de su deber declararlo así no lo haya reclamado el recurrente, en el evento sub judice no se alcanza a advertir la existencia de ninguno.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Causal primera. La Corte no se cansa de repetir que la violación directa de la ley sustancial a que alude el apartado inicial del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, supone la aceptación de los hechos tenidos en la sentencia por probados, de modo que la disensión o controversia sólo debe contraerse sobre la escogencia de la norma que para regular aquellos hizo el sentenciador, o sobre el contenido que a la misma se le atribuyó en el fallo. Es que el quebranto directo del precepto sustancial sólo se presenta cuando la sentencia acusada ha dejado de aplicar la disposición legal que corresponde al caso probado (infracción directa), o cuando aplica una norma que no se aviene con la situación demostrada (aplicación indebida), o cuando no obstante acertar en la escogencia del precepto sustancial, distorsiona su alcance (interpretación errónea).

De suerte que si el fallo del Tribunal, al avaluar la situación fáctica acreditada, admitió la existencia de los elementos integrantes de los tipos penales de falsedad por uso de documento público falso y contrabando impropio, no podía el censor, sin pecar contra la metodología que exige el recurso extraordinario, desconocer la realidad aceptada por el juzgador, para sobre esa base cuderezar el cargo de violación directa. Pero como a pesar de ello así lo hizo, la demanda lesiona entonces el principio lógico de no contradicción, porque funde los dos inconciliables motivos de la causal primera, esto es, la violación directa y la indirecta, pues si la primera no admite la impugnación de la prueba, la segunda requiere el rechazo de los presupuestos de hecho del fallo recurrido, quedando el demandante en

este caso en la obligación de demostrar que a causa de un error de derecho, o de hecho que aparezca manifiesto en los autos, se llegó al quebranto de la ley sustancial, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Por lo demás, dado que la casación no es una tercera instancia, no puede la Corte corregir los errores del libelo. La acusación que comporta el recurso, debe ceñirse a la precisa técnica delineada por la jurisprudencia. No hacerlo, cohíbe a la Corte de su estudio.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia acusada de origen y fecha ameritados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Rotero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSION Y COHECHO

Diferencias entre estos dos ilícitos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 27165.

Aprobado: Acta número 113.

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Vistos

A virtud de apelación propuesta por la parte civil, bien concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar el auto de 5 de junio de 1981, mediante el cual el Tribunal Superior de Villavicencio, al calificar el sumario seguido a Néstor Ramírez Rincón por supuestos delitos contra la administración pública en ejercicio del cargo de Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías (Meta), sobreseyó temporalmente a su favor.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la revocación de la providencia recurrida para que, en su lugar, el procesado sea llamado a juicio "por el delito de cohecho de que trata el Código Penal en el Capítulo Tercero, Título III" o, igualmente, se compulse copia "de lo pertinente a fin de investigar la conducta de Leguizamón y Amín y el hecho de que da cuenta el doctor Bahamón Avila".

Resultandos

I. Los hechos esenciales del sumario son, en síntesis, los siguientes:

Néstor Ramírez Rincón, Secretario titular del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías, al ejercer como encargado las funciones de juez, tuvo intervención en el trámite de la acción civil de deslinde y amojonamiento promovida por Jesús Antonio Leguizamón contra Trinidad Díaz, habiéndole correspondido proferir la sentencia de 23 de enero de 1981 que declaró en firme el deslinde efectuado en diligencia de la misma fecha y, así mismo, negar el recurso de apelación interpuesto contra ella por el abogado Fabio Bonilla Fernández, apoderado de la demandada, quien al estimar delictuosa la conducta del juez formuló la correspondiente denuncia, a raíz de la cual pudo establecerse que Ramírez Rincón convino con Jesús Antonio Leguizamón, a cambio de la entrega de la suma de veinte mil pesos (de la que sólo alcanzó a recibir dieciséis mil) la resolución favorable del juicio, como en efecto aconteció.

II. El Tribunal, después de algunas diligencias preliminares, el 25 de febrero de 1980 inició la investigación, en desarrollo de la que el acusado, al rendir declaración de indagatoria, pretendió eludir la inculpación afirmando que el impulso dado al asunto fallado en favor de Leguizamón había corrido a cargo del Oficial Mayor del Juzgado, como sustanciador en lo civil, pues la especialidad de él era "en tramitación penal", afirmación desmentida por el testimonio de Bertha María Barrera de Moreno, subalterna del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Acacías, por quien vino a saberse que Leguizamón y su propio apoderado, doctor Armando Holguín Quiceno, habíaula enterado de la entrega de la suma de dieciséis mil pesos ($ 16.000.00), hecha por Leguizamón al Juez Ramírez para que éste decidiera el deslinde solicitado, aseveración, por lo demás, confirmada por el abogado Holguín, quien dijo que su mandante Leguizamón le había comunicado que valiéndose de los buenos oficios del señor Hernán Amín trabó conversación con el juez encargado,

señor Ramírez, quien, a cambio de la entrega de la suma de dinero aludida, se comprometió a resolverle el problema; y el señor Leguizamón, al testificar, corrobora la versión.

Con base en estos hechos la corporación judicial instructora, por auto de 29 de abril de 1980, decretó la detención preventiva de Ramírez Rincón "como incurso en el delito de *concusión*", sin embargo, de lo cual, al pronunciarse sobre el mérito del sumario, resolvió hacerlo con sobreseimiento temporal, porque "no fueron practicados los careos que echa de menos el señor Fiscal Segundo (del Tribunal, aclara la Corte), que dejen suficientemente clarificada la situación del pago de la suma de diez mil pesos, en un cheque girado a Hernando Amín, y dos mil pesos, que se afirma entregó en dinero efectivo el señor Leguizamón al sindicado", sin lo cual "el delito de *prevaricato*, al igual que el de *concusión*, no se hallan suficientemente demostrados en su aspecto subjetivo el primero, y en el material, el segundo, porque si no hubo tal entrega de dinero al acusado, no puede hablarse de interés en dictar el fallo contrario a derecho, que materialice en legal forma el delito de *prevaricato*".

III. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, previa alusión a la prueba recogida en la investigación, concluye:

"... Es un hecho cierto que Néstor Ramírez Rincón, en su carácter de Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías, Encargado, concurrió a la diligencia de deslinde y amojonamiento de los predios colindantes, dictó la respectiva sentencia favorable a la parte demandante y negó al apoderado de la contraparte el recurso de apelación oportunamente interpuesto ...".

"... El Ministerio Público y el Tribunal de instancia han querido ver en el comportamiento asumido por el juez sindicado la concurrencia de dos hechos delictuosos: prevaricato por haber proferido decisiones contrarias a la ley y concusión por haber exigido al demandante determinada suma de dinero a...".

"... Sin embargo, de los hechos reseñados por Jesús Antonio Leguizamón se colige que entre éste y el juez Ramírez Rincón se pactó la venta de un acto oficial en virtud del cual, el primero de los nombrados entregó una suma de dinero a cambio de una contraprestación prometida por el segundo, conducta descrita y sancionada como delito de cohecho por el artículo 141 del Código Penal (artículo 160 de la anterior codificación) ...".

"... Consideró el *a quo* que la prueba recaudada resultaba insuficiente para comprometer en juicio al procesado toda vez que ante la negativa del presunto intermediario en la ilícita negociación el hecho imputado no aparecía claramente establecido siendo necesario confrontar a los deponentes para esclarecer lo sucedido ...".

"... Discrepando de tal planteamiento opina este Despacho que los elementos de juicio aducidos al informativo constituyen graves indicios demostrativos del cuerpo del delito y la culpabilidad del acusado ...".

"... En efecto, otorgándole plena credibilidad a las afirmaciones de Jesús Antonio Leguizamón por la sinceridad de sus explicaciones, los hechos por él denunciados encuentran amplia sustentación en las manifestaciones dadas por la Secretaria del otro Juzgado Promiscuo del Circuito y el abogado que lo representó en juicio sin que pueda dudarse de lo expuesto por ellos habida cuenta de la posición distinguida que ocupan en la localidad en que sucedieron los acontecimientos y la circunstancia de que no tenían ningún interés en faltar a la verdad ...".

"... El testimonio de Amín no merece la credibilidad que se le asigna por provenir de persona directamente vinculada a la delictuosa negociación, pues se prestó a servir de intermediario entre el juez y la parte interesada; se negó a dialogar con el doctor Holguín Quiceno cuando fue requerido para esclarecer lo acontecido y lo que es más importante: era amigo y conocido del juez en razón de que éste tomaba la alimentación en su establecimiento comercial ...".

"... Si a lo anterior se agrega que contra el mismo acusado le aparece otro cargo de idéntica naturaleza al aquí investigado y que éste ha eludido la acción de la justicia no cabe duda que se dan los presupuestos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para llamarlo a responder en juicio por el delito de cohecho ... debiendo en consecuencia revocarse la libertad provisional y disponer la expedición de copias con el fin de investigar la conducta de los señores Jesús Antonio Leguizamón y Hernán Amín, al igual que el cargo formulado por el doctor Ricardo Bahamón Avila ...".

Considerandos

1. No se remite a duda que por Acuerdo del Tribunal Superior de Villavicencio número 058 de 12 de diciembre de 1979, el señor Néstor Ramírez Rincón, en calidad de encargado, estuvo

al frente del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías entre el 19 de ese mes y el 9 de febrero de 1980, de ahí que no se preste a equívocos que fue él quien profirió la sentencia de 23 de enero de ese año, mediante la cual declaró en firme el deslinde pedido por Jesús Antonio Leguizamón, efectuado en la misma fecha y quien, de igual manera, dictó el auto denegatorio del recurso de apelación formulado por la parte demandada contra esa sentencia; por lo demás, el propio procesado reconoce haber suscrito las resoluciones judiciales dichas, así afirme que la sustanciación corrió por cuenta del Oficial Mayor del Juzgado.

Pero, como con acierto lo relieva el concepto de la Procuraduría Delegada, precisa concluir igualmente que la evidencia recogida muestra que tales actos procesales fueron ejecutados por el juez transitorio como contraprestación del pacto convenido entre él y el demandante Leguizamón, consistente éste en que el proceso habría de ser resuelto favorablemente a cambio de la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00); que haya sido el favorecido con el proceder del juez el testigo de cargos, excluye al respecto cualquier imputación de sospecha, amén de que ninguno de los elementos de juicio recogidos con posterioridad a la decisión de detención preventiva resta valor al enjuiciamiento crítico que del testimonio prestado por Leguizamón hizo en ella el Tribunal, al decir:

"... no encuentra la Sala vicio alguno en contra de este testimonio, por la manera sencilla, espontánea (sic), circunstanciada como refiere los hechos, fue rendido bajo la gravedad del juramento, ante autoridad competente, el declarante es persona humilde, de extracción campesina y su edad, dan la seguridad de que dice la verdad, además de que concuerda con lo que dijo la declarante Bertha María Barrera de Morero, con lo que a ella y al doctor Holguín (sic) había relatado el declarante ...".

Lo anterior es tanto más evidente cuanto que el mismo Leguizamón advierte en su testimonio, sin que haya sido desmentido, que cuando el señor Ramírez se enteró de que él había informado a su abogado de la entrega que le había hecho de dinero (un cheque a nombre de Hernán Amín por diez mil pesos y seis mil en efectivo), lo notificó de que esa afirmación le reportaría de uno a dos años de cárcel; el giro del cheque a favor de Hernán Amín consta en autos (folio 106) y que dicho señor asevere que lo recibió, no para beneficio de Ramírez Rincón, sino para pago de alimentos y bebidas consumidos en su establecimiento por Leguizamón, no resta seriedad al aserto de éste, puesto que en el caso de aquél dada la amistad que lo unía al procesado, es probable el interés de no causar perjuicio al amigo, ni causárselo él, desde luego que de reconocer lo que niega sería admitir su participación en la corrupción. Otro tanto cabe anotar con respecto del testimonio de Leonor Jiménez Cruz, mujer de Hernán Amín, pues el obvio interés de no perjudicar a su marido le resta firmeza a su dicho.

Vista de ese modo la conducta del ex juez Ramírez Rincón, fuerza concluir la existencia del sólo delito de cohecho, porque *aún en la hipótesis de que la sentencia y auto proferidos sean justos y conformes a los deberes del cargo, si su pronunciamiento no obedeció al recto funcionamiento de la administración pública, sino a expensas de un acuerdo monetario, que conculca la gratuidad del acto de autoridad, el proceder del funcionario se subsume en el artículo 160 del Código Penal de 1936, vigente a la fecha de los hechos, sin que quepa invocar frente a las normas del Decreto 100 de 1980, que respecto del cohecho propio e impropio (artículos 141 y 142) exige sustancialmente los mismos presupuestos típicos, favorabilidad distinta a la variación de punibilidad.*

No es acertado, entonces, en este caso, hablar de concusión, porque ésta exige que el funcionario se halle en una situación de metus publicae potestatis, *esto es, de superioridad frente al particular para de ese modo intimidarlo y compelerlo —a dar o prometer, en tanto que el cohecho por implicar sustancialmente un acuerdo—, como lo viene sosteniendo la doctrina de esta Corporación, demanda que las partes operen en pie de igualdad,* tal como aconteció entre el juez Ramírez y el demandante Leguizamón, pues mediante la intervención de un tercero que los relacionó, acordaron mutuamente las condiciones para la resolución favorable del pleito. Leguizamón y Amín son, desde luego, codelincuentes, pero como por razón del fuero en favor del juez su conducta no puede ser investigada y fallada conjuntamente, procede la obtención de copias de lo pertinente del sumario, como lo requiere el colaborador fiscal, para que por separado sean investigados y juzgados.

Así, pues, si el delito de cohecho es una realidad por estar presentes, con plena prueba, todos los elementos que integran su objetividad y si, así mismo, la culpabilidad del funcionario acusado es manifiesta, es obligación residenciarle en

juicio conforme al artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, por cuyo motivo impónese la revocación del sobreseimiento temporal recurrido.

II. La detención precautelar del procesado debe serlo, consiguientemente, por el delito de cohecho, sin beneficio de libertad provisional puesto que, contrariamente a lo exigido por el artículo 68 del Decreto 100 de 1980 para la condena de ejecución condicional, todo hace suponer que el inriminado es acreedor a tratamiento penitenciario.

Por lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1. Revocar el auto recurrido, en cuyo lugar resolvería en juicio criminal al procesado Néstor Ramírez Rincón, de condiciones civiles conocidas en el proceso y en su carácter de ex juez Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías (Meta), por el delito de cohecho descrito y sancionado en el Libro II, Título III, Capítulo III del Código Penal de 1936, en concordancia con el Libro II, Título III, Capítulo III del Decreto 100 de 1980, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar expresados en la parte motiva de esta providencia.

2. Revocar la libertad provisional concedida al procesado y restablecer su detención preventiva pero por el delito de cohecho, de suerte que en su contra se librarán las órdenes de captura correspondientes sin que sea menester la ejecutoria de este proveído, y

3. Obtener copia de lo conducente de este proceso para que, por separado, sea investigada la intervención de los señores Leguizamón y Amín en el cohecho a que se contrae el enjuiciamiento o, igualmente, la supuesta infracción contra la administración pública que el testimonio del abogado Ricardo Bahamón Avila imputa al encausado Ramírez Rincón.

A tiempo de notificar el enjuiciamiento, se le hará saber al procesado el derecho que tiene de designar defensor que lo asista en el trámite de la causa, con la advertencia de que si no quisiere o no pudiere nombrarlo, el Tribunal Superior de Villavicencio lo hará de oficio.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSIÓN Y ESTAFA

Diferencias entre estas dos figuras delictivas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 112, diciembre 10 de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Miguel Chaves Rey.*

Vistos

El Tribunal Superior Militar en fallo de cinco de febrero del año próximo pasado, impuso al Agente de Policía Miguel Abadía Castro, por el delito de concusión, doce (12) meses de prisión, reformando así los dieciocho meses de prisión que había señalado el fallo proferido por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal que lo juzgara, y que está fechado en Ibagué, a los 17 días del mes de agosto de 1979.

En tiempo oportuno se impugnó la decisión. El recurso fue admitido en auto de 21 de agosto de 1980 y la demanda correspondiente se declaró ajustada a los requisitos de ley —artículo 576 del Código de Procedimiento Penal—, en proveído de 23 de octubre siguiente.

Hechos y antecedentes procesales

Así los relaciona el Procurador Delegado para la Policía Nacional:

"En la segunda quincena del mes de octubre de 1978 el Agente de la Policía Nacional Miguel Abadía Castro, de servicio en el Municipio de Rovira, Departamento del Tolima, durante una entrevista con el campesino Efraín Medina, le solicitó la cantidad de siete mil pesos ($ 7.000.00) a cambio de intervenir ante el Juez Promiscuo Municipal de la mencionada localidad para que le resolviera favorablemente la situación jurídica a su hijo Aristóbulo Sánchez, quien fue privado de la libertad durante un procedimiento en el que intervino el Agente Abadía Castro, sindicado de haberse apropiado, o mejor, robado un cerdo del ciudadano Fernando Quiñones Rojas, hecho que oportunamente denunció. El campesino Efraín Medina obtuvo el dinero vendiendo alguna cantidad de café que le fue facilitada por terceros, lo cual se desprende de algunas declaraciones y de la certificación de la oficina de la Federación.

"El sumario lo inició el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Rovira con base en la denuncia que el 18 de octubre de 1978 formuló el ofendido Efraín Medina. Continuó la investigación, por competencia, el Juzgado Setenta y Cuatro de Instrucción Penal Militar adscrito al Departamento de Policía Tolima. Despacho que incorporó abundante prueba testimonial y resolvió la situación jurídica de Abadía Castro mediante auto del 20 de abril de 1979, disponiendo su detención preventiva. El expediente pasó al juzgado de primera instancia en mayo del mismo año. Despacho que una vez posesionado el apoderado designado por el sindicado, mediante auto del 6 de junio lo devolvió en comisión al instructor, cumplida en su mayor parte la comisión, regresó el proceso al juzgado de instancia que, previo el concepto de Auditoría de 19 de julio del mismo año de 1979 ordenó la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Abadía Castro. El Consejo inició su labor el 30 de julio y terminó con la lectura de la sentencia fechada el 17 de agosto siguiente . . .".

La demanda

Fue presentada por apoderado especial, mediante sustitución que hiciera de su mandato el abogado de confianza inicialmente constituido

como tal por el procesado, y en ella se formula un único cargo al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad").

A este fin se expresa que el cuestionario que se propuso a los vocales del Consejo de Guerra Verbal, que constituye propiamente el auto de cargos, contiene un error en cuanto a la denominación jurídica del delito imputado a Abadía Castro.

El delito de concusión se tipifica así:

"a) La calidad de funcionario o empleado público en el sujeto activo del delito;

"b) El abuso del cargo o de las funciones;

"c) El empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno, y

"d) La entrega o promesa indebida de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude ...". *Gaceta Judicial*, Tomo LXXXI, página 276; Tomo LXXXII, página 379; y Tomo XCIX, página 268.

Se destaca, como elemento imprescindible, una relación de identidad "entre lo que hace o deja de hacer el funcionario que es lo que promete en venta a cambio de la recompensa, y la competencia de sus funciones ...".

Esto le sirve al censor para consignar la siguiente reflexión:

"Pero en el caso en estudio se atribuye al Agente Miguel Abadía Castro un supuesto tráfico de influencias ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Rovira, Tolima, actividad que no es ninguna de las correspondientes a un Agente de Policía, a quien de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2347 de 1971 le corresponde quehaceres diferentes.

"De manera pues que no es de la esencia de las funciones de este empleado público lo que prometió hacer para obtener la recompensa que en efecto dice habérsele apropiado.

"Si esto es así debemos concluir que estamos lejos del elemento de la tipicidad fundamento sustancial de la estructura del delito de concusión.

"Este delito tiene como bien jurídicamente tutelado la correcta marcha de la administración y funcionamiento de la misma, sufre en ella cuando sus agentes explícitamente llevan a los ciudadanos a dar o prometer beneficios para el propio funcionario o a un tercero, por actos que son propios de sus funciones.

"La contradicción de lo dicho con el caso de autos es palmario si se tiene en cuenta que la conducta atribuida a Miguel Abadía Castro no requería sujeto activo propio o calificado, ya que aquel tráfico de influencias ante el Juzgador Promiscuo Municipal de Rovira era visible en cabeza de Abadía Castro, en igual forma que en un particular. No dependía de él, porque no estaba puesto a su disposición la libertad ofrecida al campesino Aristóbulo Sánchez. Lo que Castro ofrecía no era otra cosa que interceder ante el funcionario judicial para lograr la libertad del señor Sánchez, quien se hallaba a órdenes del juzgado.

"Se advierte por el contrario, de acuerdo con la narración de los hechos, que lo que pudo esgrimir el policía contra el particular Efraín Medina, fue una serie de artificios o engaños enderezados a obtener la entrega de dineros supuestamente destinados al juez de Rovira.

"Y era precisamente este funcionario la única persona que en tales condiciones podría cometer el delito de concusión, siendo Miguel Abadía Castro su cómplice en el evento de que tal hecho fuera real.

"Pero habiendo demostrado el proceso que esta actitud dolosa no existió, la conducta del Agente de Policía enmascarada tras la maraña del engaño, apenas entraría a ubicarse en la esfera típica de la estafa definida y sancionada en el artículo 408 del Código Penal Colombiano, no en delito alguno contra la administración de justicia.

"Porque la administración no sufrió perjuicio. Lo sufrió el patrimonio de una persona natural; y si esto es así la infracción cometida debe ser una de las correspondientes al título 16 del Libro II del Código Penal y no del Título III.

"Obsérvese que el artículo 408 del Código Penal se refiere a la inducción de una persona en error por medio de artificios o engaños, definición más ajustada a los cargos probatorios contra Miguel Abadía Castro, que la concusión.

"Los fenómenos psicológicos del constreñimiento y la inducción de los artículos 156 y 408 del Código de las penas son bien diferentes".

El memorialista afirma hacia el final de su escrito, que "incurrió en error de fondo el juzgador de primera instancia, Presidente del Consejo de Guerra Verbal (artículo 354 del Código de Justicia Penal Militar), quien juzgó la conducta del agente Miguel Abadía Castro al haber errado en la calificación jurídica de la infrac-

ción, confundiéndose al parecer por los solos elementos con unas del forzamiento psicológico y enriquecimiento indebido, correspondientes a los delitos de concusión y estafa.

"Al así hacerlo violó como se dijo anteriormente los artículos 16, 20, 23, 26 y 28 de la Constitución Nacional; 297, 298, 441 numeral 2º y 559 del Código Penal Militar; artículos 156 y 408 del Código Penal; y artículos 1º, 3º, 481 y 210 numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, según las razones expuestas".

Conforme a esta argumentación solicita: "se *case* la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar con fecha febrero 5 de 1980, por medio de la cual se confirmó la de primera instancia del Consejo de Guerra Verbal que juzgó a mi poderdante, decretándose la nulidad de todo lo actuado a partir de la Resolución número 0074 de 19 de julio de 1979, emanada del Comando del Departamento de Policía Tolima, por medio de la cual se convocó un Tribunal Castrense, y se disponga reponer la actuación ...".

El concepto fiscal

La Delegada, después de coincidir con el recurrente en cuanto a la determinación de los elementos que integran el delito de concusión, anota que "... La infracción penal de que trata el precitado artículo 156 del Código Penal es 'de carácter especial' frente al delito de carácter general que define el mismo Código en su artículo 408. En efecto: en el primer caso solamente incurren en el delito de concusión quienes tienen el carácter de '... funcionario o empleado público o encargado de un servicio público ...'. No así las personas que no tienen ese carácter. En el caso que nos ocupa el procesado Abadía Castro era empleado público, tal como está probado con los documentos que obran a folios 43 a 47 y 72. En consecuencia, cuando Abadía Castro siendo Agente de la Policía Nacional, en ejercicio de funciones y atribuciones, le manifestó al campesino Efraín Medina que estaba en posibilidad de gestionar ante el Juez Promiscuo Municipal la libertad de su hijo Aristóbulo a cambio de una suma de dinero, no hizo cosa distinta a valerse de su condición de empleado público para hacerle creer a aquél que estaba en capacidad de obtener el resultado prometido. Con otras palabras: explícitamente constriñó a Medina para obtener la utilidad ilícita de que trata el artículo 156 del Código Penal. Predomina en la conducta delictiva del Agente Abadía Castro su calidad de empleado público y, por ello mismo, lo sustrae de la incursión en el delito de estafa que define el citado artículo 408 ibidem. Cosa distinta sería si Abadía Castro hubiere sido al momento de incurrir en la conducta un simple ciudadano particular, carente de la calidad o investidura de funcionario o empleado público, que sí ostentaba para la fecha de los acontecimientos.

"Se reitera que en el caso de Abadía Castro se tiene en cuenta su calidad de 'funcionario o empleado público' para la calificación de su conducta, que encaja en el delito de concusión, que pudiéramos calificar de especial frente al carácter de general de que trata el artículo 408 atribuíble a personas que no tienen la calidad ya anotada y para casos similares. Y es que aunque, ciertamente, la concusión implícita se asemeja grandemente a la conducta tipificada como estafa, se diferencia de ésta porque los 'artificios o engaños' para obtener el provecho ilícito, valga decir el ardit, provienen de persona investida de carácter de funcionario o empleado público. Y como esta era la investidura o la calidad del ex Agente Abadía Castro cuando compelió a Efraín Medina, incurrió en el delito de concusión de que trata el tantas veces citado artículo 156 del Código Penal, por el cual se le llamó a juicio en el cuestionario (artículo 493, tercer inciso). Razón tuvo, por consiguiente, el honorable Tribunal Superior Militar cuando en el punto 7º De los considerandos de la sentencia (folio 220, cuaderno original), dijo:

"7º En cuanto a la nulidad planteada en el Consejo de Guerra sobre la mala elaboración del cuestionario sometido a consideración del jurado, la Sala encuentra que dicho argumento carece de fundamento, pues examinado cuidadosamente el pliego de cargos, de su contexto se llega a la conclusión, que aquél reúne los requisitos por la ley exigidos y por tanto, su redacción se ajusta en un todo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, concluyendo que al estar bien elaborado no hay lugar a aceptar la nulidad planteada como en efecto ocurrió en la audiencia ...".

"De ahí que recomiendo desestimar el cargo".

Se considera

Ciertamente, tiene razón el señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, al considerar que se trata de un delito de concusión y no de estafa, por cuanto en el primero prevalece de manera preeminente el abuso, precisamente por la calidad de empleado público, que al actuar con

engaños sobre el sujeto pasivo lo indujo a la entrega del dinero o a la promesa y como, en el caso de autos, que el Agente de la Policía, prevalido de una supuesta influencia sobre otra autoridad hizo creer al campesino que evidentemente podía interceder con éxito en la solución del problema del hijo encarcelado, cuando en realidad todo era una impostura, con lo cual se vició no solamente el consentimiento, sino la voluntad determinados del metus publicae potestatis, *que acompaña a la persona investida de funciones públicas.*

En cambio en la estafa, es necesario para tipificar esa figura jurídica que la inducción en error provenga con artificios o engaños, para obtener la ventaja ilícita dentro de una igualdad entre el sujeto pasivo y activo, sin que medie ninguna potestad que implícitamente induzca al sujeto pasivo a la entrega, por lo que el hecho típico en que incurrió el ex Agente de la Policía es el descrito en el artículo 156 del Código Penal derogado.

Por lo analizado anteriormente ningún reproche merece el cuestionario o "pliego de cargos" porque se halla bien formulado de acuerdo con la denominación jurídica del delito.

A pesar de los contornos puramente comunes de la delincuencia, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, por encontrarse el país en estado de sitio, el conocimiento es de la Justicia Penal Militar, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 380-2, que dice: "... La jurisdicción penal militar conoce ... 2) De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo ...".

En caso similar la Corte ha venido diciendo:

"En consecuencia, los miembros de este cuerpo (la Policía) son justiciables bien sea civil o militar su naturaleza, por los tribunales castrenses cuando cometen delitos establecidos por las leyes comúnes ... en tiempo de guerra, turbación del orden público, en conmoción interior, porque el encabezamiento de esa disposición establece que, entre otros delitos, la Justicia Penal Militar conoce de tal clase de infracciones penales".

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida de origen y fecha ya mencionados.

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

Darío Velásquez Gaviria, Pabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Los suscritos tal como lo manifestaran en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homicidio, y en el cual actuó como ponente el honorable Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21 de 1980) reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de anormalidad, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiendo por militares a quienes sirvan en el ejército, fuerza aérea y marina. Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar, y por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículos 21, 166 y 167 de la Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47; y Decretos 1835 y 1775 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarlo se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez (Magistrado), *Alfonso Reyes Echandía* (Magistrado).

Bogotá, diciembre 12 de 1981.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

No puede alegarse simultáneamente y respecto de unos mismos hechos, la violación directa y la indirecta de la ley sustancial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 112.

Bogotá, D. E., diciembre 12 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Olga Beatriz Arévalo Sánchez, contra la sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos ochenta, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la profecida por el Juzgado Séptimo Superior de la misma ciudad el dieciséis de julio de mil novecientos setenta y nueve, en la que se le condenó a la pena principal de tres años de presidio por el delito de falsedad en documento público. En esos mismos fallos fueron condenados igualmente Luis Jorge Barbosa Rey y Pedro Nivia por el mismo delito y a la misma pena, ya que el Tribunal modificó, para ellos, la impuesta por el juzgado. Estos últimos no recurrieron de la decisión.

El recurso fue declarado admisible y la demanda ajustada a las prescripciones formales que exije la ley (folios 2 y 9 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Con el fin de obtener la legalización de los lotes que habían negociado mediante contratos de promesa de compra-venta, los vecinos del barrio "Villanueva" del sur de la ciudad de Bogotá recogieron entre ellos la suma de $ 62.315 para pagar el impuesto predial que los gravaba.

Varios de ellos, en compañía de Luis Jorge Barbosa Rey, quien fue uno de los promitentes vendedores de los lotes, concurrieron el día 7 de octubre de 1976 a la Oficina de Recaudación de la Tesorería Distrital del barrio Restrepo y se entendieron con el Jefe del Grupo de Predial, señorita Olga Beatriz Arévalo Sánchez, quien les informó que la suma total que se adeudaba era la de $ 74.800.00, en virtud de que la liquidación que les había sido hecha antes estaba desactualizada.

Como el dinero recogido no cubría la totalidad de lo debido, el urbanizador y promitente vendedor Barbosa Rey ofreció hacerles un préstamo por la diferencia, para lo cual giraría un cheque por ese valor.

La funcionaria manifestó que no podía pagarse el tributo en esa forma, sino todo en dinero, o todo en cheque. Fue entonces cuando se acordó por sugerencia de ella, según lo dicen algunos de los testificantes, pero en todo caso en su presencia, entregarle a Luis Jorge Barbosa Rey los sesenta y dos mil trescientos quince pesos en efectivo para que él girara un cheque por el valor total del impuesto a favor de la Tesorería Distrital ($ 74.800.00), como efectivamente lo hizo.

El cheque lo recibió la empleada, pero como manifestó que no estaba en condiciones de expedir en ese momento los correspondientes recibos o comprobantes de pago, porque había que rehacer la liquidación y no había tiempo para ello, los vecinos del barrio "Villanueva" allí presentes solicitaron que les fuera entregado el título-valor para ellos exhibirlo a los demás en una reunión que celebrarían esa noche, comprometiéndose a devolverlo el día siguiente, como en efecto sucedió.

Tampoco en esa ocasión estuvo dispuesta la empleada Arévalo Sánchez a hacer la liquidación

y entrega de recibos, sino que les dijo que tenían que traer de la Oficina Central de Catastro (carrera 30 con calle 26) nuevas órdenes de cobranza. Los contribuyentes atendieron la sugerencia y fueron a la oficina indicada, donde les comunicaron que no era necesario llevar nuevas órdenes y que la Jefe de la Oficina del barrio Restrepo podía liquidarles directamente. Enterada telefónicamente de ésto, la señorita Arévalo los citó nuevamente para las horas de la tarde en su despacho, donde les manifestó que tampoco ese día podía hacerles la liquidación ni entregarles los recibos porque no se encontraba el revisor, que los esperaba nuevamente el lunes siguiente 11 de octubre de 1976 a las once de la mañana.

Cuando llegaron a esta nueva cita, uno de ellos que se anticipó a los demás expresó a los otros comisionados que ya le habían sido entregados los recibos de pago. Fueron a las oficinas de EDIS para que les informaran lo que debían pagar a esta empresa de servicios y allí les dijeron que a los recibos de pago del predial que acababan de entregarles les faltaban los correspondientes sellos. Retornaron a la Recaudación del barrio Restrepo y enteraron de ese nuevo tropiezo a la empleada Arévalo Sánchez, quien los mandó venir a las dos y media de la tarde, dizque porque ya iban a ser las doce del día.

A la hora convenida se los devolvió debidamente sellados y ellos los llevaron a las oficinas de EDIS para pagar lo que allí adeudaran, obtener el paz y salvo respectivo y luego tramitar el de predial. Nada de esto lograron, pues los recibos que les entregó la señorita Arévalo Sánchez resultaron falsos.

El cheque que había girado Barbosa a favor de la Tesorería Distrital para el pago de los impuestos de predial adeudados por sus prometientes compradores le fue devuelto por Olga Arévalo Sánchez, según ella dizque porque había sido mal girado; según él, porque era parte de lo convenido con ella en el plan para apoderarse de los dineros reunidos por aquéllos. En todo caso, no fue devuelto ni sustituído por otro, sino que Barbosa lo destruyó, pues lo había expedido sobre cuenta corriente y en formulario de un hermano suyo.

Por todos estos hechos fueron formuladas varias denuncias, las que finalmente quedaron englobadas en este único proceso, en el cual se juzgó la conducta de la empleada de Tesorería señorita Olga Beatriz Arévalo Sánchez, del urbanizador y promitente vendedor Luis Jorge Barbosa Rey y la de Pedro Nivia, quien al decir de varios de los declarantes actuó como intermediario entre la empleada y los vecinos del barrio "Villanueva" en la propuesta de una rebaja de intereses que parece fue el aliciente de que se valieron para halagarlos y terminar perjudicándolos.

Por esos hechos el Juzgado Séptimo Superior los llamó a los tres a responder en juicio por los delitos de falsedad en documentos públicos y estafa, en calidad de coautores y cometidos en concurso material (folios 341 a 359 del cuaderno principal). Apelada la decisión, el Tribunal modificó la calificación por la de falsedad en documentos públicos y peculado (folios 403 a 426 ibídem).

Efectuada la audiencia pública, el juzgado profirió sentencia de primer grado, en la cual los condenó por el delito de falsedad en documentos públicos y los absolvió del peculado (folios 447 a 467 y 490 a 500 ibídem).

Apelada la providencia, el Tribunal la confirmó y contra ella se interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula el recurrente su censura a la sentencia, en la cual presenta conjuntamente tres cargos, según puede deducirse de la secuencia de la acusación al fallo, pues no se puntualizan por separado.

Cargo primero. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 412 y 413 del Código Penal.

La hace consistir en que a Luis Barbosa Rey, procesado no recurrente y a quien el censor no representa ni representó dentro de las actuaciones de instancia, se le debió haber condenado por abuso de confianza, agravado por haber actuado en calidad de mandatario, pero no por el de falsedad en documento público. De haberse procedido como él lo reclama, su defendida Olga Beatriz Arévalo Sánchez habría tenido que ser absuelta, pues no hay constancia de que hubiera recibido dineros de manos de Barbosa.

Son apartes de su demanda en este punto:

"En el caso por estudiar, consideramos que *directamente* se infringieron los artículos 412 y 413 del Código Penal" ... "Hemos afirmado que la violación fue *directa*, por cuanto que, ta-

las normas eran las aplicables al caso, ya que la modalidad de los hechos imputados encaja perfectamente dentro de ellas, y se dejaron de aplicar" ... "Si el juzgamiento se hubiera realizado aplicando las normas pertinentes, como ha quedado demostrado, Olga Arévalo, necesariamente hubiera sido absuelta, ya que, no hay prueba que afirme que ella recibió dineros de manos de Barbosa, quien es el único que lo afirma, y sobre lo cual, ni siquiera se le recibió juramento, como puede comprobarse examinando las diferentes diligencias practicadas en este proceso" (subrayas fuera de texto).

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho.

Lo presenta de la siguiente manera:

"Para llegar a esta infracción *directa* (se aclara que alude al cargo anterior, esto es, la falta de aplicación de los artículos 412 y 413 del Código Penal), se incurrió por el honorable Tribunal *en error de hecho*, ya que, para llegar a la conclusión a que se llegó, se realizó un falso y equivocado raciocinio sobre la prueba existente en el proceso, y su valor. En efecto, al folio 93 del expediente, corre un documento denominado "Acta Compromisoria", de cuyo texto se desprende que el señor Barbosa, recibió los dineros de los vecinos del barrio Villanueva, y en esa acta firmada en la Inspección Séptima Penal Distrital de Policía en esta ciudad de Bogotá, y en asocio del señor José del Carmen González, se comprometió a pagar los impuestos por él dejados de pagar cuando el cheque que giró no fue idóneo para este cometido" (subrayas fuera de texto).

En su fundamentación recalca que esa y otras pruebas que pudieron haber hecho derivar la calificación hacia un abuso de confianza, en lugar de la falsedad en documentos públicos, no fueron tenidas en cuenta ni valoradas por los juzgadores de instancia. Es así como anota: "Pero esta prueba tan importante y demostrativa (el 'acta compromisoria') del abuso de confianza en que incurrió Barbosa no fue ni estudiada, ni mucho menos evaluada por el honorable Tribunal en su providencia confirmatoria" ... "También se incurrió en error al no valorar el documento que corre al folio 183 del cuaderno principal, en el cual consta que Barbosa consignó $ 62.350.00 en el Banco Popular a órdenes del Juzgado Cuarenta de Instrucción Criminal, suma igual a la recibida por Barbosa de los vecinos del barrio Villanueva".

Concluye este cargo manifestando que "los errores de hecho anotados, llevaron al juzgador de segunda instancia a formarse un falso juicio en torno a la prueba, y por esta razón se desatendieron, inclusive, los argumentos que en un momento procesal propuso la defensa de Barbosa sobre el abuso de confianza".

Tercer cargo. Aunque lo presenta como un error de derecho, su formulación y fundamentación indican que se trata de una *violación directa de la ley sustancial* por indebida aplicación del artículo 231 del Código Penal, numeral 1º.

Lo formula así:

"También se incurrió, en el fallo motivo del recurso, *error de derecho* al haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada, y por esa razón se violó *directamente* el artículo 231 del Código Penal y su numeral 1º".

En la fundamentación explica cómo el Tribunal en unas partes de la sentencia habló de falsedad por uso y en otras de falsedad por creación del documento, pues se refiere al artículo 131, numeral 1º que fue por el que se condenó a Olga Beatriz Arévalo.

Dice que la imputación de falsedad por uso es improcedente "por cuando ella requiere plena prueba respecto al conocimiento de falsedad por quien usa el documento falso, y en el caso de autos *tal plena prueba no aparece por parte alguna* para demostrar este conocimiento en la conducta de la señorita Olga Arévalo".

En cuanto a la condenación por falsedad documental en la forma prevista en el artículo 231, numeral 1º, y apoyándose en contradicciones del Tribunal, al absolver por peculado por ausencia de plena prueba de la calidad de funcionaria en Olga Arévalo y condonarla por un tipo de falsedad que exige esa condición, dice que no se estableció tal calidad en su defendida para el momento de los hechos y que, así se diese por existente, no hay prueba para predicar la comisión de una falsedad de esa índole.

A estos respectos, anota:

"Lo anterior conlleva la demostración plena de que en el fallo motivo de este recurso, se incurrió en *error de derecho*, al dar aplicación al caso por ajusticiar a una norma que no era la pertinente, porque ya vimos que no se estableció la calidad de funcionario público que pudiera tener Olga Beatriz Arévalo ... y al no establecerse esto, mal se la podía juzgar como funcionario público que fue lo que se hizo en el fallo

tantas veces citado, aplicando el artículo 231 del Código Penal cuando él no se podía aplicar'' ... ''Ahora bien, no sobra comentar que el proceso no arroja elementos de juicio idóneos para hablar de falsedad. Se afirma la existencia de la falsedad, pero nunca se demostró''.

Concluye solicitando que se infirme la providencia motivo del recurso y en su lugar se absuelva a su defendida *''por no existir en el proceso mérito alguno para condenarla''* (las subrayas no pertenecen a los textos).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal es de opinión que se desestime la demanda, ya que las fallas de técnica que presenta ''impiden hacer un estudio de fondo de los cargos propuestos''.

Después de poner de presente que el censor alegó simultáneamente la violación directa y la indirecta de la ley, recuerda cómo, de acuerdo con reiterada doctrina de la Corte, ello no es procedente, puesto que si se aduce la violación directa no puede discutirse la prueba ni la valoración que de ella hizo el juzgador, lo que, en cambio, sí puede intentarse y con la amplitud que se desea si se alega la violación indirecta.

En cuanto al error de derecho que predica el recurrente, derivado de la indebida aplicación del artículo 231 del Código Penal, expresa, después de analizar las hipótesis que dentro de esa forma de censura pueden darse, ''que el cargo planteado no corresponde a ninguno de los supuestos del error de derecho''.

A las anteriores razones para que no prospere la demanda, agrega las siguientes:

1ª La razón de ser de los medios de impugnación es el agravio o detrimento que con la decisión se haya ocasionado a quien es objeto de la misma, de donde resulta el interés para recurrir y, por lo mismo, la legitimación para hacerlo.

En el caso presente, el demandante impugna el fallo porque estima que la condenación debió haber sido por abuso de confianza y no por falsedad en documento público, pero esa pretensión la expresa respecto de Barbosa Rey, quien no es recurrente ni tampoco poderdante del censor.

Para el Procurador, si lo que el casacionista propugna es el reconocimiento de que hubo una equivocada calificación jurídica de los hechos, la acertada, en su concepto, fue la que hizo el juzgado del conocimiento cuando llamó a juicio por falsedad en documento y estafa, de donde la situación resultaría más gravosa para la persona defendida por el impugnante y se evidenciaría la ausencia de interés en la prosperidad del recurso.

2ª Aunque es altamente criticable la doble posición del Tribunal asumida en la sentencia al considerar existente para el delito de falsedad la calidad de funcionaria en la empleada de la Tesorería Distrital en la Oficina de Recaudación del barrio Restrepo y echarla de menos en relación con el delito de peculado, dicha calidad sí está acreditada, aunque no se hubiere hecho mediante la certificación del decreto de nombramiento y del acta de posesión.

Recuerda que el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal consagra la libertad de prueba para la verificación de los elementos constitutivos de la infracción y señala que la condición de servidora pública en ella jamás fue discutido y que el expediente ofrece elementos de convicción acerca de su existencia, con la propia manifestación de la procesada en su indagatoria, la constancia en cuanto a su insubsistencia del cargo, efectuada por Decreto 108 de 27 de octubre de 1976 y el haber rendido descargos en razón de estos mismos hechos ante el Personero Distrital para la Vigilancia Administrativa.

Concluye el Procurador manifestando que por estas consideraciones, ''pero fundamentalmente por las que se dieron en principio, no puede prosperar el cargo formulado''. Solicita, por lo mismo, que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón el representante del Ministerio Público cuando afirma que no puede alegarse simultáneamente y respecto de unos mismos hechos la violación directa y la indirecta de la ley sustancial, pues la primera implica la aceptación de los supuestos fácticos y probatorios tal como fueron establecidos y apreciados en el fallo, en tanto que la segunda permite discutirlos en orden a establecer que fueron desconocidos, o que se supuso su existencia, o que se tergiversó su sentido fáctico, o que se les reconoció una especial validez que la ley no les otorga, o que se ignoró la que esta sí les asigna, o que se les apreció como tales, no obstante la inobservancia de los requisitos establecidos para su aducción al proceso. De estas diferentes hipótesis surgen el error de hecho o el de derecho, generadores del quebrantamiento indirecto de la ley sustancial.

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada y uniforme a este respecto. Basta citar el siguiente pronunciamiento, antecedido y subseguido de muchísimos otros, todos sustancialmente idénticos:

"Cuando se alega en el recurso extraordinario de casación error jurídico del juzgador, por alguna de las hipótesis a que se contrae el primer apartado del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de norma o normas penales sustanciales), causal aquí esgrimida por el censor, debe el actor fundamentar el motivo en razones de estricto derecho, edificadas sobre juicios puramente jurídicos, dirigidas a poner de resalto que el fallador dejó de aplicar al caso controvertido en juicio una determinada disposición que lo regula, o aplicó una norma prevista para otro evento, o le dio al precepto un alcance distinto del verdadero, todo ello en el entendimiento de que en la evaluación de la prueba no hubo errores de ninguna clase en los considerandos del juzgador. El demandante, sin discutir de la valoración de los elementos de juicio hecha en la sentencia, debe demostrar por modo directo que el sentenciador ignoró una determinada disposición de la ley material, o aplicó una norma no pertinente a los supuestos de hecho, o le dio a la elegida alcances extraños a los de imperio, sin replantear, se repite, debate acerca de los hechos procesales para que estos, se aprecien de manera distinta a como se estimaron en la causa, pues la controversia probatoria, como se ha dicho, es propia de la modalidad de violación indirecta de la ley sustantiva" (casación de 10 de abril de 1972, *Gaceta Judicial*, Tomo CXLII, 2352, página 824).

El recurrente, después de plantear la violación directa de la ley sustancial, entró a controvertir los soportes probatorios de la sentencia, alegando que el fallador de instancia ignoró pruebas de capital importancia que, de haberlas tenido en cuenta, lo habrían conducido a conclusiones diferentes, tales como el "acta compromisoria" y la constancia de depósito de los dineros pertenecientes a los vecinos del barrio "Villanueva", destinados al pago de unos impuestos prediales, de los cuales fueron despojados en virtud de los comportamientos atribuidos a los procesados en la sentencia, pero que él predica solamente de Luis Jorge Barbosa Rey.

Anota también que el fallador supuso pruebas, pues habló en algunas partes de la sentencia de uso de documento falso, sin que estuviese acreditado el elemento "a sabiendas" que requiere ese tipo penal, y terminó condenando por la falsedad en su especie básica, siendo que no se comprobó la calidad de funcionario público que debe concurrir en el sujeto activo de esa conducta.

A la comentada falla de técnica se sumó la de considerar como error de derecho lo que en verdad es, según el planteamiento del demandante, una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la norma, pues lo que su crítica significa es que el juez debió haber aplicado el artículo correspondiente a la falsedad por uso y no el que regula la falsedad por creación del documento.

Es cierto que la indebida aplicación se traduce en un error jurídico, pero el error de derecho en la técnica de casación tiene una connotación diferente y opera no en el campo de la selección de la norma sino en el de la valoración de la prueba.

Aparte de lo anterior, conviene apuntar, como lo hace el Procurador, que no existe duda en cuanto a la calidad de funcionaria que tenía la procesada Olga Beatriz Arévalo Sánchez para la época de los hechos, ni que la sentencia impugnada ignoró este aspecto, como tampoco puede desconocerse que, a pesar de algunas imprecisiones en los conceptos y equívocos en los términos utilizados, el fallo condenó por el delito de falsedad en la modalidad reprimida en el artículo 231, numeral 1º, y no por otra.

Las anteriores afirmaciones tienen el siguiente respaldo:

Calidad de funcionaria que tenía Olga Beatriz Arévalo Sánchez al momento de sucederse los hechos investigados:

a) Ella misma lo reconoce en la diligencia de indagatoria y en el careo que sostuvo con el procesado Barbosa Rey. En la primera le fue preguntado: ¿"Para la fecha de estos hechos qué cargo desempeñaba usted? Contestó: Jefe de Predial Sur de la Tesorería Distrital" (folio 26 del cuaderno número 1). En el careo afirma que ordenó hacer las liquidaciones; que los boletines para confección de los recibos de pago del impuesto eran entregados por medio de acta al respectivo jefe de oficina y que aquellos que se refieren a la investigación no corresponden a la serie entregada a ella como tal para su custodia; no niega la declaratoria de insubsistencia de su cargo, y la explica "porque estaba respondiendo por la Recaudación"; finalmente, respecto del

cargo que ocupa en esa Recaudación Elena de Acuña, expresa: "En el tiempo que yo estaba, era la cajera y actualmente es la jefe de la oficina, quien me reemplazó" (folios 146, 151 y vuelto, 155 y 156 del cuaderno principal).

b) Todos los vecinos del barrio Villanueva que declararon aluden a ella como la persona encargada de los recaudos en esa oficina a donde ellos concurrieron y Barbosa agrega que un empleado de la Tesorería se los confirmó (folio 139 ibídem).

c) El propio defensor de Olga Beatriz Arévalo en las instancias y ahora recurrente, lo reconoció en el memorial por medio del cual sustentó ante el Tribunal la apelación del fallo de primer grado. Dijo entonces: "Si no ingresaron los dineros a las arcas oficiales, nunca se podrá hablar de peculado en este proceso por cuanto no se dan los elementos estructurales de tal acriminación. Tales elementos son: a) *Que el imputado sea funcionario público, que es el único elemento que está presente en este proceso, por cuanto doña Olga Arévalo sí tenía la calidad de tal por la época en que se cometieron los hechos*" (subrayas fuera de texto) (folio 16 del cuaderno del Tribunal).

2º La sentencia impugnada no ignoró la calidad de funcionaria que tenía la procesada al momento de los hechos.

Conviene recordar, en primer término, que las sentencias de primera y segunda instancias forman un todo jurídico en aquellos aspectos en que ésta no modifique a aquélla.

En el fallo del juzgado se lee al folio 498 del cuaderno principal:

"En lo que respecta al delito de falsedad en documentos públicos, está plenamente comprobado, tal como se dejó analizado en la providencia calificatoria, cuando se dijo: 'como quiera que se encuentra probado en autos que la señorita Olga Beatriz Arévalo Sánchez, para el momento de los hechos desempeñaba las funciones de Jefe del Grupo de Tesorería del barrio Restrepo; le es aplicable el artículo 231 del Código Penal, numeral 1º, mientras para los dos restantes acusados les corresponde el artículo 233 ibídem' ".

La sentencia del Tribunal dice a este respecto:

"La imputabilidad que corre a cargo de los procesados, en orden a determinar su culpabilidad, debe medirse de acuerdo con el grado de su participación en el delito, de acuerdo a como se señaló en el auto de proceder. Por lo que hace a Olga Beatriz Arévalo Sánchez, del proceso resulta que ella era la Jefe del Grupo Predial de la Recaudación del Sur y quien tenía en la órbita de su competencia la liquidación de los tributos prediales, que fue la circunstancia que impulsó a los sufragantes a entenderse directamente con ella, por razón de sus funciones. La Arévalo intervino en razón de su cargo en el proceso de liquidación de los impuestos a pagar, los que, una vez cuantificados, le fueron pagados por medio del cheque que giró Luis Jorge Barbosa Rey, luego los dineros que reemplazaron al cheque en cuestión. En estas condiciones, Olga Beatriz Arévalo Sánchez fue la persona que, como Recaudadora del Tesoro Distrital, estuvo personalmente involucrada en el giro de la operación que culminó con la apropiación de los impuestos pagados por los vecinos de la urbanización Villanueva. En esta operación solamente ella intervino en su condición de funcionaria de la Tesorería Distrital y fue, así mismo, la persona que entregó los recibos que resultaron falsos, por aparecer en ellos suplantadas las firmas de los funcionarios que debían firmarlos en razón de sus cargos y por corresponder sus guarismos a pagos que no ingresaron a la Tesorería Distrital, aunque los sellos en ellos colocados sí guardaban la simetría y proporciones con los auténticos, tal como lo denuncia el dictamen que obra al folio 262. Dados estos antecedentes, era Olga Beatriz Arévalo la única obligada a entregar los recibos del pago que se le hizo y, para este efecto, entregó recibos semejantes o análogos a los auténticos, para lo cual utilizó los mismos formatos oficiales y los mismos sellos, como aparece rebelado a los folios 193, 194 y 195. Fue, por lo demás, esta acusada quien entregó los recibos adulterados a los sufragantes, en dos ocasiones: una a través de Barbosa, pero como en esta primera ocasión, no tuvieron los recibos los sellos pertinentes, a ella le fueron devueltos para que procediera a ponerles los sellos de la Recaudación Distrital, acto que realizó, como resulta en efecto del hecho de que los hubiera retornado a los sufragantes exhibiendo ya los sellos correspondientes, luego de haber permanecido en sus manos por espacio de más de un día. No se sabe en los autos que en este proceso hubiera intervenido otro funcionario de la Tesorería Distrital, como para suponer que entre la Arévalo y los sufragantes medió otro funcionario distinto a nombre de la Recaudadora del barrio Restrepo. En estas condiciones, bien estuvo que en el fallo que se revisa se hubiera subsumido el comportamiento de esta procesada dentro de las prescripciones del numeral primero

del artículo 231 del Código Penal, ya que le dio apariencia de realidad a algo que no había ocurrido, mediante la suposición de unos recibos semejantes a los auténticos, así en ellos no se hubiere descubierto los rasgos característicos de su grafía" (folios 38 y 30 del cuaderno principal).

Más adelante, al hacer la imputación a los otros procesados con cargo a la misma norma que le fue aplicada a la sindicada Arévalo Sánchez, expresa el Tribunal:

"Ellos, tanto Barbosa, como Nivia, concurrieron la misma conducta, y sabiendo además que Olga Beatriz Arévalo era la Recaudadora a quien le correspondía intervenir en ejercicio de sus funciones" (folio 40 ibídem).

3º Se condenó a los procesados por la falsedad que Describe el artículo 231 del Código Penal y no por falsedad por uso.

El juez condenó a Olga Beatriz Arévalo por falsedad en documento público "de acuerdo con el artículo 231 del Código Penal" y a Luis Jorge Barbosa Rey y Pedro Nivia, también por falsedad en documento público, pero "de acuerdo con el artículo 233 ibídem" (folio 499 del cuaderno principal). Entonces, por ninguna parte se alude a una condenación de falsedad por uso.

El Tribunal modificó la decisión del juzgado únicamente para ubicar la conducta de Nivia y Barbosa dentro del artículo 231 del Código Penal e imponerles tres años de presidio, en lugar de los dos que les había individualizado el funcionario de primera instancia. Respecto de Olga Beatriz Arévalo no hubo ninguna variación.

Esta determinación del Tribunal acentuó aún más el convencimiento en cuanto al tipo penal por el que fueron sentenciados los procesados, que no fue otro que el de la falsedad por creación del documento, no la por uso. Agréguese a lo anterior que en la parte resolutiva del auto de proceder todos ellos fueron llamados a responder en juicio por el genérico delito de falsedad en documentos (folios 359 y 426 del cuaderno principal).

Por último, conviene advertir que si el recurrente pretendió plantear, como trató de intuirlo el Procurador, una errónea denominación jurídica de la infracción, el cargo debió haberse presentado dentro del ámbito de la causal cuarta, no de la primera, pues como de prosperar esta ha de dictarse el fallo sustitutivo (artículo 583 del Código de Procedimiento Penal), habría que hacerlo con desconocimiento de la calificación dada en el auto de proceder, con lo cual se incurriría en causal de invalidación del mismo (artículo 580, numeral 2º ibídem).

Aparte de lo anterior, no puede olvidarse que la apropiación en el delito de abuso de confianza nunca está precedida de maniobras engañosas orientadas a inducir en error a otro con perjuicio económico, que fue lo que se presentó en el caso fallado, pues derivaría indefectiblemente hacia otro tipo penal.

Tampoco, en este supuesto, debe prosperar la censura, además de que fue presentada en nombre de persona no recurrente y cuya representación no se tenía.

Los cargos no prosperan.

Con fundamento en las precedentes 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, NO CASA la sentencia impugnada.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

En el sistema procesal colombiano, el impedimento es manifestación propia del funcionario, en tanto que la recusación es facultad de los intervinientes si aquél no se declara impedido

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 112, diciembre 10 de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 15 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Palerma.*

Vistos

En el proceso que por el delito de peculado el Tribunal Superior de Pasto sigue contra Yesid Castelbondo Sarmiento y otros, el Fiscal Primero de esa Corporación solicitó a los Magistrados Edilma Ortega de Suárez, Antonio Pantoja Muñoz y Clemente Viteri Alvarado, se declararan impedidos para su conocimiento, petición a la cual no accedieron los prenombrados funcionarios.

Resultandos y considerandos

Primero. El Ministerio Público invoca como motivo de su solicitud el que habiendo sido designado apoderado-defensor de alguno de los sindicados el doctor José María Velasco Guerrero quien, en su calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia intervino en el nombramiento de los funcionarios antes dichos, es apenas natural que éstos guarden para con aquél sentimientos de gratitud, lo cual podría llevar a que se dudara de una recta administración de justicia y porque, además, aún no ha transcurrido un año a partir del día en que el Magistrado Velasco Guerrero se retiró de la Corte, motivo por el cual está inhabilitado para desempeñar el mandato que le fue conferido.

Segundo. Los Magistrados recusados no aceptaron lo anterior, no se declararon impedidos y, en consecuencia dispusieron el envío de las diligencias a esta Corporación para los efectos de ley.

Tal determinación la tomaron por medio de su auto de fecha 26 de octubre último, el cual fue firmado por los tres funcionarios.

Tercero. Debe anotarse que *no se puede confundir el impedimento propiamente dicho con la recusación, aunque se funden en las mismas causales a que hace referencia el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Es que al paso que el impedimento es manifestación personal del funcionario, la recusación es privativa de las partes. De ahí que éstas carezcan del derecho subjetivo procesal de exigirle al Juez o Magistrado la declaratoria de impedimento.*

Sin embargo, el Tribunal Superior de Pasto, pese a que la petición del Fiscal apunta a la declaratoria de impedimento, la consideró como recusación a los integrantes de la Sala Penal y, sobre esa base, con invocación del principio de la economía procesal, adoptó conjuntamente la providencia de 26 de octubre de 1981, mediante la cual resolvió "no aceptar la recusación". Pero aunque esa estimación corresponda a una correcta exégesis del memorial del Agente del Ministerio Público, la verdad es que en parte alguna de la ley procesal penal se establece semejante trámite para la recusación. La Corte tiene establecido "que el mecanismo de la aceptación o rechazo *colegiado* de impedimentos o recusaciones no existe en la legislación nacional. Todas las normas que sobre esta materia integran el Capítulo VI (artículos 77/89) del Código de Procedimiento Penal se refieren a impedimentos y recusaciones de magistrados, jueces, conjueces, fiscales y secretarios y al individual pronunciamiento que cada uno de ellos en su oportunidad

habrá de hacer respecto de unos y otros. Los artículos 83 y 85 que regulan el trámite de los impedimentos y recusaciones de magistrados, lo hacen sobre el supuesto de manifestaciones individuales de aceptación o de rechazo; sobre esta misma premisa está asentada la solución legal de la reintegración de la Sala cuando en el Tribunal colegiado se acepta el impedimento o recusación de uno de los integrantes ... Por manera que cuando todos o varios de los magistrados integrantes de una Sala de Tribunal o de la Corte consideran que están impedidos para intervenir en determinado asunto o cuando todos o algunos de ellos son recusados por idéntico motivo o por razones diversas, necesario es que ordenadamente cada uno manifieste su criterio y sólo cuando haya sido resuelto el incidente respecto del primero, se adelantará el trámite en relación con el segundo, y así sucesivamente hasta su terminación. Verdad es que el procedimiento puede resultar lento cuando hay pluralidad de funcionarios impedidos o recusados, pero es ese el trámite acogido por el legislador; y para modificarlo no es pertinente acudir al principio de la economía procesal ...'' (auto, 15 de septiembre de 1981).

En conclusión, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto tramitó el incidente provocado por el Fiscal Primero de la misma entidad sin sujeción a la mecánica procedimental penal, por cuyo motivo la Corte está desprovista de capacidad funcional para dirimirlo.

Por las anteriores breves consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de resolver la cuestión de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMPETENCIA

Funcionario competente para juzgar a los miembros de las fuerzas de policía cuando el país se encuentra en estado de sitio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 111, diciembre 9 de 1981.

Bogotá, D. E., diciembre 16 de 1981.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo B.*

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, fechada el 15 de enero de 1980, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad el 24 de octubre de 1979, que condenó al Agente de la Policía Nacional, Lucio José Trejos Arciniegas, a la pena principal de dieciocho (18) años de presidio, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y robo.

El recurso se tramitó legalmente, se presentó la correspondiente demanda de casación, y se recibió el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Resultandos

I. *Hechos*

Los sintetiza el colaborador fiscal, así:

"En la noche comprendida entre el 9 y el 10 de mayo de 1976, Justino Portilla Vidal, Comisario Veredal de San Bartolo del Municipio de Neiva, murió a consecuencia de lesiones mortales producidas por varios proyectiles de revólver en el sitio denominado 'La Segunda Puerta' en el camino que de San Bartolo conduce a Neiva. Como autor del hecho fue señalado el Agente Lucio José Trejos Arciniegas, Agente de la Policía Nacional y Comandante del puesto de 'Cerro de Neiva', en cuyo poder se encontró tanto el revólver Smith Wesson 32 largo como el reloj Orient 3 estrellas pertenecientes al occiso y de los que fue despojado al sucederse su muerte violenta".

II. *Actuación procesal*

1. Por ser el sindicado Lucio José Trejos Arciniegas, Agente de la Policía Nacional, inició la investigación el Juzgado Sesenta y Seis de Instrucción Penal Militar, el 11 de mayo de 1976. Folio 8.

2. A folios 27, 28, 29 y 30, cuaderno 1º se allegaron los documentos que acreditan que el sindicado Lucio José Trejos Arciniegas, cuando ocurrieron los hechos, tenía el carácter y ejercía el cargo de Agente de la Policía Nacional, adscrito a la Escuela Simón Bolívar de Neiva.

3. El Juzgado Sesenta y Seis de Instrucción Penal Militar, por auto de 13 de mayo de 1976 (folios 49 y siguientes) decretó la detención preventiva del referido Agente, por el delito de homicidio en la persona de Justino Portilla Vidal, previa la práctica de las diligencias de rigor en cuanto a la materialidad del delito y a la imputabilidad del autor.

4. El Auditor de Guerra, en concepto de folios 197 y siguientes, opinó que debía convocarse Consejo de Guerra Verbal contra el Agente de la Policía Nacional, Trejos Arciniegas, con base en lo dispuesto por el artículo 588 del Código de Justicia Penal Militar, por encontrarse el país en estado de sitio y turbado el orden público de acuerdo con el Decreto 2131 de 1976.

5. El Comandante del Departamento de Policía "Huila", como juez de primera instancia, por Resolución número 002 de 29 de marzo de 1977 (folios 215, 219) convocó en la Guarnición de Neiva un Consejo de Guerra Verbal, para que en la forma estatuida por los artículos 566 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar, juzgara la conducta del ex Agente de la Policía Nacional Lucio José Trejos Arciniegas, por el delito de homicidio, que define y sanciona el Libro II, Título VII del Código de Justicia Penal Militar, con fundamento en el artículo 588 ibídem y los Decretos 2131 y 2260 de 1976.

6. El 18 de abril de 1977, se celebró el Consejo de Guerra Verbal (folios 227 a 254), en el cual el jurado pronunció veredicto unánime en cuanto a la responsabilidad del procesado por el delito de homicidio en la persona de Justino Portilla Vidal. En el cuestionario se preguntó si el acusado, siendo Agente de la Policía Nacional, cuya condición se encuentra demostrada en autos, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, era responsable o no por tal delito.

7. La Presidencia del Consejo de Guerra, como juez de primera instancia, resolvió condenar al procesado a la pena principal de 15 años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio agravado, con fundamento en las pruebas respectivas y en el carácter de Agente de la Policía Nacional que tenía Trejos Arciniegas.

8. Enviado el expediente al Tribunal Superior Militar, por apelación, el Fiscal Primero de esa Corporación, en su concepto solicita la nulidad de lo actuado, por no haberse definido el delito de robo en el auto de proceder, advirtiendo que el proceso sigue siendo de conocimiento de la justicia penal militar, porque el delito fue cometido en época de turbación del orden público.

9. El Tribunal Superior Militar, por auto de 14 de noviembre de 1977 (folio 285), declaró la nulidad de lo actuado a partir de la convocatoria del Consejo Verbal, por Resolución de 29 de marzo de 1977, por haberse incurrido en violación de las formas propias del juicio, al omitir el pronunciamiento por el delito de robo, disponiendo que al reponer la actuación debía agregarse una certificación sobre las funciones del Comandante del puesto "Cerro Neiva" para determinar si Trejos delinquió con ocasión del servicio y por causa del mismo o no, para poder calificar la infracción como homicidio militar o común.

10. El juez de primera instancia, por auto de 29 de diciembre de 1977 (folio 295), decide pasar el proceso a los juzgados superiores (Reparto), por competencia, provocando colisión de competencia negativa, en la creencia de que el Tribunal Superior, al declarar la nulidad, se había pronunciado por el delito común.

11. El Juzgado Primero Superior de Neiva, a quien correspondió en reparto, avocó el conocimiento del proceso, aceptando así la colisión de competencia propuesta por el Juzgado Militar de primera instancia (folio 298).

12. Aquel Despacho, previo concepto de su Fiscal (folios 315 y siguientes y 323 y siguientes), llamó a responder en juicio criminal al ex Agente de la Policía Nacional, Lucio José Trejos Arciniegas como autor responsable de homicidio y robo, con intervención del jurado.

13. Abierto el juicio, el procesado pide pruebas y el juzgado se niega a decretarlas (folio 355). Apelado el auto, el Tribunal Superior lo confirma.

14. La audiencia pública se celebró el 10 de octubre de 1978, y en ella el jurado pronunció veredicto condenatorio por homicidio simple y hurto, el cual fue declarado contraevidente, ya que de acuerdo con los hechos, el homicidio se cometió mediando las circunstancias de agravación contempladas en los ordinales 2º, 3º y 5º del artículo 363 del antiguo Código Penal. Determinación que confirmó el Tribunal. La segunda audiencia se celebró el 9 y 10 de octubre de 1979. El jurado afirmó la responsabilidad del procesado como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y robo.

15. El Juzgado Primero Superior acogió tal decisión y por sentencia de 24 de octubre de 1979 condenó a Lucio José Trejos Arciniegas a la pena principal de dieciocho años de presidio como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y robo. El Tribunal Superior de Neiva, mediante el fallo recurrido en casación, confirmó esa sentencia.

III. *La demanda de casación*

El demandante, acusa la sentencia con invocación de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y le formula los siguientes cargos:

1º Haberse proferido en un proceso viciado de la nulidad legal, prevista en el artículo 210, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, consistente en *incompetencia de jurisdicción*, a

consecuencia de lo cual se violaron los artículos 7, 284, 297, 306, 307, 308, 566 y 591 del Código de Justicia Penal Militar, en concordancia con los decretos sobre turbación del orden público y estado de sitio.

2º Nulidad supralegal por haberse proferido en proceso viciado de nulidad prevista por el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no observarse la plenitud de las formas propias del juicio, consistente en que se negó al procesado la práctica de pruebas durante la causa.

3º Nulidad supralegal, por no haberse cumplido el mandato categórico consagrado en el numeral 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que obliga expresar en la parte motiva del auto de proceder "el resumen de las peticiones de las partes, y, si no fueron aceptadas, las razones por las cuales no se aceptan", quebrantando así el artículo 26 de la Carta, y vulnerando los artículos 33, 362, 363, 402 y 404 del Código Penal.

4º Nulidad legal prevista por 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.

A continuación se sintetizan los fundamentos que el casacionista presenta para sostener la nulidad por *incompetencia del juez*, prevista en el numeral 3º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues en el caso de prosperar sería innecesario referirse a los demás cargos invocados al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En relación con el primer cargo, dice que en el proceso hay evidencia de que el procesado Lucio José Trejos Arciniegas, en el momento en que ocurrieron los hechos era Agente de la Policía Nacional adscrito al Departamento de Policía "Huila", y que se encontraba en ejercicio de funciones y atribuciones como miembro activo de la Policía Nacional, por cuya razón la instrucción sumaria la inició por competencia el Juez Sesenta y Seis de Instrucción Penal Militar, y luego el proceso llegó al juez de primera instancia, que fue el Presidente del Consejo de Guerra, quien dictó el fallo respectivo, y "subido al honorable Tribunal Militar, el señor Fiscal Primero de aquella Corporación emite concepto pidiendo la nulidad de lo actuado" por tratarse de un delito común, incurriendo en "errada calificación" el Consejo de Guerra, no obstante lo cual deja en su concepto la siguiente constancia: "No sobra advertir que en el caso de admitirse el pedimento fiscal, el proceso sigue siendo de conocimiento de la Justicia Penal Militar, pues el hecho fue cometido en época de turbación del orden público".

Agrega que el Tribunal Militar acogió íntegramente el concepto fiscal en providencia de 14 de noviembre de 1977, "declaró la nulidad de la totalidad de la actuación cumplida dentro del presente proceso por el Consejo de Guerra Verbal", en cuya decisión dispuso que era indispensable "agregar una certificación sobre las funciones propias que corresponden al Comandante del puesto 'Cerro Neiva' y los demás medios de convicción convenientes para determinar si Trejos Arciniegas delinquió con ocasión del servicio y por causa del mismo, o no, para calificar la infracción de homicidio militar o de homicidio común, como con acierto, lo exige el señor Fiscal".

Advierte el casacionista que el Tribunal Militar decretó la expresada nulidad por haberse encontrado un error de orden técnico, "pero nunca sobrevino dicha nulidad por razón de carecer de competencia", a pesar de lo cual el juez de primera instancia incurrió en el error de remitir el proceso al Juez Superior de Neiva, al interpretar, equivocadamente, que el Tribunal había decretado la nulidad por tratarse de un delito común, dando a entender que era de competencia de la justicia ordinaria y no de la justicia castrense, lo cual es manifiestamente inexacto.

Para demostrar que el homicidio imputado al Agente Trejos Arciniegas es de competencia de la justicia penal militar, el demandante cita las siguientes disposiciones legales:

Artículos 307 y 308 del Código de Justicia Penal Militar, según los cuales "están sometidos a la jurisdicción penal militar todos los militares en servicio activo", la cual conoce, entre otros, "de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público y conmoción interior". Y el artículo 284 del Código Penal Militar establece que "para los efectos de este Código, los términos militar o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía ...". Además, el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, establece que "Los oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un

delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar". Y, por último, cita los Decretos 2131 y 2260 de 7 y 24 de octubre de 1976, según los cuales se decretó el estado de sitio en todo el territorio nacional por turbación del orden público, por lo cual los delitos, inclusive los comunes, cometidos por militares son de competencia de la justicia penal militar, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales. Y la razón que tuvo el Tribunal Militar para establecer plenamente si el delito atribuido a Trejos Arciniegas era militar o común, radica en que en uno y otro caso deben aplicarse las normas del Código de Justicia Penal Militar o del Código Penal, por cuanto las respectivas normas pueden eximir, agravar o atenuar el delito, "pero siempre el juzgamiento estaría a cargo de la justicia penal militar".

IV. *Concepto de la Procuraduría Delegada*

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal concreta su estudio a la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en el primer cargo de la demanda, para acoger en su integridad los fundamentos de la misma, actualizándolos con las nuevas disposiciones sobre turbación del orden público y la jurisprudencia de la Corte, para concluir que, en realidad, el cargo debe prosperar porque la sentencia acusada se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, al ser pronunciada por la justicia ordinaria, que no es competente para juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas, inclusive por delitos comunes, cuando se encuentra turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. Al respecto, dice:

"Si bien esta Procuraduría Delegada en lo Penal ha seguido el criterio expresado por el extinguido Tribunal Disciplinario y ahora por el Consejo Superior de la Judicatura, sosteniendo en efecto que los delitos cometidos por miembros de la Policía fuera de servicio mientras el país se halla en estado de sitio han de ser juzgados por la jurisdicción ordinaria, toda vez que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, ha sido derogado tácitamente por los Decretos 1705 de 1960, artículo 40, 1355 de 1970, artículos 34 y 522 de 1971, que califican a la policía como cuerpo civil, y consecuencialmente la jurisdicción castrense conocería únicamente cuando el agente o agentes de la policía cometen un delito 'con ocasión del servicio, o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo' (artículo 8º del Decreto 2347 de 1971). Sin embargo, ya la honorable Sala de Casación Penal en reiterados pronunciamientos —sentencias del 22 de febrero de 1979 y junio 17 de 1980— ha determinado que 'los miembros de este cuerpo armado son justiciables, bien sea civil o militar su naturaleza, por los tribunales castrenses cuando cometen delitos establecidos por las leyes comunes ... en tiempo de guerra, turbación del orden público y conmoción interior', porque el encabezamiento de esa disposición —308 del Código de Justicia Penal Militar— establece que, entre otros delitos, la Justicia Penal Militar conoce de tal clase de infracciones penales', toda vez que, si bien el artículo 34 del Decreto 1335 de 1970, dice que 'los cuerpos de policía son civiles por naturaleza de sus funciones', el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, declarado ceñido a la Constitución Nacional por la honorable Corte Suprema de Justicia en Sala Plena del 29 de septiembre de 1978, 'no ha dicho que los miembros de la Policía Nacional son militares sino que 'para efectos' de dicho Código, tales denominaciones (militar o militares) se les aplican.

"Entonces siendo lo anterior jurisprudencia de la honorable Sala de Casación Penal y no habiendo existido conflicto de competencia que haya sido dirimido, precisa aplicar los principios anteriores al caso presente. Así se tiene:

"a) Lucio José Trejos Arciniegas por los días 9 y 10 de mayo de 1976 era efectivamente Agente de la Policía Nacional en servicio activo;

"b) Por Decreto legislativo número 1249 del 26 de junio de 1975 se declaró turbado el orden público en toda la nación, siendo restablecido y levantado el estado de sitio el 22 de junio de 1976, por Decreto 1263, para ser reimplantado el 7 de octubre del mismo año, con vigencia hasta la presente fecha;

"c) Si bien, como lo afirma el demandante, del proceso conoció la justicia castrense desde su iniciación, convocándose a Consejo de Guerra Verbal, según Resolución número 003 del 31 de marzo de 1977 y realizado, el juez de primera instancia dictó sentencia el 18 de abril siguiente y al conocer el recurso de apelación en su contra el Tribunal Superior Militar declaró la nulidad de lo actuado a partir de la convocatoria a Consejo de Guerra Verbal por inobservancia de las formas propias del juicio al no existir pronunciamiento alguno respecto del delito de robo que concursaba con el de homicidio, debiendo el *a quo* reponer la actuación. Pero ello no aconteció así, pues se limitó a enviar el proceso a la justi-

cia ordinaria la que prosiguió su conocimiento, dictó auto de proceder, celebró la audiencia pública y falló tanto en primera como en la segunda sentencia es la recurrida extraordinariamente en casación. Es así como Lucio José Trejos Arciniegas fue juzgado por la justicia ordinaria, luego se incurrió en la causal de nulidad señalada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, o sea por incompetencia de jurisdicción".

V. *Consideraciones de la Sala*

De lo expuesto hasta aquí, la Sala deduce las siguientes conclusiones:

Primera. En el proceso no existe ninguna decisión judicial, ordinaria o castrense, que hubiera ordenado que el conocimiento y juzgamiento de este asunto correspondía a la justicia ordinaria, precisamente después de que la investigación y fallos de primera y segunda instancia estuvieron a cargo de los jueces militares (Instrucción, Consejo de Guerra Verbal, Presidencia del mismo como juez de primera instancia, Auditores de Guerra, y Tribunal Superior Militar).

Segunda. No puede considerarse como decisión judicial el auto por medio del cual el juzgado de primera instancia —Comando del Departamento de Policía "Huila"— (folio 295), remitió el proceso a la justicia ordinaria, en primer lugar porque indudablemente entendió mal el fallo del Tribunal Superior (folio 285), que declaró la nulidad de lo actuado, para establecer una cuestión técnica respecto del "delito militar" y del "delito común", reservando la continuación de su conocimiento a la justicia castrense; y, en segundo lugar porque no hubo debate legal, ni tramitación, ni decisión final, con relación a la colisión de competencia negativa, pues al respecto sólo aparece el auto por medio del cual el Juzgado Primero Superior de Neiva (folio 298), avoca su conocimiento, sin ningún fundamento legal. La colisión de competencia, en este caso, se hubiera resuelto en el sentido de que el conocimiento y juzgamiento de esos delitos correspondía a la justicia penal militar, porque al respecto hay normas terminantes en el Código de Justicia Penal Militar que se encuentran vigentes.

Tercera. En efecto, de acuerdo con lo previsto por los artículos 207, 308, 284 y concordantes del Código Castrense, están sometidos a tal jurisdicción todos los militares en servicio activo, para cuyos efectos los términos militar o militares *se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, ordenando expresamente el artículo 308 citado, "que de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público y conmoción interior", conoce la jurisdicción penal militar.*

Cuarta. El delito imputado al Agente de la Policía Nacional Lucio José Trejos Arciniegas, fue cometido dentro del tiempo de turbación del orden público en todo el territorio nacional, o sea en estado de sitio, en virtud de los Decretos 2131 y 2260 de 7 y 24 de octubre de 1976, por cuya razón, el homicidio cometido por el procesado, sea de carácter militar o común, debe juzgarlo la justicia penal militar. Además, por Decretos legislativos números 1249 de 26 de junio de 1975 y 1263 de 7 de octubre del mismo año, tal estado de emergencia continúa en todo el país, como bien lo anota el Procurador Delegado.

Quinta. En consecuencia tiene razón tanto el casacionista como el Procurador Delegado, en acusar la sentencia recurrida por haber sido dictada dentro de un proceso viciado de nulidad por incompetencia del juez, al tenor de lo dispuesto por la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el numeral 1º del artículo 210 ibídem, por lo cual así debe declararlo la Sala invalidando el referido fallo y ordenando que se reponga lo actuado desde que tal nulidad se produjo, sin que sea oportuno referirse a los demás cargos de la demanda, por cuanto tienen directa relación con las decisiones de la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador fiscal, CASA la sentencia recurrida y en su lugar DECLARA LA NULIDAD de lo actuado desde el auto de 29 de diciembre de 1977, inclusive, mediante el cual el juzgado de primera instancia, Comandante del Departamento de Policía "Huila", dispuso enviar el proceso a la justicia ordinaria, a la vez, que ordena remitirlo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para los efectos del artículo 583 numeral 3º del Código de Procedimiento Penal.

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

Darío Velásquez Gaviria, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez

Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Los suscritos, tal como lo manifestaran en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homicidio, y en el cual actuó como ponente el honorable Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21 de 1980), reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de normalidad, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiendo por militares a quienes sirvan en el Ejército, Fuerza Aérea y Marina.

Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar, y por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículos 21, 166 y 167 de la Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47; y Decretos 1835 y 1778 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles y la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarle se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez (Magistrado), *Alfonso Reyes Echandía* (Magistrado).

INDICE

Pág.

DETENCION ARBITRARIA. *La ley señala en forma tanativa los precisos casos en que los ciudadanos pueden ser privados de su libertad, y por ende, si el juez los desconoce, incurre en este delito.*

Auto. 22 de enero de 1981. *Se confirma* en todas sus partes la providencia del Tribunal Superior de Medellín que recidencia en juicio al doctor Luis Eduardo Echaverri Vásquez por un delito de detención arbitraria cometido en ejercicio de sus funciones de Juez Veintisiete Penal *Municipal de esa ciudad, decreta su detención* preventiva y le concede el beneficio de excarcelación caucionada.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 5

COMPETENCIA PARA JUZGAR A LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL EN ESTADO DE SITIO. *La Corte ratifica su doctrina en el sentido de que el juzgamiento de los policiales por delitos comunes o por delitos que tienen relación con el carácter de que están investidos, corresponde a la Justicia Penal Militar, siempre que el país se encuentre en estado de sitio.*

Auto. 27 de enero de 1981. *Se dirime* la colisión de competencia en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso, seguido contra el agente de Policía Pedro Alonso Ramírez Gómez corresponde al Comando del Departamento de Policía Nacional de Antioquia con sede en Medellín y no a la Cuarta Brigada del Ejército Nacional con sede en la misma ciudad.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 8

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía* .. 10

CUESTIONARIOS EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENEN EL JURADO DE CONCIENCIA. *Ha sido doctrina constante de la Corte, que el cuestionario no es simple acto ritual, sino uno de los más decisivos del proceso, debiéndose hacer en él síntesis completa de los hechos para que el jurado afirme o niegue la responsabilidad del acusado y sirva, con idoneidad, de fundamento a la sentencia definitiva; en consecuencia, se incurre en nulidad de tipo supralegal, si no en su elaboración se contradice por el artículo 553 del Código de Procedimiento Penal.*

Casación, 29 de enero de 1981. *Se casa* la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Cali que condenó a Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez a la pena principal de 19 años de presidio por el delito de homicidio, y en consecuencia declara la nulidad de la audiencia pública iniciada el 25 de septiembre de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 11

RECURSO DE CASACION. *No puede pedirse la nulidad de un proceso porque los jueces no declararon contraevidente un veredicto.*

Auto. 29 de enero de 1981. *Se rechaza* el recurso de casación impetrado contra la providencia del Tribunal Superior de San Gil que absolvió a los hermanos Julio, José Miguel y Clementina Velandia Bonilla, llamados a juicio por delitos de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 18

CONFESION — Sin valor. *La confesión tiene valor cuando, además, el cuerpo del delito aparece demostrado y en la relación con otras pruebas se deduce su fuerza procesal.*

Casación, 17 de marzo de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que había absuelto al procesado José Yezid Ospina Méndez, como autor responsable del delito de peculado.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 22

Pág.

DELITO DE ROBO. *La Corte reitera que la circunstancia agravante del robo de armas, puede cometerse en poblado o despoblado, porque la inclusión de la "o" en el texto del numeral 1º del artículo 404 del Código Penal anterior, es conjunción disyuntiva que denota alternativa o diferencia.*

DELITO DE ROBO. *Circunstancias de agravación contenidas en el número 4º del artículo 404 del anterior Código Penal. La violencia por medio de comisión de este delito puede ser antecedente, concurrente o subsiguiente al aprovechamiento. El empleo de armas, el amordazamiento, la utilización de ataduras, implican por sí violencia, y de tal naturaleza, que no sólo satisface la que es propia del delito tipo (artículo 402 del Código Penal), sino que estructura la específica del tipo agravado (artículo 404 del Código Penal).*

Casación. 29 de enero de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a los procesados Leonardo de Jesús Rojas Páez, Pablo Botero Velásquez, Luis Armando Rincón Pimiento, Nicéforo Hastamorir Vela y Francisco Luis Ortiz Peña por el delito de robo agravado.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 29

DELITO DE ROBO. *Interpretación del inciso 2º del artículo 402 del Estatuto Penal anterior. Circunstancias indispensables para que un hurto inicialmente cometido se convierta en robo. El elemento violencia a que se refiere el citado ordinal 2º del artículo 402 del Código Penal puede referirse tanto a la ejercida sobre las cosas como a la empleada contra las personas, conforme a la orientación legislativa y la interpretación doctrinal y jurisprudencial; además para que se dé este presupuesto del robo, es absolutamente necesario que no exista solución de continuidad entre el momento de la sustracción y el empleo de las violencias o de las amenazas que, de otra parte, deben tener el fin inequívoco de asegurar el producto de la sustracción o la impunidad de los delincuentes.*

Casación. 29 de enero de 1981. *Se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Carlos Eduardo Bangifo Rodas por el delito de robo y en cambio se decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder y ordena que se reponga la actuación.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 34

CIERRE DE LA INVESTIGACION. *Cuando los copartícipes de un hecho típico están identificados sin poderseles oír en indagatoria por imposibilidad de localización, no es procedente cerrar la investigación mientras no se cumpla con el emplazamiento previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que hacerlo sería menoscabar el debido proceso.* Auto. 3 de febrero de 1981. *Se confirma* la providencia apelada del Tribunal Superior de Montería que se abstuvo de iniciar sumario al doctor Francisco Paquero Grondona, ex Juez Segundo Penal del Circuito.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 45

DERECHO DE DEFENSA. *En qué consiste y cómo se vulnera esta garantía constitucional del proceso.*

Casación. 3 de febrero de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Rigoberto Giraldo Loaiza a 15 años de presidio por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 47

ERROR DE LA TECNICA DE CASACION. *Las formas propias del juicio y los grados probatorios son conceptos distintos de casación; en consecuencia, es un desacierto invocar, al amparo de la causal 4ª fallas de juzgamiento.*

Casación. 3 de febrero de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Rigoberto Giraldo Loaiza a 15 años de presidio por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 47

COLISION DE COMPETENCIAS. *La Corte reitera su doctrina respecto de que los delitos comunes en que incurran los jueces de instrucción Penal Militar y los auditores de guerra, están sometidos a las normas generales de competencia; vale decir, que ella radica en quien, dentro de cada arma, tiene la competencia genérica.*

Auto. 10 de febrero de 1981. *Se dirime* el conflicto negativo de competencias en el sentido de asignar el conocimiento del proceso que se ade-

Pág.

lanta contra el doctor Carlos Enrique Cosmán Guerrero, Auditor Auxiliar de Guerra, al Departamento de Policía del Tolima y no al Tribunal Superior Militar.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 51

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía.* 55

CAMBIO DE RADICACION. *Para que prospere esta situación excepcional, es necesario que el peticionario acompañe a la solicitud, las pruebas que permitan precisar los hechos o circunstancias que en el caso concreto hagan inferir que se ha comprometido seriamente la imparcialidad de la justicia.*

Concepto. 10 de febrero de 1981. Se rinde concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso que se adelanta, por homicidio, contra el doctor Guillermo Rosero García, Fiscal Superior en la ciudad de Tumaco.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 57

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. CONCUSION. *Fuera de los límites territoriales de su función, el funcionario público conserva su investidura de tal y por ello, los ilícitos en que incurra, así sea fuera de su jurisdicción, son contra la administración pública.*

Casación. 10 de febrero de 1981. *No casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de San Gil que condenó a los acusados Jorge Elícer Guiza López, Raúl Barrera Medina, Alfonso Nieto, José Antonio Sánchez Rincón y Rosendo Díaz Bermúdez por el delito de concusión.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 59

PRUEBA TESTIMONIAL. *Su valoración. Las aparentes contradicciones entre los diferentes testimonios, no son causas suficientes para restarles credibilidad.*

Casación. 10 de febrero de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a los encausados Jorge Elícer Guiza López, Raúl Barrera Medina, Alfonso Nieto, José Antonio Sánchez Rincón y Rosendo Díaz Bermúdez, por el delito de concusión.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 59

Pág.

FALSEDAD DOCUMENTAL. MOMENTO CONSUMATIVO. *El delito se consuma en el lugar donde se realice el verbo rector de la conducta típica.*

Auto. 17 de febrero de 1981. *Se dirime* la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Tercero Superior de Pereira y Primero Superior de Cúcuta en el sentido de señalar como competente para conocer de este negocio contra Hernán Correa, al segundo de ellos.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 69

DELITOS COMETIDOS POR JUECES. *Revisten mayor gravedad que los cometidos por otros funcionarios de la administración pública, porque los intereses puestos bajo su cuidado son tan importantes para la sociedad, que su lesión por parte del juez, incide en forma profunda y grave en la esencia misma de la colectividad; por ende, deben ser sancionados con mayor rigor.*

Auto. 17 de febrero de 1981. La Corte *confirma* la providencia del Tribunal Superior de Cali que se resolvió negar la libertad provisional solicitada por el doctor Darío León López Pérez.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 71

PELIGROSIDAD. *No desaparecid con el nuevo Código Penal, pues existen varias disposiciones que hacen expresar mención de ellas. Ocurre, sin embargo, que ya no se sanciona sólo por la capacidad de delinquir —delito imposible y reincidencia según el Código Penal anterior—, sino que ahora, la libertad de obrar en el delincuente con conciencia y voluntad.*

Auto. 17 de febrero de 1981. La Corte *confirma* la providencia del Tribunal Superior de Cali que resolvió negar la libertad provisional solicitada por el doctor Darío León López Pérez.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 71

LA AMISTAD COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *La amistad es causal de impedimento o recusación, cuando es íntima. Vale decir, en aquellos eventos en que trasciendan los planos de los formalismos y conveniencias propias de la vida de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunicación sentimental y espiritual.*

Pág.

Auto. 17 de febrero de 1981. No se acepta el impedimento manifestado por el doctor Raúl Trujillo Cortés y en consecuencia se dispone que continúa conociendo del proceso.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 74

OPINION EXTRAJUDICIAL. ARTICULO 78 NUMERAL 4º DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Para que sea procedente el impedimento, es necesario que la opinión comprometa la independencia e imparcialidad del funcionario, de tal forma que sea vinculante para futuras actuaciones.*

Auto. 17 de febrero de 1981. La Corte *declara fundado* el impedimento manifestado por el doctor Eduardo Torres E. para conocer del proceso que se sigue contra el doctor Víctor Zambrano Pantoja, como ex Comisario Especial del Amazonas.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 76

PECULADO. *La atenuación punitiva, por reintegro total o parcial, no puede operar cuando los bienes del Estado se han recuperado por la acción unilateral de la justicia.*

Casación. 17 de febrero de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Germán Isidro Espinosa Silva a 48 meses de presidio por el delito de peculado.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 78

PRORROGA DE TERMINOS EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *La complejidad del proceso, no configura la causa grave que exige la ley para resolver favorablemente solicitud de prórroga términos.*

Auto. 24 de febrero de 1981. *Se niega* la solicitud de prórroga del término para presentar demanda de casación en este proceso, solicitada por el apoderado del procesado Hugo Fernando Ospina Gaitán.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 83

VEREDICTO CONTRADICTORIO. *Cuando se trata de varios cuestionarios referentes a delitos distintos pero íntimamente relacionados, la respuesta a cada una de esas preguntas deben compararse con las de las otras para establecer si están o no en contradicción entre sí, en la misma forma como se compararían los términos de la contestación cuando se trata de un solo cuestionario; de no hacerlo, puede incurrirse en nulidad de tipo constitucional por violación de las normas propias del juicio.*

Casación: 24 de febrero de 1981. *Se casa* la sentencia recurrida y en consecuencia se declara la nulidad de lo actuado, se ordena convocar nuevo jurado para el juzgamiento de William Angel Restrepo Ospina por los delitos de homicidio y robo.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 85

TECNICA DE RECURSO DE CASACION. *Cuando se alega violación directa de la ley; forzoso es aceptar los hechos como quedaron establecidos y fueron apreciados y valorados en la sentencia.*

Casación. 25 de febrero de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Gregorio Yazo Castiblanco por el delito de homicidio en su modalidad de agravado.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 90

PREVARICATO. *Qué debe entenderse por resolución "manifiestamente" contraria a la ley.*

Auto. 26 de febrero de 1981. La Corte llama a responder en juicio sin intervención del jurado al Gobernador del Departamento del Cesar, señor José Guillermo Castro, por el delito de prevaricato.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 94

LIBERTAD PROVISIONAL. *La excarcelación de que trata el ordinal 2º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975, sólo puede ser resuelta por el juez del conocimiento.*

Auto. 2 de marzo de 1981. La Corte *niega* el beneficio de libertad a los procesados Carlos E. Rengifo y Gustavo A. Hernández.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 99

COPARTICIPACION CRIMINAL. INSTIGACION. *En el mundo de la delincuencia organizada existe un ambiente de valores entendidos, de lenguaje convencional, de procedimientos simplificados, y a veces hasta un ademán, una*

Pág.

frase entrecortada, una expresión figurada, un signo, para comunicar una propuesta delictiva.
Casación. 2 de marzo de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a los procesados Luis Hernando Suárez Galeano, Marco Tulio Cruz Vargas y Alfonso Naranjo Pedraza a 6 años de presidio a los dos primeros y a 8 años y 2 meses al tercero como autores responsables del delito de robo agravado.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 101
Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 112

HOMICIDIO IMPERFECTO. SANCIONES CONTEMPLADAS TANTO EN EL ANTIGUO CODIGO PENAL COMO EN EL VIGENTE. *No es posible disminuir la pena, con el criterio de una disposición favorable y vigente, de una pena tipo establecida por una ley derogada.*
Auto. 3 de marzo de 1981. La Corte *niega* el beneficio de excarcelación impetrado por el procesado Rodolfo Castro Díaz.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 114

LIBERTAD CONDICIONAL. *Requisitos para considerarlas.*
Auto. 10 de marzo de 1981. La Corte *concede* libertad provisional a Diego Enrique Posada Ruiz, mediante caución precaria de 100 pesos y diligencia de compromiso en los términos del artículo 406 del Código de Procedimiento Penal.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 116

COLISIONES DE COMPETENCIA. *Presupuestos procesales para que el superior de dos o más jueces puedan entrar a resolver a cuál de ellos corresponde el conocimiento del asunto. En el Procedimiento Penal Colombiano no existen colisiones de competencias implícitas.*
Auto. 10 de marzo de 1981. La Corte *se abstiene*, por sustracción de materia, de adoptar decisión alguna sobre el asunto enviado a su conocimiento por el Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 118

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. *Se incurre en nulidad no sólo legal sino de tipo constitucional cuando la justicia ordinaria conoce de delitos comunes cometidos en estado de sitio por los miembros de la policía, pues su juzgamiento está asignado a la jurisdicción penal militar, de conformidad con los artículos 551 y 593, ordinal 2º del Código de Justicia Penal Militar, que fueron declarados exequibles por la Corte.*
Casación. 17 de marzo de 1981. *Se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a Olivario Girava García a cinco años de presidio por el delito de homicidio y en su lugar se declara la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación y se ordena enviar el proceso a la autoridad militar correspondiente.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 120
Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía* .. 122

CAMBIO DE RADICACION. *Cuáles son sus objetivos primordiales.*
Concepto. 17 de marzo de 1981. *Se rinde* concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso adelantado en la ciudad del Socorro, contra Edgar Marín Ariza, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 123

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS. *Falsedad documental y sus elementos tipificadores; concurso de personas o coparticipación criminal, manifestaciones del uso del documento privado falso; y el daño en esta clase de ilícitos.*
Casación. 17 de marzo de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Misael Arias Rojas, Margarita Camelo Triana y José Orlando Castro a la pena principal de 2 años de prisión como responsables por el delito de falsedad en documentos.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 125

CONSULTA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. *Son consultables cuando la sanción prevista para el delito por el que se procede excede de cinco años, pues la gravedad del mismo no disminuye por la simple razón de que lo haya cometido un inimputable. La Corte reitera su doctrina.*
Casación. 20 de marzo de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Buga que impuso a José Vicente Vélez Rodríguez la medida de seguridad de la libertad vigilada por un

Pág.

término no menor de dos años por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 132

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 138

INCIDENCIA DEL VEREDICTO DEL JURADO EN LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. *La Corte ratifica su doctrina expuesta en sentencia de 25 de abril de 1977, en el sentido de que modificadas por el jurado, las modalidades del hecho contenidas en el llamamiento a juicio, es lo dicho por el Tribunal del pueblo, obligatorio para el juzgador de derecho; en consecuencia, se operó la prescripción entre el vocatorio a juicio y el momento de dictar sentencia, así debe declararse; igualmente, cuando por razón del veredicto, el auto de proceder se dictó sobre un proceso ya prescrito, por cuanto que esta providencia, en estos eventos, no impide que opere este fenómeno jurídico.* Casación. 24 de marzo de 1981. *Se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, que condenó a Emero Maldonado Camargo, por el delito de homicidio y en su lugar declara prescrita la acción penal y ordena la cesación de todo procedimiento.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 141

EL CODIGO PENAL VIGENTE FRENTE AL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 1923 DE 1978 (ESTATUTO DE SEGURIDAD). *El Congreso puede derogar o modificar la legislación expedida por el Ejecutivo durante el estado de sitio. El nuevo Estatuto Penal derogó algunas conductas reguladas por el denominado "Estatuto de Seguridad". Entre el Decreto legislativo número 1923 de 1978 y los Decretos 100, 141 y 178 de 1980, existe una sucesión o tránsito de leyes y siendo ello así, debe aplicarse el principio constitucional de favorabilidad que opera, igualmente, respecto de normas "especiales" o de excepción, ya que la Carta fundamental no impone restricción alguna a dicho principio. La Corte modifica su doctrina.*

Auto. 24 de marzo de 1981. La Corte *concede* la libertad a Edilberto Eduardo Medellín Cadena y Pedro Nain Arias Bohórquez, por pena cumplida.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 145

Pág.

Con salvamento de voto de los doctores *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras y Luis Enrique Romero Soto* 153

CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO. *Presupuestos indispensables para que sea viable la cesación de procedimiento en favor del sindicado.*

Auto. 25 de marzo de 1981. *Se niega* la aplicación del 163 del Código de Procedimiento Penal, solicitado por la apoderada del doctor Angel Barajas Borrero, ex Comisario Especial del Vichada y se ordena prosiga la investigación.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 157

REVISION. *Sustentación del recurso. La Corte reitera su doctrina en el sentido de que el actor está en obligación, vencido el término probatorio, de sustentar las causales presentadas en el escrito de la demanda, con técnica similar a la que preside la casación. Por vía de excepción, el recurrente en revisión puede ser eximido del alegato de conclusión.*

Revisión. 7 de abril de 1981. *Se niega* el recurso de revisión del proceso que culminó con la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Buga, contra Carlos E. Rendón Agudelo, por el delito de falsedad documental.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 159

PREVARICATO Y FALSEDAD IDEOLOGICA. *Cuando el perito muda la verdad en el dictamen que emite, no incurre en delito de falsedad sino de prevaricato.*

Casación. 7 de abril de 1981. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, contra los procesados Israel Lapaine Zucermán, Manuel Bass Watstein y Emilio Subbay Perea y declara la nulidad de las diligencias a partir del auto de proceder.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 161

NULIDADES DE SEDE DE CASACION. *La Corte en sede de casación debe declararlas, así no hayan sido invocadas al amparo de la causal cuarta del recurso extraordinario.*

Casación. 7 de abril de 1981. *Se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas contra

Pág.

los procesados Israel Lapeine Zuccrmán, Manuel Russ Warstein y Emilio Subbay Parra y declara la nulidad de esas diligencias a partir del auto de proceder.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* ... ... 16.

RECURSO DE CASACION. *No puede invocarse error manifiesto de derecho, cuando el juez niega la suspensión de la ejecución de la sentencia, porque la concesión de la ejecución de la sentencia, porque la concesión del subrogado se le ha dejado a su prudente juicio.*

Casación. 7 de abril de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó al procesado Jaime Guzmán a la pena principal de 24 meses de prisión como autor responsable de haber infringido la Ley 66 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 171

FALSEDAD DOCUMENTAL. *No constituye falsedad el hecho de que el funcionario judicial no esté presente en las diligencias del principio al fin.*

Auto. 21 de abril de 1981. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Cúcuta que sobreseyó definitivamente en favor de la doctora Gladis Rincón Castellanos, Juez Quinta Penal Municipal de la misma ciudad.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 175

FAVORABILIDAD. *La aplicación de la norma más favorable debe ser integral. No es permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica.*

Auto. 21 de abril de 1981. *Se niegan* las peticiones de prescripción de la acción penal y la libertad provisional formuladas por Segundo José Tránsito de las Angustias Sáenz Salas.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 177

PRESCRIPCION DE LA ACCION. *Qué se entiende por máximo de la sanción fijada en la ley.*

Auto. 24 de abril de 1981. *Se niega* las peticiones de prescripción de la acción penal y la libertad provisional formuladas por Segundo José Tránsito de las Angustias Sáenz Salas.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 177

Pág.

CONSECUENCIAS DEL SEGUNDO SOBRESEIMIENTO TEMPORAL. *Frente a un segundo sobreseimiento temporal ejecutoriado, no modificado por una nueva y definitiva calificación, no puede ni subsistir ni declararse auto de detención sino como consecuencia lógica de un auto de proceder.*

Auto. 30 de abril de 1981. La Corte *confirma* el auto del Tribunal Superior de Ibagué, que negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en pro del doctor Carlos Fandiño del Portillo, acusado del delito de concusión.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 181

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria* .. 184

LEY 52 DE 1980. INTERPRETACION DEL ARTICULO 59. *Para dar aplicación a esta norma, previamente deberá hacerse un juicio del material probatorio con el fin de determinar si hay mérito para detener. Si la respuesta es afirmativa, no es viable ordenar la cesación de todo procedimiento.*

Auto. 30 de abril de 1981. La Corte *confirma* el auto del Tribunal Superior de Ibagué que negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en pro del doctor Carlos Fandiño del Portillo, a causa del delito de concusión.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 181

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria* .. 184

TECNICA DE RECURSO DE CASACION. *Tratándose de pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador, no procede alegar error de derecho sobre la base de equivocada valoración jurídica. La Corte no puede corregir los desatos del impugnador.*

Casación. 2 de mayo de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Pedro Pablo Altamar, a 32 meses de presidio por el delito de falsedad documental.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 187

CAMBIO DE RADICACION. *Con base en conjeturas no puede ordenarse esta medida excepcional.*

Concepto. 6 de mayo de 1981. La Corte *conceptúa desfavorablemente* el cambio de radicación del proceso seguido contra Afranio Mancilla

Pág.

Regulllo, por falsas imputaciones del cual ha conocido el Tribunal Superior de Medellín.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 191

IMPEDIMENTOS. AMISTAD INTIMA. COMPULSACION DE COPIAS. *Artículo 78 numeral 5º del Código de Procedimiento Penal. No basta la simple invocación de esta causal para su reconocimiento como factor de separación; es necesario que se haga manifestación de aspectos generales que den idea de la intensidad del efecto y la trascendencia del mismo. Por otro lado, no es indispensable que se tenga la calidad de parte cuando se trata de este motivo de impedimento. La orden de compulsar copias no implica, necesariamente, la iniciación de sumario.*
Auto. 7 de mayo de 1981. *No se acepta* el impedimento manifestado por el Magistrado Edgar Saavedra Rojas para conocer de la denuncia que se formuló contra Mary Restrepo Castaño.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 194

CAMBIO DE RADICACION. *No puede ser solicitado por personas ajenas a la relación jurídica personal.*
Concepto. 7 de mayo de 1981. La Corte *se abstiene* de emitir concepto sobre cambio de radicación de este proceso, porque el solicitante carece de legitimación para obrar.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 196

UNIDAD PROCESAL. *Artículos 168 del Código de Procedimiento Penal y 321 del Código de Justicia Penal Militar. La investigación y fallo en forma separada de delitos conexos no acarrean nulidad legal ni constitucional, por tratarse de una de las excepciones al principio rector de la materia consagrado en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.*
Casación. 8 de mayo de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a 16 años de presidio a Gonzalo Rincón Gallego por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 198
Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía* .. 204

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. *El cuestionario que se somete a la consideración de los vocales, se equipara al auto de proceder del procedimiento ordinario, y no, la resolución de convocatoria a tales consejos. La Corte reitera su doctrina.*
Casación. 8 de mayo de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a 16 años de presidio a Gonzalo Rincón Gallego, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 198
Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía.* 204

JURADOS DE CONCIENCIA. *Pueden solicitar a las partes o al juez, explicaciones sobre punto que consideren oscuros, siempre y cuando no adelanten concepto sobre ellos.*
Casación. 11 de mayo de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Jorge Cajamarca Solano a 9 años de presidio por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 206

CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO. *La aplicación de esta norma es de carácter excepcional, porque ejecutoriada impide la tramitación ordinaria del proceso; por ende es absolutamente indispensable que las pruebas en que se fundan la decisión, demuestren en forma plena y completa la validad de seguir adelantando la investigación o el juicio.*
Auto. 12 de mayo de 1981. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Bogotá, que se abstuvo de dar aplicación a la dispensión del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en favor de la doctora Esperanza Castillo Ulloa, Juez Promiscuo Municipal de Silvania.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 210

CESACION DE PROCEDIMIENTO. *Los jueces de instrucción no pueden decretarla. La aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal puede ser realizada por el juez del conocimiento, ya sea a quo o ad quem, o por la Corte en sede de casación, siempre que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que dicha norma consagra.*
Casación. 13 de mayo de 1981. La Corte *declara extinguida* la acción penal por muerte del procesado y desierto el recurso de casación.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 213

LA COPARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE. *La autoría y la complicidad*

Pág.

no han desaparecido de la legislación penal actual; lo que desapareció fue la denominación de "complicidad necesaria" y "complicidad no necesaria", mas no la conducta de quien contribuye eficazmente a que otro realice un hecho punible determinado.

Auto. 14 de mayo de 1981. La Corte *declara* que los hechos materia del proceso contra la señora Beatriz Muñoz de López son constitutivos de delito y ordena proseguir la tramitación correspondiente al recurso de casación.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 216

CONFLICTOS DE COMPETENCIAS. *Para que sea viable es necesario que no se presente entre los funcionarios discrepantes, ninguna relación de subordinación.*

Auto. 14 de mayo de 1981. La Corte *se abstiene* de abrir investigación penal contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Necty Gutiérrez de Rodríguez, Mercedes Laberdor de Ospina y Heladio Mendoza y Mendoza, por los cargos que le fueron formulados.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 219

PARTE CIVIL. TITULARES DE LA ACCION. *El legislador ha establecido el derecho de acción indemnizatoria en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio, o de sus herederos.*

Auto. 14 de mayo de 1981. La Corte *rechaza* la constitución de parte civil propuesta por el doctor Fabio Enrique Lizcano Rodríguez en su propio nombre.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 224

Con salvamento de voto de los doctores *Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez y Gustavo Gómez Velásquez* 225

POTESTAD DISCIPLINARIA DE LOS JUECES. INTERPRETACION DEL ARTICULO 39 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *No toda falta cometida por los abogados debe investigarse y sancionarse por la vía del Decreto 196 de 1971. Los jueces pueden sancionarlos directa e inmediatamente, cuando les falten el debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.*

Auto. 19 de mayo de 1981. *Se confirma* la providencia del Tribunal Superior de Neiva, que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal se abstuvo de abrir investigación contra la señora Luz Marina Tovar de Zambrano, Juez Promiscuo Municipal de Tello.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 227

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES. CORRUPCION DE MENORES. *Consecuencias jurídicas del matrimonio contraído por el agente con el sujeto pasivo de la infracción penal. Modificaciones en el nuevo Código. Es causal de extinción de la acción penal y no de excepción de penal. Se extiende a todos los delitos que atentan contra este bien jurídico, excepto el procedimiento.*

Auto. 20 de mayo de 1981. *Se declara* extinguida la acción penal respecto del procesado Jesús Orlando Castaño Arcila, por cuanto la conducta por la cual fue condenado dejó de ser delito.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 230

NULIDAD CONSTITUCIONAL. *Para que prospere la nulidad, no basta la existencia de una mera irregularidad procesal. Es necesario que se afecten las formas esenciales del proceso y se conculquen las garantías del procesado*

Casación. 21 de mayo de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Cabo Primero del Ejército Nacional Pedro Chaparro Niño a la pena principal de 18 meses de arresto, como responsable del delito de abandono del puesto.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 236

PRESCRIPCION DE LA ACCION. *Para fijar el lapso de prescripción se tiene en cuenta el máximo de pena que aparezca en el tipo penal aplicable, con las adiciones y disminuciones que surjan de las circunstancias específicas de agravación o de disminución concurrentes, y no la pena que se puede aplicar en una sentencia determinada.*

Auto. 21 de mayo de 1981. *Se revoca* la providencia consultada que declaró prescrita la acción penal contra el doctor Luis A. Barba Fontalvo y se ordena que el expediente vuelva a la primera instancia para que el proceso siga su curso normal.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 239

RECUSACION. *Requisito para que pueda prosperar.*

Auto. 22 de mayo de 1981. *Se declara* infundada la recusación propuesta contra el Magistrado

Pág.

del Tribunal Superior de Quibdó, doctor Luis Ramón García, por el sindicado Gaspar Murillo Coulin.
Magistrado ponente: doctor *Alcaro Luna Gómez* 243

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. *Para que el funcionario pueda acudir a la potestad disciplinaria, se requiere que el irrespeto de que se le haga víctima, tenga relación con su investidura y con el ejercicio de sus funciones, aun cuando el actor sea ajeno a esa actividad funcional del agraviado.*
Auto. 22 de mayo de 1981. *Se revoca* el sobreseimiento temporal del Tribunal Superior de Buga en favor del doctor Félix Heraán Roldán Salcedo y en su lugar lo sobresee definitivamente y dispone que la conducta del citado doctor sea investigada disciplinariamente.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 245
Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 252

PREVARICATO. *La expresión manifiestamente contraria a la ley que utiliza el nuevo Código Penal en el tipo que describe el prevaricato, resalta el pleno conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la decisión.*
Auto. 22 de mayo de 1981. *Se revoca* el sobreseimiento temporal del Tribunal Superior de Buga en favor del doctor Félix Heraán Roldán Salcedo y en su lugar lo sobresee definitivamente y dispone que la conducta del citado doctor sea investigada disciplinariamente.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 245
Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 252

RECURSO DE CASACION. *Técnica en la presentación de la demanda.*
Casación. 26 de mayo de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas que condenó al médico Amadeo Alarcón Piedrahita como autor responsable del delito de contrabando.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 254

CAMBIO DE RADICACION. *La sola preeminencia social de los sindicados no es motivo suficiente para el cambio de radicación. Es necesario que ella influya en la recta administración de justicia.*
Concepto. 26 de mayo de 1981. *Se rinde* concepto desfavorable sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta en la ciudad de Santa María, contra el doctor Alfonso Ibarra Arregocés por el delito de falsedad en documentos.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 254

Pág.

CAMBIO DE RADICACION. *Las informaciones periodísticas afectan el ambiente social de un lugar, cuando en forma más o menos constante ejercen presión sobre los funcionarios con el fin de inclinar sus decisiones en un determinado sentido.*
Concepto. 26 de mayo de 1981. *Se rinde* concepto desfavorable sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra el doctor Alfonso Ibarra Arregocés por falsedad en documentos.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 257

RECURSO DE REPOSICION. *Su finalidad es buscar que el juzgador corrija sus propios errores. No es procedente cuando el recurrente pretende corregir los errores en que él incurrió.*
Auto. 2 de junio de 1981. *Se repone* el auto recurrido para que el Magistrado comisionado reciba declaración jurada al señor Gustavo Cotes sobre lo que le conste en relación con los hechos investigados.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 260

NULIDAD SUPRALEGAL. DERECHO DE DEFENSA. *Omitir la práctica de pruebas es causal de nulidad por quebrantamiento del derecho de defensa, únicamente en el evento de que ellas sean esenciales para modificar la situación jurídica del procesado.*
Casación. 2 de junio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Diego Enrique Posada Ruiz a la pena principal de tres años de presidio como autor del delito de circulación de moneda falsa.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 262

DERECHO DE DEFENSA. *La práctica de cargos en el proceso es facultativa. Al prescindirse de ellos no se incurren en informalidad. El abogado defensor cuenta con amplias facultades para concretar la labor de defensa.*
Casación. 2 de junio de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Luis Alfonso Suárez Manjarrés o

Pág.

Gustavo Pérez Montoya a 16 años y 8 meses de presidio por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 262

NULIDAD POR ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. *Cuando la nulidad invocada proviene de error de derecho en la apreciación de las pruebas, o de error de hecho manifiesto, la alegación debe hacerse bajo el ámbito de la causal cuarta de casación.*
Casación. 2 de junio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Luis Alfonso Suárez Manjarrés o Gustavo Pérez Montoya a la pena de 15 años de presidio por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 205

VEREDICTO MULTIPLE. *La contradicción debe buscarse en los propios términos del veredicto. Por excepción puede admitirse entre dos respuestas del jurado. Existiendo coautoría en la comisión de un hecho punible, bien puede el jurado afirmar responsabilidad para un coautor, y negarla para el otro, sin incurrir en contradicción.*
Casación. 2 de junio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Luis Alfonso Suárez Manjarrés o Gustavo Pérez Montoya a la pena de 16 años de presidio, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 269

FUNCIONARIO COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE LA EXTINCION DE LA PUNIBILIDAD. *Interpretación del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al juez de primera instancia, cuando se está en presencia de una sentencia ejecutoriada. De lo contrario, debe hacerlo quien tenga en ese momento a su conocimiento, el negocio.*
Casación. 2 de junio de 1981. La Corte *declara* que los hechos investigados en este proceso no son constitutivos de delito y por lo tanto ordena que cese todo procedimiento contra Luis Evelio Villada Quintero.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 271

PREVARICATO. *Cuando el punto se presta a diversas interpretaciones jurídicas, a coger posición distinta a la del superior jerárquico, no es comportamiento que implique de por sí actividad ilícita. Concurso entre falsedad en títulos-valores y estafa.*
Auto. 4 de junio de 1981. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Barranquilla que se abstuvo de abrir investigación contra el doctor Julián Uribe Ospina.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 274

RECURSO DE CASACION. PROCEDENCIA POR EL FACTOR PUNITIVO. *Sucesión de leyes en el tiempo. No pueden invocarse al mismo tiempo los dos estatutos sustanciales, para imponer la pena conforme a uno de ellos, y conceder el recurso de casación de acuerdo con la sanción establecida en el otro. La aplicación de la ley debe ser integral; no se puede hacer combinaciones.*
Auto. 4 de junio de 1981. *Se declara* inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria que impuso a José Joaquín Forero, por el delito de falsas imputaciones dos años de prisión.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 277

CULPABILIDAD. *En el Código Penal de 1936, la culpabilidad se cimentaba en factores principalmente objetivos del comportamiento humano; en el Código Penal de 1980, se prohibe expresamente toda forma de responsabilidad objetiva.*
Auto. 4 de junio de 1981. *Se confirma* la sentencia apelada del Tribunal Superior de Cúcuta, que absolvió al doctor Germán Jesús Parada Jaimes, ex Juez Promiscuo Municipal de Villa Caro.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 279

NULIDAD. *Finalidades de la nulidad. No debe decretarse cuando exista otra solución procesal para legalizar la actuación; solución que podría ser la de dar aplicación del artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, en el caso de que el agente hubiera sido llamado a juicio por dos delitos, uno de los cuales ya se encontraba prescrito en el momento de la calificación sumaria.*
Auto. 5 de junio de 1981. *Se revoca* el auto apelado, del Tribunal Superior de Pasto, por medio del cual se decretó la nulidad de lo actuado en el proceso contra el doctor Libardo Guerre-

Pág.

ro Muñoz; con el fin de que el Tribunal de Pasto que conoce de este asunto se pronuncie en definitiva sobre los ilícitos atribuidos al mencionado doctor, ex Juez Segundo Civil del Circuito de esa ciudad.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 284

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION DE DENUNCIA. IMPUTACIONES. *El abuso de autoridad a que se refiere el artículo 158 del nuevo Código Penal, sólo se refiere a la omisión de denunciar los delitos. No es responsable quien denuncia un hecho como delito y se establece posteriormente que no existió tal hecho o que no constituía delito. Basta que la situación denunciada tenga la apariencia de hecho punible y razonablemente se crea en su existencia.*
Auto. 9 de junio de 1981. La Corte se abstiene de abrir investigación por no estar previstas como infracciones las conductas atribuidas al Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Hernando Figueroa Becerra.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 287

DETENCION PREVENTIVA. *Finalidades. Los términos para resolver situación jurídica son perentorios, so pena de incurrir en detención arbitraria.*
Auto. 10 de junio de 1981. *Se confirma* la providencia del Tribunal Superior de Montería que se abstuvo de abrir investigación contra los doctores Guillermo Alvarez Machacón, e Ismael Valverde Ayaso, Jueces Tercero Penal del Circuito y Dieciséis de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 291

CAUSALES DE RECUSACION. *Su regulación es taxativa. No es dable aplicar las causales de unos Códigos a los otros, ni extender las establecidas en cada uno de ellos por vía de analogía.*
Auto. 10 de junio de 1981. *Se declara infundada* la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, doctor Pablo Barón Garavito.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 296
Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria* .. 297

Pág.

RECURSO DE REVISION. *La revisión no constituye nueva oportunidad para controvertir la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia.*
Auto. 12 de junio de 1981. *Se niega* la revisión del proceso que culminó con la sentencia condenatoria proferida contra José Argemiro Palacio, por tentativa de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 298

AUTO INHIBITORIO. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. *El auto inhibitorio procede por causales de inculpabilidad. No puede afirmarse que toda decisión revocada genera nulidad penal para quien la profirió.*
Auto. 18 de junio de 1981. La Corte se abstiene de iniciar sumario al doctor Aníbal Martínez Zuleta, Contralor General de la República, por no existir mérito para ello.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 301
Con salvamento de voto de los doctores *Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria* 302

NULIDAD. DEFINICION Y CLASIFICACION.
Casación. 15 de junio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, que condenó a José Antonio Monsalve Daza y a Rodolfo Antonio Vásquez, por los delitos de homicidio y robo.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 305

HOMICIDIO AGRAVADO. *Existen diferencias entre la muerte que se ocasiona a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad y la que se realiza abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido.*
Casación. 15 de junio de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a José Antonio Monsalve Daza y a Rodolfo Antonio Vásquez, por los delitos de homicidio y robo.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 305

ACUMULACION DE PROCESOS. *Es jurídicamente posible decretar la acumulación de un proceso en el que se ha llamado a juicio a un sindicado, con otro en el que se ha tomado igual determinación respecto del mismo procesado por*

Pág.

delito distinto, y en el que además, se dispuso sobreseer temporalmente a otro sindicado.
Casación. 15 de junio de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a José Antonio Monsalve Daza y a Rodolfo Antonio Vásquez, por los delitos de homicidio y robo.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 305

CESACION DE PROCEDIMIENTO. *La Corte tiene competencia para decidir en sede de casación solicitud de casación de procedimiento.*
Auto. 15 de junio de 1981. La Corte dispone la casación de procedimiento contra el procesado Hugo Fernando Ospina Gaitán, en relación contra el procesado Hugo Fernando Ospina, en relación con la causal número 7771 y se niega la cesación en cuanto a los demás procesos acumulados a éste.
Magistrado ponente doctor *Alfonso Reyes Echandía* 310

ESTRUCTURA DEL DELITO. *La concepción finalista de la acción no tiene cabida en nuestro ordenamiento penal.*
Auto. 15 de junio de 1981. *Se confirma* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, que sobreseyó definitivamente en favor del doctor José Luis Quintero Milanés, por los hechos que se le imputan.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 313

VEREDICTO RESPUESTA DE JURADO. *Cuando el veredicto es mayoritario, dos de los jurados deben emitir una sola respuesta. Sin embargo, la multiplicidad de respuestas individuales no engendra nulidad, cuando ellas pueden ser apreciadas por el juez para deducir mayoría.*
Casación. 16 de junio de 1981. *Se casa* la sentencia impugnada y en su lugar se condena a Severiano Gaitán Rivera a 3 años y 8 meses de presidio por homicidio, al pago de los perjuicios civiles ocasionados por la infracción. Finalmente se decreta la libertad provisional por pena cumplida, mediante una casación.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 316

CONDUCTA ANTIJURIDICA. *No basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma. Es necesario establecer la lesión o el peligro potencial injustificado del bien jurídico tutelado.*

Pág.

Auto. 16 de junio de 1981. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Quibdó, que sobreseyó temporalmente en favor del doctor Tito Díaz Alguén, Juez Primero Superior de ese Distrito.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 319

PREVARICATO. *El nuevo tipo penal que describe esta figura delictiva, no contiene ningún elemento subjetivo. Para que se estructure el ilícito, es necesario que exista ostensible contradicción entre la resolución o dictamen y las normas de derecho aplicables en cada caso.*
Auto. 16 de junio de 1981. La Corte *se abstiene* de abrir investigación contra el doctor César Pompeyo Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 321

VERIFICACION DE CITAS DEL INDAGADO. ARTICULO 332 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *El incumplimiento de este deber procesal, puede generar nulidad por quebrantamiento del artículo 26 de la Corte.*
Casación. 16 de junio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Ciro Alberto Muñoz Mora, junto con José Alberto Camargo Vargas, a la pena principal de 36 meses de prisión como coautores responsables de un delito de robo.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 325

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *Es necesario demostrar que a consecuencia de error de derecho o de hecho que aparezca manifiesto en los autos, sufrió quebranto la ley penal sustancial.*
Casación. 16 de junio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Ciro Alberto Muñoz Mora, junto con José Alberto Camargo Vargas, a la pena principal de 36 meses de prisión como coautores responsables de un delito de robo.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 325

LA ENEMISTAD GRAVE COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *Artículo 78, numeral 9º del Código de Procedimiento Penal. En repetidas oportunidades la Corte ha aceptado que el impedimento es procedente, cuando es el mismo funcionario quien manifiesta experimentar tal*

Pág.

perturbación de ánimo en contra de una de las partes intervinientes en el proceso, que le impida obrar con la serenidad e imparcialidad que requiere el juzgador.
Auto. 17 de junio de 1981. La Corte *declara* fundado el impedimento manifestado por el doctor Luis Heli Rubio Sandoval, Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta, para conocer del negocio que se adelanta contra el doctor Juan Ayala Rodríguez, ex Juez Diecisiete de Instrucción Criminal.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 329

RECURSO DE CASACION. *Procedencia por el factor punitivo. Tránsito de legislación. No es posible invocar la aplicación de la ley vigente para efectos de la imposición de la pena, y la ley derogada para establecer la procedencia del recurso extraordinario.*
Auto. 24 de junio de 1981. La Corte repone el auto recurrido de 4 de junio de 1981, por el cual se declaró inadmisible el recurso de casación.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 332

FALSEDAD DOCUMENTAL. *Las copias de las comunicaciones u oficios que libran los jueces a otros funcionarios o a particulares, son verdaderos documentos públicos. Y por ende quien los toma para impedir su ... adecuado y oportuno, comete delito de falsedad documental por ocultación, punible tanto bajo el anterior Código Penal, como en el vigente (artículo 288).*
Auto. 24 de junio de 1981. *Se confirma* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, que sobreseyó temporalmente, por segunda vez, en favor de Alfredo Muncher Carabello.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 334
Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 336

VEREDICTOS. *El juez goza de razonable amplitud para analizar e interpretar las respuestas del jurado.*
Casación. 25 de junio de 1981. *No se casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por la cual condenó a Heliodoro Díaz Bello y Lupercio Díaz Bello a la pena de 12 y 8 años de prisión, por el delito de homicidio, el primero y, tentativa de homicidio el segundo.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 339

FORMULACION DE CUESTIONARIOS. *No hay lugar a nulidad de la actuación, si en los cuestionarios se hacen, a veces para mayor precisión y claridad, alusiones incidentales a asuntos jurídicos que han sido suficientemente explicados en el auto de proceder y que no dan campo a interpretaciones equívocas, ni estorban la defensa, ni constriñen la voluntad de los jurados, ni dificultan la respuesta que éstos tengan a bien expresar.*
Casación. 25 de junio de 1981. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Heliodoro y Lupercio Díaz Bello a las penas de 12 y 8 años de prisión respectivamente, por el delito de homicidio al primero y homicidio frustrado al segundo.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 339

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Objeto del recurso. Violación indirecta, aparte 5ª, del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Error de derecho en la apreciación de la prueba.*
Casación. 4 de julio de 1981. *Desecha* el recurso de casación interpuesto por Pedro Arturo Cruz Martín.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 349

COLISION DE COMPETENCIAS. FACTOR TERRITORIAL. *Antiguo Decreto 1135 de 1970 y artículo 887 del Código Penal de 1980. Qué se entiende por "transferir" y por "emitir". La competencia para conocer del giro irregular de cheques, se fija con base en el lugar donde se hizo entrega del título valor y su cuantía, en razón a que este delito incluido en el título de los delitos contra el patrimonio económico.*
Auto. 7 de julio de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Jueces Penales del Circuito de Mompós, y Magangué, en las diligencias seguidas contra Horacio Pérez Vergara, asignándole la competencia al Juzgado Penal Municipal de Mompós.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 353

LA OPINION JUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *La opinión impediente a que se refiere el artículo 78 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal es la que se lanza fuera del proceso y que tiene además, por sí misma, fuerza vinculante.*
Auto. 7 de julio de 1981. *Declara* infundada la recusación formulada al doctor Luis Ramón Gar-

Pág.

no Horazo, Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 356

FAVORABILIDAD. *Un hecho deja de ser legalmente considerado como infracción penal cuando determinada conducta humana subsumible en tipo penal de ley vigente cuando el hecho se cometió, es suprimida del elenco de los comportamientos punibles en la normatividad jurídica posterior. No ha de tratarse, desde luego, de un simple cambio del nomen juris de la infracción.*

Auto. 7 de julio de 1981. *Niega* la cesación de procedimiento solicitada por el condenado José Daniel Bolívar Insignares.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 358

PARTE CIVIL. *No siempre que se comete un delito, se ocasiona necesariamente perjuicios materiales o morales. No hay disposición alguna en el Código de Procedimiento Penal Colombiano, que obligue al perjudicado con el delito a constituirse en parte civil, y si lo hace, ha de declararse siempre material y moralmente afectado.*

Auto. 14 de julio de 1981. *Confirma* el auto que se abstuvo de abrir proceso penal contra el doctor Julián Urbina Ospino, Juez Tercero Superior de Barranquilla.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 361

ERROR EN LA TECNICA DE RECURSO DE CASACION. *No cabe alegar violación indirecta en los juicios con intervención del jurado, por cuanto que en sede de casación no es dable desconocer los elementos de valoración que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para emitir su veredicto; además, porque de prosperar la censura, la Corte tendría que entrar a reemplazar la sentencia, lo que implicaría proferir fallo en desacuerdo con el veredicto del jurado. La Corte reitera su doctrina.*

Casación. 15 de julio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Luis José Vásquez Oviedo, por el delito de homicidio.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 363

DETENCION ARBITRARIA Y PROLONGACION INDEBIDA DE LA LIBERTAD. DETENCION DE PERSONAS QUE HAN DEPUESTO EN EL PROCESO COMO TESTIGOS Y LUEGO ADQUIEREN LA CALIDAD DE SINDICADOS. *Diferencias entre estas dos figuras. No es extraño al decurso procesal que un testigo se convierta más tarde en sindicado. No incurre en delito el funcionario que ordena privar inmediatamente de la libertad a quien ha declarado en versión jurada, con el propósito de vincularlo al proceso mediante indagatoria, al considerar después de la declaración que existe mérito suficiente para ello. Cómo deben contarse los términos para resolver situación jurídica.*

Auto. 16 de julio de 1981. *Revoca* el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Quibdó, contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, ex Juez Promiscuo del Circuito de Istmina y lo sobresee definitivamente.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 367

INEXISTENCIA DE PROVIDENCIA JUDICIAL. *No es posible predicar inexistencias de las decisiones emanadas de la Sala de Casación Penal por la circunstancia de faltar la firma de dos Magistrados, por cuanto que ellas se toman por mayoría absoluta de sus integrantes.*

Auto. 21 de julio de 1981. *Deniega* el recurso de hecho interpuesto por el procesado Efraín Silva Garzón, contra el auto que negó la apelación.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 370

VEREDICTO. *La decisión del jurado de conciencia goza de una especie de presunción legal, a la que no puede oponerse por los jueces de derecho sino la declaratoria de contraevidencia, sólo posibles en la instancia y absolutamente ajena, por tanto, al recurso extraordinario de casación.*

Casación. 21 de julio de 1981. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cali, contra Luis Alfonso o Carlos Alberto Fernández Arango, por los delitos de homicidio y robo.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 372

Pág.

REBAJA DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO. LEY 32 DE 1971. *No ha sido derogada ni expresa ni tácitamente con la expedición del nuevo Código Penal.*
Auto, 27 de julio de 1981. Concede el beneficio impetrado por la procesada Ida Murillo de Sotomayor.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 376

CAMBIO DE RADICACION. *Causas que lo justifican. En todo proceso es necesario que los asociados tengan la confianza y seguridad que nada distinto a la imparcialidad más estricta debe determinar la decisión de los jueces. No es suficiente que la sentencia sea justa, sino que se crea por los asociados que el juzgamiento también lo es.*
Concepto 28 de julio de 1981. Emitido favorablemente en las diligencias seguidas contra los doctores Regina Luz Dorado Mesa y Renata Susemana Levin.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 380

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *Artículo 78, causal 3ª. No constituye opinión y por lo tanto no es causal de impedimento, la declaración testimonial del funcionario sobre hechos objetivamente perceptibles por éste.*
Auto, 28 de julio de 1981. No acepta el impedimento propuesto por la Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, doctora Alix Cecilia Daza de Díaz.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 384
Salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Luis Enrique Romero Soto* ... 385

VIOLACION INDIRECTA. TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. *Es necesario demostrar en forma precisa el error de hecho o de derecho, y su incidencia en el fallo de condena.*
Casación, 28 de julio de 1981. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Alfonso Marín Marín, procesado por infracción al Decreto 1188 de 1974.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 387

CESACION ESPECIAL DE PROCEDIMIENTO. *Artículo 5º de la Ley 32 de 1980. La indagatoria es el momento de efectiva vinculación del acusado al proceso, y no las ampliaciones de la misma, las cuales no pasan de ser un complemento de la primera, por ende, el término señalado en el artículo 5º de la Ley 32 de 1980, se debe contar desde la fecha en que se escuchó al sindicado por primera vez en indagatoria.*
Auto, 29 de julio de 1981. *Revoca* el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en favor de Nevardo de Jesús Tirado Sánchez y da aplicación al artículo 5º de la Ley 32 de 1980.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 391
Con salvamento de voto de los doctores *Dante L. Fiorillo Porras y Alfonso Reyes Echandía.* 394

POLICIA JUDICIAL. VERSION DEL PROCESADO. *Artículo 280 del Código de Procedimiento Penal. No existe norma que exija que el procesado, al rendir su versión libre y espontánea ante la policía judicial, deba estar, necesariamente, asistido por apoderado.*
Auto, 30 de julio de 1981. *Se abstiene* de iniciar sumario contra el Procurador Regional de Sucre.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 395

EXAMEN MEDICO PSIQUIATRICO DEL PROCESADO. *No puede decretarse con base en simples conjeturas, sobre el trastorno mental del acusado.*
Casación, 30 de julio de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, contra Plutarco Guerrero Leal, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 397

VEREDICTOS MULTIPLES. *Diferencias entre el veredicto contradictorio y el contraevidente. Por regla general no puede predicarse contradicción o inexistencia entre respuestas de un veredicto múltiple.*
Casación, 30 de julio de 1981. *No casa* la sentencia que por el delito de homicidio profirió el Tribunal Superior de Bogotá, contra Pedro Vega Barragán.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 400
Con salvamento de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 402

Pág.

DERECHO DE DEFENSA. *Esta nulidad sólo es procedente en ausencia de una verdadera función defensiva, que no se presenta cuando, por ausencia transitoria del defensor, el procesado es asistido por persona legalmente hábil, que desempeña a cabalidad su cometido.*

Casación. 30 de julio de 1981. *Deseche* el recurso de casación interpuesto por el procesado Fabio Sarín Urrea Beltrán.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* 404

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Y. y Alfonso Reyes Echandía* 408

RESERVA SUMARIAL. *Sólo opera contra los eventos en que se haya iniciado investigación penal.*

Auto. 4 de agosto de 1981. *Se abstiene* de abrir investigación contra los Magistrados del Tribunal Superior de Cúcuta.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 409

INEXISTENCIA DEL DELITO POR CAMBIO DE LEGISLACION. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. *Sólo cuando el nuevo Código Penal ha suprimido por entero la incriminación o mudado radicalmente su tipificación, agregando elemento que antes no se tenían en cuenta, es factible la declaratoria de inexistencia del delito.*

No hay delito de prevaricato cuando el tema material de la providencia ofrece encontradas interpretaciones y el Juez o el Tribunal se inclinan, motivadamente, por una de ellas.

Auto. 4 de agosto de 1981. *Se abstiene* de abrir proceso penal contra los Magistrados doctores Luis Peñaranda Stegman y Esteban Páez Polo, del Tribunal Superior de Barranquilla.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 413

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD POR SUPRESION DE DELITO. *El simple cambio de denominación jurídica no le quita el carácter de delictuosa a un hecho, si éste se conserva estructuralmente idéntico en las nuevas disposiciones.*

Auto. 5 de agosto de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Jueces Primero Promiscuo del Circuito de Arauca y Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, en las diligencias seguidas contra Bautista Omaña, asignándole la competencia al de Arauca.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 414

LIBERTAD PROVISIONAL. *No basta que se acrediten los requisitos objetivos para su consecución pues, además, debe establecerse que el reingreso del reo a la sociedad puede hacerse sin el riesgo de que incurra en nuevo delito.*

Auto. 5 de agosto de 1981. *Niega* el beneficio impetrado por la procesada Angela Mercedes Marín Garcín.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 416

ACTUACION PROCESAL. *Trámite de la solicitud de excarcelación. Es inmediato y su resolución tiene prelación sobre cualquiera otra solicitud, so pena de incurrir en la violación de la ley penal.*

Auto. 6 de agosto de 1981. *Confirma* el auto inhibitorio proferido por el Tribunal Superior de Pereira en pro del doctor Arturo Gómez Aguirre, Juez Tercero Superior.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 418

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION. *El Contralor General de la República no está obligado a constituirse en parte civil en todos los procesos que se adelanten por el delito de peculado, pues la ley, apenas, lo faculta para tomar esa determinación.*

Auto. 5 de agosto de 1981. *Ordena* el archivo de procedimiento en las diligencias seguidas contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 421

FRAUDE MEDIANTE CHEQUE. *Criterios para determinar la competencia en esta clase de infracciones.*

Auto. 5 de agosto de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Buga y el Segundo Penal del Circuito de Palmira, en las diligencias seguidas contra Fulvio Cifón Zertuche, asignándole la competencia al de Buga.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 424

Pág.

COSA JUZGADA. *Pese a que el Código Penal actual (artículo 98) no aclara la extensión que contemplo el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal, la Corte considera que sigue vigente el principio de cosa juzgada para los casos en que se haya proferido sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento.*
Auto. 5 de agosto de 1981. *Confirma* el auto inhibitorio proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en pro del doctor Víctor Manuel Guerra Martínez, Juez Primero Penal Municipal de Fontibón.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 427

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *La causal tercera de recusación de que trata el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es aplicable al Juez o Magistrado que esté unido al Fiscal por el parentesco señalado en la norma, en razón a que la actuación del agente del Ministerio Público puede equipararse a la de los apoderados o defensores.*
Auto. 6 de agosto de 1981. *Declara* fundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Luis José Mojica Niño, en las diligencias seguidas contra Francisco Gallardo Vargas.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 429

SUSTITUCION DE PRESIDIO EN PRISION. *Artículos 41 y 577 del Código Penal no se trata de conversión de penas, sino de cambios de denominación por haber desaparecido la llamada pena de presidio.*
Auto. 10 de agosto de 1981. *Niega* el beneficio invocado por el procesado Heliodoro Díaz Bello.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 431

CAMBIO DE RADICACION. *En qué casos las informaciones periodísticas pueden motivar el cambio de radicación de un proceso.*
Concepto. 11 de agosto de 1981. *Desfavorable* en las diligencias adelantadas contra Eduardo Angarita Niño.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 432

LA OMISION DE EXAMEN PSIQUIATRICO A SUJETO IMPUTABLE GENERA NULIDAD SUPRALEGAL. *Cuando a sujeto imputable por trastornos mentales, no se le practica examen psiquiátrico y se adelanta en su respecto proceso con jurados, se incurre en nulidad constitucional, no así cuando en el decurso de la actuación procesal no se evidenció ninguna alteración psicosomática que impusiera su reconocimiento médico.*
Casación. 11 de agosto de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Gloria Mercedes Hernández de Vásquez, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 436

PRUEBA DE LA CALIDAD DE EMPLEADO OFICIAL. *La calidad de empleado oficial puede acreditarse por medio de probatorios distintos a la copia del acta de nombramiento, acta de posesión y certificación de estar desempeñando al cargo al tiempo de la infracción.*
Auto. 11 de agosto de 1981. *Revoca* la declaratoria de prescripción respecto del delito de abuso de autoridad, y *confirma* el llamamiento a juicio por el delito de falsedad contra el doctor Mario Marceno Reales y lo llama a juicio por peculado.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 440

COMPETENCIA POR RAZON DEL TERRITORIO. *Cómo se establece.*
Auto. 11 de agosto de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Juzgados Primero Superior de Palmira y Veinticinco Superior de Bogotá, en las diligencias seguidas contra Luz María Ortiz Alarcón, asignándole la competencia al Veinticinco.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 445

COMPETENCIA. *Factores que la determinan en el campo penal militar, la comisión transitoria no afecta a la competencia funcional (artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar), lo que ocurre, en cambio, cuando aquella es permanente. Incidencia de la dependencia jerárquica en la fijación de la competencia de la dependencia jerárquica en la fijación de la competencia en el campo militar.*
Auto. 26 de agosto de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre la Ayudantía General del Comando General de las Fuerzas Militares y el Comando del Batallón número 1 de Policía Militar, en las diligencias seguidas contra Indalecio

Pág.

Báez Valderrama, asignándole la competencia al primero.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 447

FALSEDAD DOCUMENTAL. EMERGENCIA JUDICIAL. LEY 23 DE 1980. *Los documentos nulos pueden ser objeto material de un delito de falsedad. Los dos años a que se refiere el artículo 5º de la Ley 23 de 1980 se cuentan a partir de la primera indagatoria y no con base en las aplicaciones posteriores de la misma.*
Auto. 21 de agosto de 1981. *Revoca* el sobreseimiento definitivo proferido en pro del doctor Carlos Barros Salgado, y de aplicación al artículo 5º de la Ley 23 de 1980.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 451
Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 453

CAMBIO DE RADICACION. *La conmoción colectiva no es síntoma de un entorpecimiento de la justicia, sino de la existencia de una capacidad moral para reaccionar ante sucesos reprochables, y esto no puede mirarse como defecto o vicio sino como virtud y factor recomendable.*
Concepto. 26 de agosto de 1981. En forma desfavorable en las diligencias seguidas contra Jorge Luis Cano Giraldo y otros.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 454
Con salvamento de voto de los doctores *Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto y Darío Velásquez Gaviria* 455

TITULOS VALORES. *Conforme al nuevo Código Penal, tienen la naturaleza de documentos privados. Aplicación del principio de favorabilidad en relación con el Estatuto Penal anterior que asimilaba los títulos-valores a documentos públicos.*
Casación. 28 de agosto de 1981. *Casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, que absolvió a Argent Maloof de Sliba del delito de uso de documento privado, falsificado y declara nulidad.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 458

CONCURSO DE DELITOS. NULIDAD. *Cuando el juzgador deja de considerar un extremo de la conducta delictuosa en un concurso de tipos, no puede afirmarse la existencia de nulidad por errónea calificación, de conformidad con el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.*
Casación. 28 de agosto de 1981. *Casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla que absolvió a Argent de Sliba del delito de uso de documento privado falsificado, y declara nulidad.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 458

LIBERTAD CONDICIONAL. *Para conceder la libertad condicional, o una libertad provisional con fundamento en ella, no basta solamente el presupuesto cronológico, sino que es necesario un análisis de la personalidad y antecedentes de quien la solicita.*
Auto. 1º de septiembre de 1981. *No repone* el auto por medio del cual se negó la libertad provisional a José Segundo o Segundo José Tránsito de las Angustias Sáenz Salas.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 465

INDAGACION PRELIMINAR. *En esta etapa no existen partes procesales.*
Auto. 1º de septiembre de 1981. *Deniega* los pedimentos elevados por el apoderado del doctor César Romero Salazar por no existir en la actualidad sumario sino diligencias preliminares.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 469

VEREDICTOS. *En los juicios con jurados no cabe acusar a la causal primera, cuerpo segundo del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.*
Casación. 1º de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia condenatoria que por el delito de homicidio profirió el Tribunal Superior de Medellín, contra Jesús María Zapata González y Manuel Antonio Rodríguez Estrada.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 471

NULIDAD POR INDEBIDA REDACCION DEL AUTO DE PROCEDER. *El juzgador está obligado a calificar las pruebas sobre el cuerpo de delito y sobre la responsabilidad del procesado. La omisión de este deber, acarrea nulidad constitucional.*
Casación. 1º de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior

Pág.

de Pereira que condenó a Abadía Ruiz Giraldo o Alberto Abadía Ruiz, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 476

FACULTADES DEL JUEZ DURANTE LA AUDIENCIA PUBLICA. *El juez puede tomar las medidas necesarias para evitar que las partes distorsionen el contenido de las providencias dictadas en el proceso.*
Casación, 1º de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira que condenó a Abadía Ruiz Giraldo o Alberto Abadía Ruiz, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 476

IMPEDIMENTOS. *A pesar de la posición especial que ofrece el Ministerio Público dentro del proceso, no puede negarse a éste la condición de parte o interviniente y, por tanto, la existencia respecto de él de la causal de recusación del numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.*
Auto. 1º de septiembre de 1981. *Acepta* el impedimento invocado por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Luis Mojica Niño, en las diligencias seguidas contra Florentino Torres Sarabria.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 479

CONTRABANDO POR LAS ADUANAS. *El delito de contrabando por las aduanas no exige la prueba previa de las falsedades cometidas, ni su reconocimiento por la autoridad aduanera. Análisis estructural de esta infracción los bienes jurídicos tutelados.*
Casación, 2 de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Antonio Orozco Osorio por contrabando.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 481

COLISION DE COMPETENCIAS. *Es necesario que exista desacuerdo entre los varios jueces o Tribunales, sobre a cuál de ellos corresponde el conocimiento del asunto.*
Auto. 3 de septiembre de 1981. *Se abstiene* de decidir sobre el asunto en las diligencias seguidas contra Gustavo Ebrat Zapata.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 493

Pág.

PREVARICATO. *Las equivocaciones judiciales no configuran delito sino cuando son el resultado de la conciencia y la voluntad de obrar contra derecho.*
Auto. 3 de septiembre de 1981. *Revoca* el auto apelado y consiguientemente la detención preventiva contra la doctora Ligia Pachón de Miranda. Declara la prescripción en lo que respecta al tercer cargo y ordena compulsar unas copias.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 495

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. *Es indispensable demostrar las razones que imponen el cambio.*
Concepto. 7 de septiembre de 1981. *Emite* concepto desfavorable al cambio de radicación en las diligencias seguidas contra Segundino Herrera Rodríguez.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 498

RECURSO DE REPOSICION. PUNTOS NUEVOS QUE ADMITEN RECURSO. *Artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. Los puntos nuevos mencionados en esta norma se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el juez en la parte resolutiva y no a las nuevas argumentaciones dadas por éste para mantener la decisión recurrida.*
Auto. 8 de septiembre de 1981. *Deniega* el recurso de reposición impetrado contra el auto de 20 de agosto.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 499

DELITO DE PECULADO. *Las facultades de manejo en el empleado público, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. El bien jurídico tutelado en esta clase de infracciones. El daño o perjuicio material no es elemento constitutivo de este tipo penal.*
Casación, 8 de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Alirio Octavio Soloraa González por el delito de peculado.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 500

HURTO Y ABUSO DE CONFIANZA. *Si la cosa apropiada se encontraba bajo el cuidado del sujeto activo en virtud de una relación de presen-*

Pág.

tación de servicios, se estructura un delito de hurto y no de abuso de confianza.
Auto, 8 de septiembre de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Medellín y Décimo Penal del Circuito de Cali, en las diligencias seguidas contra Luis Fernando Morero Arango, asignándole la competencia al de Cali.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 505

ABUSO DE CONFIANZA. *Cuándo y dónde se consuma.*
Auto, 8 de septiembre de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Jueces Primero Penal Municipal de Itagüí (Antioquia) y Penal Municipal de Samaná (Caldas), en las diligencias seguidas contra Hugo Muñoz González, asignándole la competencia al de Itagüí.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 507

COMISION DURANTE LA ETAPA DEL JUICIO. NULIDAD. *Los jueces no pueden comisionar en esta fase del proceso, salvo para la práctica de pruebas de su sede.*
Auto, 8 de septiembre de 1981. *Decreta* la nulidad de lo actuado a partir del auto de 28 de agosto de 1980, en las diligencias seguidas contra los Doctores Stella Andrade Andrade y Aldemar Oliveros.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 509

AMNISTIA. *Aspectos procesales de la Ley 37 de 1981, sobre amnistía. Las dos diferentes situaciones contempladas en la ley, respecto de sus eventuales beneficiarios están regulados por procedimientos diversos, cada uno de ellos de obligado cumplimiento, cuáles son los trámites en cada caso.*
Auto, 8 de septiembre de 1981. *Se abstiene* de conocer sobre la providencia que no accedió a conceder la amnistía solicitada por León de Vivas Viera.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 512

NULIDAD SUPRALEGAL. *En qué consisten las formas del juicio. La inobservancia de los artículos 70 y 71 del Decreto 1288 de 1974, no viola el derecho de defensa del procesado, si por otra parte, la materialidad del hecho y la imputabilidad y responsabilidad del procesado se probaron plenamente a lo largo del sumario y del juicio.*
Casación, 9 de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Arturo Jaime Gutiérrez Solano, por infracción del Decreto 1188 de 1974.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 514

CAMBIO DE RADICACION. *Es necesario demostrar la necesidad del cambio. No basta exponer simples suposiciones o vagos temores subjetivos, como fundamento de la solicitud.*
Auto, 9 de septiembre de 1981. *Se emite* concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado por el Agente Especial del Ministerio Público del negocio que cursa en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ibagué, contra Luis Alfredo López Ospina, por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 519

PARTE CIVIL. *Personería para recurrir en casación.*
Auto, 15 de septiembre de 1981. *Declara* ajustada a derecho la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Saúl Navarro Vergara. Rechaza la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil.
Magistrado ponente doctor *Alfonso Reyes Echandía* 521

RECUSACION. *Recusación de juez colegiado. Cómo debe tramitarse.*
Auto, 15 de septiembre de 1981. Se abstiene de conocer la situación planteada por los Magistrados recusados (doctores Pantaleón Mejía, Jorge Ortiz Rubio y Dídimo Páez Velandia).
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 522

MUERTE DEL PROCESADO. *Cómo se acredita dentro del proceso.*
Auto, 15 de septiembre de 1981. *Declara* extinguida la acción penal contra Marco Antonio Cadena Buitrago.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 524

PREVARICATO POR OMISION. *La formal omisión en que incurre un funcionario, no configura prevaricato; para que así ocurra es necesario que se vulnere el bien jurídico de la administración pública.*

Pág.

Auto. 17 de septiembre de 1981. *Confirma* el auto inhibitorio proferido en pro de la doctora Fanny Jáuregui de Manzilla, Juez Promiscuo de Menores de Cúcuta.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 526

CAMBIO DE RADICACION. *Quien lo decreta o niega es el gobierno mediante resolución de carácter administrativo. La Corte emite concepto sobre el asunto y, por tanto, no profiere providencia, resolución, auto o sentencia alguna contra la cual el recurso de reposición pueda interponerse.*
Auto. 17 de septiembre de 1981. *No repone* el auto que dio concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso seguido contra Daniel Camilo Bustos Ortega.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 529

UNIDAD PROCESAL. *La unidad procesal sólo puede mantenerse, cuando se dan los presupuestos probatorios, procesales o temporales necesarios para que el hecho cometido en curso pueda ser simultáneamente juzgado y fallado en la misma oportunidad procesal, mas no cuando pueda entorpecer la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados. La Corte reitera su doctrina.*
Auto. 17 de septiembre de 1981. *Se abstiene* de abrir proceso penal contra Roberto Pucsini Solano.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 531

FALSEDAD DOCUMENTAL. *El dolo en esta clase de infracción.*
Auto. 18 de septiembre de 1981. *Revoca* el sobreseimiento temporal proferido en pro del doctor Andrés Beltrán Cárdenas, ex Juez Municipal de La Paz y lo sobresee definitivamente.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 535

CESACION DE PROCEDIMIENTO. *El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal no contempla en ninguna de sus hipótesis la cesación de procedimiento por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad. Casos en que procede.*
Auto. 18 de septiembre de 1981. *Revoca* la cesación de procedimiento proferida en pro de Félix Hernán Roldán Salcedo, Juez Segundo Civil Municipal de Buga y ordena continuar la investigación.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 539

AUTO INHIBITORIO. *Procedencia de esta decisión judicial.*
Auto. 18 de septiembre de 1981. *Revoca* el auto inhibitorio y ordena abrir investigación en las diligencias seguidas contra el doctor Rodolfo Mora Mora, Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 543

GIRO ILEGAL DE CHEQUES. *Cuando no se tiene prueba del lugar donde el título valor fue entregado y puesto en circulación, ha de acudir, para dilucidar la competencia, a criterios supletorios tomados del Código de Comercio.*
Auto. 18 de septiembre de 1981. *Dirime* el conflicto suscitado entre los Juzgados Quinto Penal del Circuito de Ibagué y el Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en las diligencias seguidas contra Gabriel Francisco López García, asignándole la competencia al de Ibagué.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 545

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. *Procedencia.*
Casación. 29 de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, contra Alvaro Quintero Escobar, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 547

VEREDICTO DEL JURADO. *El jurado no está obligado a repetir en la respuesta, todos y cada uno de los hechos contenidos en la pregunta; por ende, si contesta "sí" después de una serie de preguntas, la afirmación se refiere a todas ellas.*
Casación. 29 de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, contra Alvaro Quintero Escobar, por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 547

LA ENEMISTAD GRAVE COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *La enemistad grave debe ser un sentimiento recíproco, pues si es unilateral,*

Pág.

solamente es motivo impediente si admite experimentarlo el propio funcionario.
Auto. 29 de septiembre de 1981. *Declara* infundada la recusación formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Santa María, doctor César Pompeyo Rodríguez, en las diligencias que se adelantan contra Yamil J. Bayer.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 551

TECNICA DE CASACION. *Sumarísimo de nulidades por conducta concluyente. Técnica de casación: causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.*
Casación. 30 de septiembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Carlos Arturo Callejas Morales, por el delito de hurto militar.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 553

RECUSACION DE JUEZ COLEGIADO POR CARGO DE MOROSIDAD. *Artículo 78 numeral 12 del Código de Procedimiento Penal. Interpretación de la expresión "antes del pronunciamiento de fallo". Debe entenderse que el término hasta el cual es posible la recusación del Magistrado ponente, es el de la fecha en que presenta a la Sala el proyecto de fallo respectivo y no aquella en la que la Corporación aprueba y firma la decisión tomada.*
Auto. 30 de septiembre de 1981. *Rechaza* la recusación formulada contra el honorable Magistrado doctor Alvaro Luna Gómez.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 561

PETICION DE CONTRAEVIDENCIA. *Las partes pueden solicitar en cualquiera de los momentos que median entre la conclusión de la audiencia con jurado y la emisión de la sentencia, que se decrete la contraevidencia del veredicto; sin embargo, el juez no puede proferir providencia aislada donde niegue la declaración impetrada, porque ello sería obligarlo a que anticipe la sentencia. Si el funcionario decreta la contraevidencia, no debe entenderse que accede a la solicitud del peticionario, sino que existe entre ellos coincidencia de criterio en la evaluación de caudal probatorio.*
Casación. 1º de octubre de 1981. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Guillermo Camelo.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 568

Pág.

INDAGACION PRELIMINAR. *Durante la etapa de indagación preliminar no puede ejercerse la acción civil. La pretensión indemnizadora sólo es aceptable durante el proceso.*
Auto. 1º de octubre de 1981. *Confirma* la providencia que rechazó la constitución de parte civil presentada por el abogado Carlos Arturo Rangel Molina.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 566

REVISION. *Tiene por exclusiva finalidad remediar el error consistente en haber sido condenado un inocente.*
Sentencia. 1º de octubre de 1981. *Niega* el recurso de revisión solicitado por el procesado Jairo Moreno Ortiz.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 568

JURADO DE CONCIENCIA. *Jurados principales y suplentes. Finalidad de esta clasificación. Reemplazar a un jurado principal por un suplente, sin que se hubiera acreditado en forma debida la excusa presentada por aquél, es irregularidad procedimental que no vicia de nulidad el debate respectivo ni la decisión que en él se toma. La índole del asunto debatido en el juicio no condiciona la calidad de los jurados a quienes la ley no exige conocimientos técnicos o científicos sobre las materias que les corresponde decidir.*
Casación. 2 de octubre de 1981. *No casa* el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, que condenó por tentativa de homicidio a Rodrigo Alberto Alzate Murillo.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 571

REVISION. *Finalidad de la revisión. Taxatividad de sus causales.*
Auto. 8 de octubre de 1981. *Rechaza* la demanda de revisión en el proceso seguido contra Aldemar Morales.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 575

LA OPINION JUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *Los conceptos que emita el funcionario en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia, no imposibilita su posterior actuación en el proceso, salvo el evento contemplado en el ordinal 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.*

Pág.

Auto. 8 de octubre de 1981. *Declara* infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, doctor Mario Ernesto López Camargo.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 576

DECRETO 1188 DE 1974. *Dosis de aprovisionamiento y dosis personal.*
Casación. 8 de octubre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó a Norberto Aguirre, por infracción al Decreto 1188 de 1974.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 578

RIÑA IMPREVISTA. *La riña en la legislación anterior. Interpretación del veredicto cuando el jurado se abstuvo de calificarla de imprevista.*
Casación. 8 de octubre de 1981. *No casa* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó por homicidio a Campo Alberto González.
Magistrado ponente doctor *Alfonso Reyes Echeandía* 581

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. *Cuando se alega en casación violación directa de la ley, es supuesto indispensable que el recurrente acepte implícita o explícitamente los supuestos fácticos de la sentencia y el criterio probatorio que con respecto de los mismos haya tenido el juzgador.*
Casación. 15 de octubre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó por abuso de confianza a Pablo Antonio Jiménez Betancur.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 584

RECUSACION. DIFERENCIAS CON LOS RECURSOS. *No se puede recusar a un funcionario porque se considere desacertado el fundamento o la decisión de una providencia. Para enmendar esta clase de errores, la ley estableció los recursos y grados de jurisdicción.*
Auto. 15 de octubre de 1981. *Declara* infundada la recusación formulada contra los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, Jaime Leguizamón, Rafael Murillo Forero y Beatriz Olave de Valencia.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 588

Pág.

RECURSO DE CASACION. CAUSALES PRIMERA Y CUARTA DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *En la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, lo que se exige es que se señalen las que aparezcan suficientemente probadas en el proceso.*
Y en cuanto los estatutos en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, el juez debe ordenar el examen por peritos médicos siempre que el procesado presente indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 80 del Código Penal, o se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación o inconciencia.
Casación. 15 de octubre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó por homicidio a Jorge Eliécer Morales Pérez.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 590

EXAMEN PSIQUIATRICO DEL PROCESADO. *Intoxicación crónica producida por el alcohol. Alienación mental.*
Casación. 22 de octubre de 1981. *Casa* el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, que condenó por homicidio y lesiones a Oscar Jaramillo Carvajal y Sigifredo Peláez Henao.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 598

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *La denuncia y la investigación penales como causales de recusación. Diferencia de criterios en la Corte. Las causales de impedimento o recusación son taxativas en el ordenamiento procesal penal, y por ende, como lo ha sostenido la mayoría de la Sala, en ningún caso puede acudirse a la vía de la aplicación extensiva de normas del Código de Procedimiento Civil, para cobijar situaciones no reguladas por aquel estatuto; la minoría, sin embargo, considera que cuando a raíz de la denuncia se ha iniciado investigación criminal o proceso disciplinario, la recusación o el impedimento son procedentes.*
Auto. 22 de octubre de 1981. *Declara* infundada la recusación propuesta contra los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, doctor Clemente Viteri Alvarado y Eudoro Benavides Rivera.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 605

Pág.

AUTO DE PROCEDER. LEY DE PROCESO. *Si el juez al calificar el mérito del sumario, consideró que varios de los actos imputados al procesado forman parte de una misma conducta, esa calificación se torna inmodificable una vez ejecutoriado el auto de proceder, y por ende, no puede cambiarse en la sentencia a pesar de que se considere que se trata de una hipótesis de concurso de delitos.*
Sentencia. 27 de octubre de 1981. *Revoca* la sentencia absolutoria por el Tribunal Superior de Villavicencio y en su lugar condena por peculado a Gabriel Rincón Alvarez ex Juez Promiscuo Municipal de Puerto Lleras (Meta).
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 607

INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES. *La interpretación equivocada, no puede dar fundamento para deducir intención torcida en la aplicación de la ley.*
Auto. 27 de octubre de 1981. *Revoca* el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en pro de la cortura Martela Alvarez Arias, Juez Promiscuo Municipal de Zipacón y la llama a responder en juicio por abuso de autoridad, *confirma* el auto en todo lo demás.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 615

PECULADO. *Comisión por el juez en el ejercicio de funciones públicas.*
Sentencia. 27 de octubre de 1981. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Tunja, que condenó por peculado a Juan José Sepúlveda Parra, Juez Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Barbeo y San Eduardo (Boyacá). ... ...
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 619

IMPEDIMENTOS. *El hecho de haber proferido la sentencia correspondiente no sólo no impide resolver el incidente de libertad condicional, sino que, por disposición expresa de la ley, quien debe decidir sobre ese subrogado es, precisamente, el juez que dictó en primera instancia.*
Auto. 29 de octubre de 1981. *Declara* infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, doctor Pedro R. Camacho Orozco, en las diligencias seguidas contra Jorge Gutiérrez Mera.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 622

Pág.

EXPULSION DE EXTRANJEROS. *Cuando el interés del funcionario es indebido. Facultad discrecional del Gobierno para cancelar visas a extranjeros.*
Auto. 29 de octubre de 1981. *Se abstiene* de iniciar sumario contra el doctor Manuel Guillermo Silva González.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 624

CONCURSO DE DELITOS. CALIFICACION INCOMPLETA. ROMPIMIENTO DE LA UNIDAD PROCESAL. *No constituye error en la denominación jurídica de la infracción, el dejar de considerar uno de los posibles extremos de la conducta delictual. El rompimiento de la unidad procesal, no genera nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta. La Corte reitera su doctrina.*
Casación. 30 de octubre de 1981. *Casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, que absolvió al doctor Rolando Granados Muñoz por el delito de falsedad en documento privado.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 629

DELITO DE PREVARICATO. *El delito de prevaricato se consuma al proferir dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, y no cuando la determinación quede ejecutoriada.*
Auto. 5 de noviembre de 1981. *Declara* prescripta la acción penal contra el doctor Augusto Hernández Rojas por el delito de prevaricato.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 644

LA CONTRAEVIDENCIA EN SEDE DE CASACION. *Cuando el proceso se ha tramitado con la intervención del jurado no puede casarse su veredicto en sede de casación sobre la base de una incorrecta valoración de la prueba.*
Casación. 5 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia, providencia del Tribunal Superior de Riohacha, que condenó a Fidel Crespo Polo por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 647

NULIDAD SUPRALEGAL. *Siendo el sumario una simple etapa de recopilación de pruebas, sólo por excepción puede violarse en ella el derecho de defensa.*
Casación. 5 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín,

Pág.

que condenó por homicidio a Iván Darío Henao Restrepo.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 651

LA OPINION DEL JUEZ COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO O RECUSACION. *No es posible separar a un juez del conocimiento de un asunto, cuando dentro de él, en cumplimiento de su deber, ha expresado su criterio jurídico, salvo el caso del numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal: La Corte reitera su doctrina.*
Auto. 12 de noviembre de 1981. *No se acepta* la recusación formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Pantaleón Mejía Garzón en las diligencias seguidas contra Abrahom Aparicio Romero y Leonor Romero de Orvalle.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 654

AUDIENCIA PUBLICA CON JURADO. *Facultades del juez en la dirección de la audiencia pública.*
Casación. 12 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó por homicidio a Serafín Medina Rincón.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 656

NULIDAD. *El error relativo al lugar en que se cometió la infracción de causal de nulidad cuando su determinación juegue un papel sustancial en el caso.*
Casación. 12 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia, providencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó por homicidio a Evelio Antonio Vélez Ceballos e Hilmer Hernando Peña Naranjo.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 660

CAMBIO DE RADICACION. *La preeminencia social de las partes que intervienen en el proceso, solamente puede llegar a motivar el cambio de su radicación cuando aquélla influye comprobada y poderosamente en la recta administración de justicia.*
Concepto. 12 de noviembre de 1981. *Desfavorable* el cambio de radicación del proceso seguido contra Mario Edmundo Chamorro y Juan Bautista Núñez Mosquera.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 666

Pág.

REVISION. *Para que prospere es necesario que se alegue y compruebe a lo menos una de las causales legales y que, con ello, se ataque a fondo la sentencia ejecutoriada. La causal quinta no opera cuando no se cuestiona la verdadera inocencia o irresponsabilidad del condenado, si no su identidad.*
Sentencia. 17 de noviembre de 1981. *Niega* la revisión solicitada por Elías Reyes Peñaranda, condenado por homicidio y robo.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 669

RECUSACION. *Diferencias entre la recusación y los recursos legales.*
Auto. 27 de noviembre de 1981. *Declara* infundada la recusación formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Ibagué, doctor Rafael Murillo Forero.
Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 677

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. *Violación directa e indirecta de la ley sustancial. Cuando de violación indirecta se trata, el censor debe señalar, ante todo, cuáles normas procesales de contenido probatorio fueron quebrantadas y de qué manera su quebranto determinó el grave error que atribuye al fallador.*
Casación. 27 de noviembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Montería, que condenó por falsedad y estafa a Saúl Navarro Vargas.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 679

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. *Excepción consagrada en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional.*
Auto. 27 de noviembre de 1981. *Confirma* la prescripción decretada por el Tribunal Superior de Villavicencio en pro del doctor Fabio Calderón Restrepo, ex Juez Promiscuo Territorial de Puerto Inírida.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 683

OPINION EXTRAJUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *Para que pueda prosperar el impedimento fundado en esta causal es necesario que el funcionario precise el alcance del concepto que emitió, pues sin tal concreción, no es posible saber si prospera o no la causal invocada.*

Pág.

Auto. 27 de noviembre de 1981. *No acepta* el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Fabio Restrepo Arteaga en las diligencias adelantadas contra José Vives Echeverría.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 685

LIBERTAD CONDICIONAL. *Requisitos para concederla. Cómo debe proceder el juez para que pueda imponer, fundadamente, la readaptación social del condenado.*
Auto. 1º de diciembre de 1981. *Niega* el beneficio solicitado por Daniel Duarte Cañizales.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 687

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA COMISION DE HECHO PUNIBLE. *El monto de la indemnización de perjuicios ocasionados por la comisión de un hecho punible, debe regularse habida consideración de la relación causal que debe existir entre el delito por el cual se condenó al procesado, y el daño producido como consecuencia de éste.*
Casación. 2 de diciembre de 1981. *Casa* la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, contra Isabel Bravo López de Rojas, por el delito de falso testimonio.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 689

NULIDAD CONSTITUCIONAL. *Formas propias del juicio: son el conjunto de exigencias y de garantías procesales que caracterizan un determinado procedimiento y que permiten, por consiguiente, distinguirlos de otros.*
Derecho de defensa: dentro de la estrategia del defensor le está permitido desde el silencio razonable hasta la insistencia impertinente y obcecada.
Casación. 3 de diciembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó por homicidio a Jairo Orjuela Trujillo.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 703

CIERRE DE LA INVESTIGACION. *Cerrar la investigación cuando están más que vencidos los términos de instrucción y ordenar más de una prórroga de la misma, existiendo desde un principio procesado preso, es una irregularidad procedimental que no genera nulidad.*
Casación. 3 de diciembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Serapio Castro Muñoz por homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 707

LIBERTAD CONDICIONAL. INTERDICCION DEL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS. *El término para la satisfacción de la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, cuando ha mediado libertad condicional, comienza a correr cuando terminan el período de prueba señalado al concederse el subrogado, siempre y cuando el condenado no haya violado las obligaciones contraídas, ni hubiere incurrido en nueva infracción penal.*
Cuando el período de prueba hubiese sido superior al monto de pena que faltaba por pagar, ese excedente no se tendrá en cuenta para contar el punto de partida de la sanción accesoria.
Auto. 3 de diciembre de 1981. *Ordena* la libertad definitiva del General Jorge Ordóñez Valderrama por los delitos de falsedad y peculado a partir del 22 de octubre de 1981. Cumplida la pena accesoria de pérdida patria potestad a partir del 23 de octubre de 1981 y no se accede a la petición de tener cumplida la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.
Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 714
Con salvamento de voto de los doctores *Luis Enrique Romero Soto y Darío Velásquez* 717

CAMBIO DE RADICACION. *Finalidades. Diferencias con la recusación.*
Concepto. 7 de diciembre de 1981. *Se abstiene* de disponer el cambio de radicación del proceso seguido contra Humberto Suárez Barajas.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 719

CESACION DE PROCEDIMIENTO. *Juez competente para proferir esta providencia. Puede dictarse en cualquier estado del proceso, incluso en el recurso extraordinario de casación. La Corte reitera su doctrina.*
Auto. 10 de diciembre de 1981. *Niega* la cesación de procedimiento por prescripción y la libertad provisional solicitadas por Ligia Delgado de Colmenares.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 723

Pág.

PRESCRIPCION. *Interrupción del lapso prescriptivo. Cómo ha de comenzar la cuenta del término de la prescripción. Diferencias entre el Código Penal de 1936 y 1980.*

Auto. 10 de diciembre de 1981. *Niega* la casación de procedimiento por prescripción y la libertad provicional solicitadas por Ligia Delgado de Colmenares.

Magistrado ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía 722

DEFENSA ADECUADA EN AUDIENCIA PUBLICA. CONSTANCIAS DEJADAS POR LAS PARTES EN LAS ACTAS DEL DEBATE. *Para que exista defensa adecuada en audiencia pública, no es necesario un discurso agotador, exhaustivo, pormenorizado y vehemente sobre los hechos controvertidos.*

A no ser que concurra una falsedad, el contenido de las actas que da cuenta de los debates acaecidos en la audiencia pública, no puede ser destruido por las constancias de inconformidad dejadas en ellas por las partes.

Casación. 10 de diciembre de 1981. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, que condenó por homicidio a Víctor Hernando Romero Ibarra y Jairo Cubrera Gómez.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 726

NULIDAD SUPRALEGAL. TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. *Sólo puede hablarse de nulidad constitucional, cuando los actos procesales violan de modo ostensible y grave el derecho a la defensa o las normas básicas de la acción jurisdiccional general.*

Cuando se alega en casación una causal de nulidad, no basta la simple enunciación de ella, sino que es necesaria la demostración de los hechos en que se funda.

Casación. 11 de diciembre de 1981. *No casa* la providencia del Tribunal Superior de Aduanas que condenó por uso de documento público falso y contrabando impropio a Gonzalo Urrego Duque.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 730

CONCUSION Y COHECHO. *Diferencias entre estos dos ilícitos.*

Auto. 11 de diciembre de 1981. *Revoca* el sobreseimiento temporal proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio en pro de Néstor Ramírez Rincón y lo llama a juicio por el delito de cohecho.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 735

CONCUSION Y ESTAFA. *Diferencias entre estas dos figuras delictivas.*

Casación. 11 de diciembre de 1981. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó por concusión a Miguel Abadía Castro.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 735

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez V. y Alfonso Reyes Echandía* 743

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. *No puede alegarse simultáneamente y respecto de unos mismos hechos la violación directa y la indirecta de la ley sustancial.*

Casación. 12 de diciembre de 1981. *No casa* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó por falsedad a Olga Beatriz Arévalo Sánchez.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 743

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *En el sistema procesal colombiano, el impedimento es manifestación propia del funcionario, en tanto que la recusación es facultad de los intervinientes si aquél no se declara impedido.*

Auto. 15 de diciembre de 1981. *Se abstiene* de resolver sobre la cuestión en las diligencias seguidas contra Yesid Castablanco Sarmiento y otros.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 750

COMPETENCIA. *Funcionario competente para juzgar a los miembros de las fuerzas de policía, cuando el país se encuentra en estado de sitio.*

Casación. 16 de diciembre de 1981. *Casa* la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Lucio José Trejos, por homicidio y robo.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 755

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez V. y Alfonso Reyes Echandía* 757

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
OBRA, EN AGOSTO DE 1986