REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLXX — Número 2408
Bogotá, D. E., Colombia — Año 1982

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXX

1982

SALA DE CASACION PENAL

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1987

SALA PLENA

Doctores LUIS CARLOS SACHICA, **Presidente**
CESAR AYERBE CHAUX, **Vicepresidente**
Rafael Reyes Negrelli, Secretario General

SALA CIVIL

Doctores JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER, **Presidente**
Rafael Reyes Negrelli, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores **José María Esguerra Samper**
Germán Giraldo Zuluaga
Héctor Gómez Uribe
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Jorge Salcedo Segura

SALA PENAL

Doctores DANTE L. FIORILLO PORRAS
Alberto Mora Cogollos, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores **Fabio Calderón Botero**
Dante L. 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 CESAR AYERBE CHAUX, **Presidente**
Señora **Berta Salazar Velasco,** Secretaria

MAGISTRADOS: Doctores **Jerónimo Argáez Castello**
César Ayerbe Chaux
José Eduardo Gnecco Correa
Manuel Enrique Daza Alvarez
Juan Hernández Sáenz
Fernando Uribe Restrepo

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores CARLOS MEDELLIN FORERO, Presidente
Pablo Mariño Angel, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores **Manuel Gaona Cruz**
Ricardo Medina Moyano
Carlos Medellín Forero
Luis Carlos Sáchica

RELATORES: Doctores **Amelia Barrera de Gáfaro**, Sala Civil
Helda Charry de Valencia, Sala Penal
Gloria Flórez de Sabogal, desde el 1º de abril de 1981
Gladys Mayorga de Jimeno, 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 CIVIL	DOCTORA AMELIA BARRERA DE GAFARO
RELATORA SALA PENAL	DOCTORA HELDA CHARRY DE VALENCIA
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA GLADYS MAYORGA DE JIMENO

TOMO CLXX — Bogotá - Colombia — Año 1982 — Número 2408

RECUSACION

En materia penal, solamente han de tenerse en cuenta y valorarse, para efectos de la separación del funcionario, los elementos de prueba aportados con el escrito en que se formuló la recusación. Diferencias con el procedimiento civil

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 21 de enero de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 3.

Vistos

En escrito recibido el día 10 de noviembre de 1981 en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doctor Hernando Noguera Noguera, apoderado de Alfredo Noguera Goubert, recusó al doctor José María González Fernández, Magistrado de la Sala Penal de dicho Tribunal, para actuar, en calidad de integrante de la Sala de Decisión, dentro del proceso que se adelanta con fundamento en la denuncia formulada el día 19 de febrero de 1981 por el señor Hernán Echavarría Olózaga, en su carácter de Presidente de la Comisión Nacional de Valores, relacionada con hechos vinculados a las transacciones en papeles bursátiles realizadas en el mes de febrero de 1980 "entre los Fondos Grancolombiano y Bolivariano a través de la Sociedad Administradora de Inversión y varias empresas del Grupo Grancolombiano" (Fls. 7 del cuaderno principal y 514 del cuaderno del Tribunal).

Alega como motivos para la recusación el haber emitido el doctor González Fernández opinión sobre el asunto materia del proceso y expresado su animadversión respecto de una de las personas vinculadas a la investigación, concretamente el doctor Jaime Michelsen Uribe (artículo 78 del C. de P. P., numerales 4º y 5º).

Los hechos, según el recusante, se presentaron cuando, con ocasión de una reunión efectuada a finales de julio o principios de agosto de 1981 en el establecimiento público denominado "El Nevado", situado en la carrera 8ª Nº 11-39 de esta ciudad, en la que tomaron parte, además del doctor González, los doctores Jaime Pardo Leal, Raúl Trujillo Cortés, también Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, el Juez Tercero Superior de Aduanas y otros funcionarios, todos los cuales departían amistosamente e ingerían licor, se aludió, en un momento de la

charla, al tema que es objeto de la investigación, circunstancia que aprovechó el doctor José María González para referirse en forma injuriosa y hostil al doctor Michelsen Uribe.

A este respecto, dice el doctor Noguera en su memorial de recusación:

"Al comienzo de la reunión, no faltaron los chistes, especialmente contados por el señor Juez de Aduanas, y ya avanzada la ingestión de aguardiente, se trajo a cuento el escándalo financiero sobre las manipulaciones que hacía el Grupo Grancolombiano, que dirige el doctor Jaime Michelsen Uribe, a quien usted calificó de hampón, que hacía subir y bajar el precio de las acciones para arruinar a humildes y pequeños inversionistas que les había confiado sus pocos recursos económicos y que por esa razón tenían que joderlo y que además usted sí sabía qué clase de pícaro era y es el doctor Jaime Michelsen Uribe" (Fl. 514 del cuaderno del Tribunal).

Como prueba de los hechos en que apoya la recusación, acompañó inicialmente el doctor Noguera las declaraciones de Rafael Narváez García, Agustín Gutiérrez y Ernesto Méndez Martínez, recibidas extraprocesalmente por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bogotá.

En auto de tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) —folios 677 a 679 del cuaderno del Tribunal—, rechazó el doctor José María González Fernández la recusación por estimar que no se presenta ninguna de las causales alegadas por el doctor Noguera, ya que los hechos en que las fundamenta no ocurrieron.

Tilda las declaraciones aportadas como prueba, de "manifiestamente contrarias a la verdad" y se remite, en ese punto, a los testimonios de los doctores Jaime Pardo Leal, Raúl Trujillo Cortés y Alvaro López Dorado, este último Juez Tercero Superior de Aduanas de Bogotá.

Acepta que en forma esporádica concurre, en compañía de funcionarios y empleados judiciales, al establecimiento denominado "El Nevado", por la especial circunstancia de encontrarse situado en proximidades del Palacio de Justicia, en cuyo aparcadero guardan sus vehículos.

Rechaza como una hipótesis imposible el comportamiento indebido que se le atribuye, pues no se compadece con su ancestro, su formación moral e intelectual ni con su temperamento.

Destaca la uniformidad de las declaraciones, las que califica de "planificadas" y "coordinadas", y se extraña de la coincidencia de que solamente en boca suya pongan los declarantes las expresiones injuriosas, ya que entre los magistrados que mencionan, el único que hace parte de la Sala de Decisión que ha de conocer del referido proceso es él.

Finalmente, acompaña en fotocopia la declaración que Luis Ernesto Méndez Martínez, testigo en la recusación, rindiera en un proceso por homicidio que cursó en el Juzgado Sexto Superior de Bogotá en el año de 1976, al cual fue "llevado" también como deponente por el doctor Hernando Noguera Noguera (Fls. 659 a 667 del cuaderno del Tribunal).

Encontrándose ya el negocio en la Corte, presentó el doctor Hernando Noguera, junto con un memorial recibido el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), las declaraciones de Jorge Salom Nadero y Jaime Osma Castellanos, rendidas extraprocesalmente el día siete de diciembre del año pasado, ante el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bogotá, quienes deponen también acerca de los hechos en los que se fundamenta la recusación (Fls. 3 a 7 del cuaderno de la Corte).

También en esta etapa, se recibieron en la Secretaría de la Sala de Casación Penal, los días doce (12) y trece (13) de diciembre del año pasado, las certificaciones juradas de los doctores Jaime Hernando Pardo Leal, Raúl Trujillo Cortés y Alvaro López Dorado, los primeros Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá y Juez Tercero Superior de Aduanas el último (Fls. 8 a 27 *ibidem*), en las cuales manifiestan que han participado, en varias ocasiones, en reuniones de esparcimiento o recreación a las que ha asistido también el doctor José María González Fernández, pero que en ninguna de esas oportunidades le han escuchado expresiones, ni le han visto comportamientos como los que se le atribuyen, ajenos, en concepto de elos, al temperamento y manera de ser del doctor González.

Expresan que rinden por propia iniciativa sus versiones y que lo hacen por haberse enterado, a través de informaciones de prensa, radio y televisión, de la recusación que se le formuló al doctor González. El doctor Pardo Leal acompaña a su certificación jurada copia de la Resolución número 1 del cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), por medio de la cual se suspendió, "hasta por el tiempo que dure la investigación administrativa, disciplinaria, sin exceder de noventa días" al señor Jorge

Salom Madero del cargo de Auxiliar de su Despacho, en razón de la acusación que le formulara una empleada de la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá, que le atribuye "haberle ofrecido dinero para que se alteraran los sistemas de reparto en determinado proceso" (Fl. 11 *ibidem*).

Se considera

El artículo 84 del Código de Procedimiento Penal dispone que la recusación se propondrá por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas *y exponiendo los motivos en que se funde; y el artículo 85 del mismo estatuto establece, para el caso de que no fuere aceptada, que el proceso se enviará al superior, quien* resolverá de plano en vista de lo alegado *(las subrayas no pertenecen al texto).*

Difiere la tramitación de la que consagra el Código de Procedimiento Civil respecto de esta misma materia, pues allí se dispone que en el mismo escrito en que se proponga la recusación "se pedirán *las pruebas que se pretenda hacer valer", y para el caso de que no fuere aceptada ordena la tramitación como un incidente, con una oportunidad probatoria, por lo mismo, durante la cual, además de las pruebas solicitadas, el funcionario puede disponer de oficio de la práctica de otras que estime pertinentes (artículos 137 y 144).*

No se trata de un vacío que haya de solucionarse recurriendo a normas análogas del ordenamiento procesal civil (artículo 8º del C. de P. P.), sino del espíritu y finalidad de la norma penal que no se compadecen con dilaciones acerca de la certeza del juez que debe decidir el asunto. Por otra parte, cuando la voluntad del legislador ha sido la de imprimir una más amplia tramitación a un determinado fenómeno procesal así lo ha establecido claramente, como lo hace, por ejemplo, en tratándose de la extradición (artículo 755 del C. de P. P.).

Las anteriores consideraciones conducen a la conclusión de que, en materia penal, solamente han de tenerse en cuenta y valorarse los elementos de prueba aportados con el escrito en que se formuló la recusación, que son, entre otras cosas, los que tiene a su consideración el recusado para su decisión.

Si también se apreciaran los presentados con posterioridad a la manifestación del recusado, se le privaría de la oportunidad y el derecho de referirse a ellos para explicarlos o redargüirlos, y, de otro lado, se perdería el factor psicológico de esos elementos de convicción sobre la determinación del funcionario.

Se tendrán en cuenta entonces, solamente, las declaraciones inicialmente aportadas por el recusante, esto es, las de Rafael Narváez, Agustín Gutiérrez y Ernesto Méndez Martínez (Fls. 514 y 653 a 656 vto. del cuaderno del Tribunal).

Declaración de Rafael Narváez García

Dice el deponente, quien es Suboficial del Ejército en uso de retiro, que a fines del mes de julio o primeros cinco días de agosto de 1981, se encontró, como lo habían convenido, en el establecimiento denominado "El Nevado" con dos compañeros de armas, también Suboficiales del Ejército, retirados, señores Agustín Gutiérrez y Ernesto Méndez, para acordar si asistían al desfile militar que se efectuaría el 7 de agosto de ese año en Bogotá.

El fue el primero en llegar allí, a eso de las ocho y media de la noche; al cuarto de hora arribó Agustín Gutiérrez y por último lo hizo Ernesto Méndez. Se ubicaron al lado norte del salón, al fondo, cerca de dos o tres mesas unidas donde se encontraban, tomando aguardiente, unos funcionarios del poder judicial, a los que él se refiere en la siguiente forma: "... que recuerde, don Jorge Salom, que es Secretario de un Magistrado, que no sé cuál sea, y que trabaja en un edificio de la calle 13 entre carreras 7ª y 8ª; también se encontraba el doctor Pardo, que sale mucho en la televisión y que tiene un defecto, que mueve a cada momento la cabeza; había un doctor alto, fornido, de pelo negro, peinado para atrás, que le decían doctor González, también había otro Magistrado, que fue Juez Superior, creo que es el doctor Raúl Trujillo; había otro doctor de acento pastuso, como de cuarenta años y medio calvo, muy chistoso, y había dos muchachas, que no supe quiénes eran pero deduzco que eran también del poder judicial".

Agrega que, como el doctor de acento pastuso hacía reir mucho a los demás con los chistes que les contaba, ellos se dieron a prestarles atención. En un determinado momento, en el grupo de los funcionarios se trató el tema de los topos de Pasto que robaron el Banco "y luego intervino el doctor González, que parece que es Magistrado y que estaba sentado frente al doctor Pardo, y dijo que aquí había uno más ladrón que los topos de Pasto, que se trataba del hampón, mafioso del Jaime Michelsen Uribe, que hacía bajar el precio de las acciones para comprarlas a menor

precio, arruinando a las gentes pobres que tenían acciones en las empresas del Grupo Grancolombiano, que había que joderlo, que era un hijueputa pícaro, que él sí sabía qué clase de pícaro era. Los otros dos doctores no dijeron nada y a nosotros nos llamó mucho la atención la forma como se expresaba el doctor González".

Poco después, el doctor Trujillo pagó la cuenta con cheque y ellos también salieron.

Finalmente dice que fue el Suboficial Méndez quien posteriormente le manifestó que les iban a solicitar su declaración acerca de estos hechos, pues él había tenido oportunidad de comentarlos con el doctor Noguera, de quien resultó ser sobrino un doctor del mismo apellido a quien también mencionaron en sus conversaciones los funcionarios (Fls. 653 y vto. 654 y vto. del cuaderno del Tribunal).

Declaración de Agustín Gutiérrez

Coincide con el anterior declarante en el motivo para la reunión en "El Nevado", la fecha y la ubicación dentro del mismo. Se refiere así, a los vecinos de mesa, de quienes dice que dedujo eran empleados del poder judicial por lo que conversaban: "...Había un doctor que movía mucho la cabeza, como si tuviera un defecto nervioso, frente a él estaba un doctor alto, fornido, carirredondo, de pelo negro, como de cuarenta años, peinado para atrás, al lado izquierdo del doctor que movía la cabeza había otro, moreno, de regular estatura, de gafas, medio calvo, si mal no recuerdo y que fue el que pagó la cuenta, y otros señores, uno alto canoso, de bigote, medio cojo y otro gordito, medio calvito, pastuso, que era el que los hacía reír con los cuentos de los pastusos". Anota que en un momento de la conversación los del Ministerio de Justicia hablaron de los topos de Pasto "y fue ahí cuando el doctor ese carirredondo, que estaba frente al doctor que movía la cabeza, dijo que aquí en Bogotá habían (sic) más ladrones que esos, que estaba ese hijueputa hampón, mafioso del Michelsen, que manejaba el Grupo Grancolombiano, que robaba a los pobres haciendo subir y bajar el precio de las acciones a su acomodo, que era el que había que joder, que él sí sabía qué clase de pícaro era. Los otros doctores no dijeron nada y al ratico el doctor de antiojos pidió la cuenta y pagó con cheque, nosotros también pagamos y nos fuimos. Cuando nos íbamos a salir, uno de los del grupo se dirigió al que se había expresado tan mal del señor Michelsen, llamándolo doctor González" (Fls. 655 y vto. del cuaderno del Tribunal).

Declaración de Ernesto Méndez Martínez

Como los anteriores, habla del mismo motivo para reunirse con ellos en "El Nevado", por esa misma fecha y en el mismo sitio interno del establecimiento.

Agrega que en una mesa grande que estaba a unos dos metros de la de ellos, "se hallaban tres magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, a quienes conozco, en razón de que mi primo Heriberto Caicedo Méndez, que es también Magistrado del Tribunal me los presentó, y ellos eran los doctores Jaime Pardo, Raúl Trujillo y José María González, además estaba el señor Jorge Salom, que es secretario del doctor Pardo, desde cuando éste era Juez Superior, también había en esa mesa un doctor que por lo que le decían, era como Juez de Aduanas, por su acento creo que es pastuso, y también había dos señoritas con ellos". Alude a que les llamó la atención las carcajadas de los de esa mesa, motivadas en los cuentos que decían, por lo cual les pusieron cuidado. Agrega que "al cabo de un rato, hablaron de otros temas y salió a relucir los negociados que habían realizado los del Grupo Grancolombiano, lo que aprovechó el doctor José María González, que ya se encontraba con sus buenos tragos entre pecho y espalda, para decir, que Jaime Michelsen era un hampón, un pícaro que hacía subir y bajar el precio de las acciones de las compañías del Grupo Grancolombiano, para arruinar a humildes personas que habían depositado o invertido en esas compañías sus pequeños capitales, que por eso había que joderlo, que era un pícaro, que él tenía motivos para hacer esa afirmación, y que tenía sus áulicos para que le ayudaran a sus fechorías y nombró o me pareció oír que nombró a otros señores. El doctor Trujillo y el doctor Pardo, no hicieron comentarios al respecto y momentos después pidió la cuenta y pagó con un cheque".

Dice que por haber necesitado posteriormente los servicios profesionales del doctor Hernando Noguera le comentó "si un doctor Alfredo Noguera que nombraban en el escándalo del Grupo Grancolombiano era pariente de él, me dijo que era su sobrino y entonces le referí lo que antes he relatado, diciéndome que si podía dar la declaración". Finalmente hace constar que a él y a los compañeros de mesa les causó impresión "la forma como se expresaba el doctor González de los del Grupo Grancolombiano" (Fls. 656 y vto. del cuaderno del Tribunal).

Análisis de las declaraciones

Presentan ellas una tal uniformidad que solamente encuentra lógica explicación en la realidad de la ocurrencia de los hechos o en un posible acuerdo para presentarlos de esa manera.

Las siguientes consideraciones permiten dudar razonablemente de la veracidad de estas versiones:

a) La precisión con que recuerdan los deponentes los hechos que relatan, no obstante haber transcurrido tres meses entre la fecha en que los ubican y aquella en que lo hacen, pues las declaraciones fueron recibidas el día 4 de noviembre de 1981, aunque, equivocadamente, se anotó el mes de mayo en las de Gutiérrez y Méndez;

b) La exactitud con que describen a quienes sitúan como contertulios próximos a su mesa, sin que en verdad se aprecie valedera razón para distinguirlos en forma tan precisa, pues aún la que suministra Ernesto Méndez no satisface, ya que una ocasional presentación, como parece haber sido la que de ella le hizo su primo el doctor Heriberto Caicedo, según se desprende de la declaración de aquél, no deja tan imborrable huella, aparte de que tampoco está comprobado con otros elementos de juicio que así hubiese ocurrido;

c) El empeño en señalar al doctor José María González, o a quien así identifican, como el único que trató el tema referente a los negocios del Grupo Grancolombiano, y la única persona que se refirió procazmente al doctor Jaime Michelsen Uribe. Esta situación aparece especialmente sospechosa si se recaba en el hecho de ser el doctor González, como él lo destaca en el auto por medio del cual rechazó la recusación, el único, entre los magistrados a quienes se refieren los declarantes, que forma parte de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá a la que le corresponde conocer del proceso al cual están vinculados el doctor Michelsen Uribe y otras personas, el que les fue repartido el día 17 de septiembre de 1981 (Fl. 1 y vto. del cuaderno del Tribunal), y en el cual se está tramitando al presente el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el *29 de agosto de 1981* por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito, en el cual se decretó la cesación de procedimiento respecto de algunos de los sindicados y se ordenó proseguir la investigación en relación con los demás (Fls. 860 a 888 del cuaderno principal).

Aparte de lo anterior, no deja de llamar la atención el que un tema que resultó tan sugestivo para los declarantes, no hubiera despertado el más mínimo interés en los compañeros de mesa del doctor González, ni hubiese merecido de parte de éstos ningún comentario;

d) La forma poco convincente como el declarante Méndez Martínez pretende vincular el tema con la posterior intervención profesional del doctor Hernando Noguera Noguera en este proceso, pues nadie, a no ser que disfrute de su especial confianza, va a tratar con un abogado a quien solicita sus servicios, un tema por lo menos enojoso, cual es el de la posible vinculación de un pariente suyo con hechos que son motivo de investigación penal;

e) Este es el mismo testigo que en otra oportunidad concurrió ante el mismo profesional con ocasión de otro proceso en el cual declaró, y explicó que lo hizo por haberse enterado de que a través de comunicados leídos por una emisora se solicitaba la comparecencia de quienes hubieran presenciado los hechos que motivaron esa investigación (Fls. 662 a 668 del cuaderno del Tribunal).

La valoración que se ha hecho de estos testimonios, y que forzosamente ha tenido que versar acerca de su apreciación en sí mismos y solamente frente a ellos mismos, pues no se cuenta con otros elementos de prueba diferentes para su confrontación, ni fue posible aportarlos debido a lo estricto del procedimiento que regula el trámite de una recusación, permite tenerlos por lo menos como sospechosos en cuanto a su veracidad y para los solos efectos de la decisión judicial que ahora debe tomarse.

Los hechos en que se funda una recusación deben ser incontrovertiblemente probados, pues si las partes tienen derecho a la imparcialidad del juez, éste lo tiene en cuanto a la incolumidad de su honestidad. Existe una especie de presunción de honorabilidad en el funcionario que ha de ser destruida para poderlo separar del conocimiento de un determinado negocio.

Los elementos de juicio que sirven de sustento a la recusación que se analiza no arrojan esa necesaria convicción como para tener por probado el comportamiento indebido que se atribuye al doctor José María González Fernández, del cual deriva el recusante los motivos que, en su criterio, inhiben al Magistrado para seguir conociendo del proceso. Por ello, no prosperará.

Respecto de la acusación que el doctor Noguera le formula al doctor González, en su memorial de 9 de diciembre de 1981 (Fl. 7, cuaderno de la Corte), por no haber dispuesto las investigaciones que allí se refiere, la Sala observa que al funcionario recusado no le es dado romper el equilibrio que, en principio, se traza entre sus afirmaciones y las de quien lo recusa, lo que acontecería si entrara a respaldar las suyas, nada menos que ordenando investigar la conducta de su recusante o la de los testigos que aportó. Se debe limitar, por tanto, a expresar si acepta o no la recusación. Es al Superior a quien compete, al resolver sobre ella, hacer pronunciamientos diferentes, como pueden ser los relacionados con la orden de investigar posibles comportamientos delictivos derivados de las pruebas y actuaciones vinculadas al trámite de la recusación.

Un suspenso similar establece el Decreto número 1137 de 1971, en su artículo 13, en relación con la oportunidad para iniciar la investigación por determinadas faltas contra la recta administración de justicia atribuibles a los abogados en el ejercicio de su profesión. Dice la norma: "Las faltas disciplinarias descritas en los ordinales 2º del artículo 51 y 1º del artículo 52 del Decreto-ley 196 de 1971, no podrán seguirse de oficio o por denuncia, ni ser juzgados por los tribunales, sino luego de ejecutoriada la providencia que decida la causa, el incidente, el recurso, la oposición o la excepción correspondiente".

Se compulsarán copias de lo pertinente con destino a los Jueces de Circuito Penal (Reparto) de Bogotá para efecto de la investigación a que hubiere lugar en orden a establecer si se incurrió o no en delito por parte de los declarantes Rafael Narváez García, Agustín Gutiérrez, Ernesto Méndez Martínez, Jorge Salom Madero y Jaime Osma Castellanos o cualquiera otra que resultare comprometida por razón de los testimonios que rindieron y sirvieron de sustento a la recusación.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

1º DECLARAR INFUNDADA la recusación formulada por el doctor Hernando Noguera Noguera contra el doctor José María González Fernández, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien continuará conociendo del asunto.

2º ORDENAR la investigación a que se refiere la parte motiva de este auto, para lo cual la Secretaría de la Sala expedirá las correspondientes copias.

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

Diferencias entre estas dos figuras

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 22 de enero de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 3, enero 21 de 1982.

Vistos

Por auto de 3 de diciembre de 1981 el Magistrado Carlos Campo Donado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dispuso: "no se aceptan los hechos en que se fundamentan las causales de recusación y, por consecuencia, se ordena enviar la actuación" a la Sala Penal de la Corte para lo de su competencia.

Resultandos y considerandos

Primero. Dentro de este proceso seguido contra Federico Gómez Peralta por falso testimonio y otros ilícitos, la doctora Raquel Difilippo Rivera, en su carácter de apoderada de la parte civil constituida, dirigió al Magistrado Campo Donado, a quien en reparto le habían correspondido las diligencias, un escrito en cuya primera parte manifiesta: "en ese proceso figura el doctor José Ulloque Meneses, como apoderado aceptante y redactor del denuncio que encabezó este sumario, razón por la cual tengo que significar a usted, que el doctor Ulloque Meneses, presentó denuncio contra usted y el Magistrado Amado Blanco Castilla, y no quiero en ningún momento que mi poderdante se pueda perjudicar con una providencia lesiva a sus intereses.

"Para verdad de lo anterior, presento el denuncio a que he hecho referencia del doctor Ulloque Meneses, para los efectos de que usted, se declare impedido sólo con la intención de que por un sentimiento de delicadeza no quiero que mi poderdante pueda inculparme por este insuceso.

"Esta solicitud la hago basada en lo que dice el Código de Procedimiento Penal, artículo número 78 y el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil".

Contesta a lo anterior el Magistrado ya nombrado: Que fue equivocado el que se le hubiera invitado a declararse impedido, en vez de haberle recusado, a pesar de lo cual estudia el impedimento, el cual no puede prosperar porque esa denuncia fue decidida por la Corte mediante auto inhibitorio; que estudiadas todas las causales del artículo 78, ha concluido que la sola denuncia contra un Juez o Magistrado no es causal de recusación en lo penal; que tampoco es aplicable en lo civil. Como consecuencia de todo lo cual no aceptó los hechos de la recusación y ordenó el envío de las diligencias a la Corte.

Segundo. El artículo 77 del Código de Procedimiento Penal señala que el juez o magistrado debe declararse impedido, tan pronto como advierta la existencia de alguna causal de recusación. Y, según el 84 de la misma obra, sólo cuando no se cumpla lo anterior "cualquiera de las partes podrá recusarlo en cualquier estado del proceso, antes del pronunciamiento del fallo", recusación que "se propondrá por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde".

Si bien la finalidad de los impedimentos y recusaciones es la misma: asegurar una diáfana aplicación de justicia, apartándola de toda sospecha o suspicacia, mediante la legal separación del juez que en un momento dado tiene el conocimiento del negocio y si también es cierto que las causales de uno y de otra son idénticas, no pueden confundirse las dos instituciones, pues presentan marcadas diferencias tanto en cuanto a quien las propone como en cuanto al régimen probatorio, ya que, se origina la articulación correspondiente al impedimento en la manifesta-

ción espontánea y personal de quien se considera impedido sin que requiera el aporte de pruebas específicas; en tanto que la recusación procede de una de las partes, a cuyo escrito de tal debe acompañar las pruebas sobre las cuales sustente los motivos que alega.

Para que exista verdadera recusación se requiere: a) que sea claramente propuesta por escrito; b) ante el funcionario que esté conociendo del asunto; c) con prueba de los hechos en que se funde, y d) con exposición de motivos sobre ellos.

Entonces quien pretenda recusar debe precisar qué causal o causales invoca, cuál la prueba de su existencia y su correspondiente fundamentación.

Someramente vistas las figuras de la declaratoria de impedimento y de la proposición de recusación se tiene que ellas están claramente delineadas y que no pueden ni deben confundirse unas con otras.

Como puede apreciarse a través del estudio del Capítulo VI: "Impedimentos y recusaciones", del Título II: "Jurisdicción y competencia" del Libro Primero del estatuto procesal penal, la legislación penal vigente no consagra ninguna forma de invitación al funcionario del conocimiento a declararse impedido, puesto que esta determinación es de su exclusiva incumbencia. De tal suerte que si alguna de las partes considera que media causal de impedimento y observa que el funcionario no ha hecho la manifestación correspondiente, a aquella parte corresponde el derecho de presentar formalmente la recusación, tal como se ha dejado reseñado y dando cumplimiento a los requisitos anteriormente anotados.

Tercero. En el caso que se viene estudiando, se observa:

La apoderada de la parte civil no planteó clara ni confusamente ninguna recusación contra el Magistrado Campo Donado, sino que, sencillamente se limitó a decir que presentaba la denuncia a que se refiere "para los efectos de que usted se declare impedido". No hubo, pues, la recusación contemplada por la ley, sino una insinuación tendiente a buscar la declaratoria de impedimento.

De otra parte, tampoco se invocó de manera precisa y determinada una o más causales, sino que todo se expuso de manera vaga y genérica.

El Magistrado Campo Donado, a pesar de resaltar la "falta de técnica procesal", entró a estudiar "el 'impedimento' propuesto" y llegó a la conclusión que se ha destacado en los vistos de esta providencia.

Considera la Sala que los graves errores de técnica que se han puesto de presente y que no pueden ser remediados ni por los jueces de instancia ni por esta Corporación, impiden el tener el escrito de la apoderada de la Parte Civil como de recusación y, en consecuencia, habrá de declararse inhibida para conocer sobre el tema propuesto.

Por lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia SE DECLARA INHIBIDA para conocer de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

APELACION DEL AUTO QUE NIEGA LA CESACION DE PROCEDIMIENTO

Cuando se niega en el sumario la cesación de todo procedimiento, la apelación que contra esta decisión se interponga, debe concederse en el efecto devolutivo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de enero de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 5.

Vistos

El apoderado de la doctora María Mercedes Marenco Navarro, contra quien adelanta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio una investigación por los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria, por los que la denunciara Israel Vicente González Vergara, solicitó que se diera aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y se dispusiera la cesación de todo procedimiento en esta actuación (Fl. 66 del cuaderno principal).

El Tribunal no accedió a esta petición en auto de 20 de febrero de 1981, contra el cual interpuso la sindicada el recurso de apelación (Fls. 76 a 78 *ibidem*).

El recurso fue concedido mediante auto de marzo 16 de 1981 (Fl. 80 *ibidem*), en el cual se dispuso además que, previa promesa de no violar la reserva del sumario, se expidieran al apoderado de la sindicada las copias que él y ella habían solicitado.

Dicho proveído, aunque firmado por todos los magistrados que integran la Sala de Decisión Penal de ese Tribunal, se expidió como auto de simple cumplimiento.

Al serle corrido traslado al Ministerio Público, en desarrollo del trámite del recurso, lo descorrió el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, manifestando que la Sala debía abstenerse de decidir sobre el mismo, por carecer de competencia para hacerlo, toda vez que el auto que lo concedió, no obstante ser de carácter interlocutorio, no fue notificado a las partes, requisito que debía cumplirse previamente, para lo cual el expediente debía ser devuelto al Tribunal de origen (Fl. 32 del cuaderno de la Corte).

Se considera

Dispone el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal que los autos interlocutorios dentro del sumario son apelables en el efecto devolutivo, salvo el auto del artículo 163, el sobreseimiento definitivo y el auto de proceder, que lo serán en el efecto suspensivo.

Se desprende de esta norma que cuando se niega la aplicación del artículo 163, la apelación que contra esa decisión se interponga se tramita, si se trata de sumario, en el efecto devolutivo.

Y el artículo 200 del mismo estatuto preceptúa, en su inciso segundo, que cuando se trata de apelación concedida en el efecto devolutivo, se enviará al superior copia del expediente, "previa notificación a los interesados".

De tal manera que, como en el caso presente, el Tribunal no accedió a la petición de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, la apelación debió haberse concedido no en el efecto suspensivo, como lo hizo (Fl. 80), sino en el efecto devolutivo y debió haber remitido no todo el proceso, sino el cuaderno de copias, previa notificación de los interesados.

Fue, por tanto, mal concedido el recurso y se prescindió, lo que no podía hacerse, de la notificación a los interesados, quizás debido a su equivocada concesión en el efecto que no correspondía.

Se impone, por lo mismo, subsanar esta anomalía procesal, para lo cual se remitirá el expediente al Tribunal de origen.

La irregularidad anotada, afecta la tramitación que al recurso se había dado en la Corte, por lo cual debe invalidarse el auto de 10 de junio de 1981, por medio del cual se ordenó la fijación en lista y se corrió traslado al Ministerio Público (Fl. 2 del cuaderno de la Corte).

En vista de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve

1º ABSTENERSE de conocer del recurso de apelación concedido por el Tribunal Superior de Villavicencio contra su providencia de 20 de febrero de 1981, por medio de la cual negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en el presente proceso y remitirlo a aquella Corporación con el fin de que lo otorgue en debida forma.

2º DEJAR SIN VALOR el auto de 10 de junio de 1981, por medio del cual esta Sala dispuso la fijación en lista del asunto y corrió traslado al Ministerio Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ROMPIMIENTO DE LA CONEXIDAD

Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Interpretación de la frase "conocerá de él hasta su terminación el juez de mayor jerarquía". Sólo cuando el auto de proceder ha quedado en firme, si desaparece después el delito que ha dado competencia al juez de mayor jerarquía, éste puede seguir conociendo de los demás hasta la terminación del proceso aun que no estén sometidos a su específica competencia. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de enero de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 5.

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo y el Juzgado Segundo Superior de Buga en el proceso que se ha venido adelantando por los delitos de falsedad en documentos y hurto contra Jorge de Jesús Cajigas.

Hechos y actuación procesal

Salvador Ibarra denunció ante la Inspección Segunda Municipal de Permanencia de Yumbo la sustracción de unos semovientes de la finca de su propiedad situada en el corregimiento de San Marcos de la comprensión del Municipio de Yumbo y sindicó del hecho directamente a Jorge Cajigas, a quien le habían sido decomisados los animales por el Inspector de Policía Departamental de Madroñal - Calima - El Darién. Para reclamarlos posteriormente presentó Cajigas, en copia, un certificado de transporte adulterado que exhibía sello de la Oficina de Recaudación de Rentas Departamentales del Municipio de Restrepo y firma del empleado de esa dependencia.

La investigación la inició el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal radicado en Yumbo (Fl. 2 del cuaderno de copias), despacho que recepcionó varias pruebas, entre ellas, la indagatoria de Cajigas, y su posterior ampliación, diligencias en las cuales negó la sustracción de los animales y manifestó que el documento tachado de falso le fue entregado por la misma persona que le había encomendado la conducción de los semovientes. Este Juzgado dispuso la detención preventiva del sindicado por el delito de hurto.

El asunto correspondió al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali, despacho que, en principio, avocó el conocimiento y, posteriormente, una vez efectuada la diligencia de avalúo del objeto material de la infracción, ordenó remitir la actuación al reparto de los Juzgados Penales Municipales de Yumbo, por competencia (Fl. 31).

El sumario correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal de Yumbo, el que avocó el conocimiento (Fl. 32), para luego remitir el proceso por competencia a los Juzgados Superiores de Cali (Reparto), por considerar que la investigación también comprende el delito de falsedad referido al certificado de transporte de los semovientes presentado por el procesado ante la Inspección de Policía del Madroñal (Fl. 35).

El Juzgado Cuarto Superior de Cali, a quien le correspondió por reparto el informativo, asumió su conocimiento, ordenó la práctica de pruebas y declaró clausurada la investigación, pero al advertir que los hechos que le daban competencia (confección y uso del documento falso) no ocurrieron en territorio de su jurisdicción, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual había dispuesto el cierre del sumario y ordenó su envío al Juzgado Superior

(Reparto) de la ciudad de Buga, por competencia.

Las diligencias correspondieron al Juzgado Segundo Superior de esta ciudad, despacho que avocó su conocimiento, ordenó la práctica de algunas pruebas y luego declaró cerrada la investigación.

El Fiscal del Juzgado solicitó que se profiriera auto de proceder contra el sindicado, por los delitos de hurto y falsedad en documento privado (Fls. 111 a 116). El Juzgado Segundo Superior, por su parte, mediante providencia de 15 de octubre de 1981, consideró que únicamente se había cometido el delito de hurto y que, en tales condiciones, no era este asunto de su competencia sino de los juzgados penales municipales de Yumbo, a quienes ordenó remitirlo, habiendo, previamente, decretado la nulidad de la actuación a partir del auto de clausura del sumario (Fls. 117 a 120).

El Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo, a quien le fueron repartidas las diligencias, consideró a su vez, que el delito de falsedad en documentos sí tenía, en este caso, cabal ocurrencia y que, por tanto, el asunto debía conocerlo el Juzgado Segundo Superior de Buga, a quien, de paso, le provocó colisión negativa de competencia para el evento de que no aceptare sus planteamientos (auto de 20 de noviembre de 1981, Fls. 125 a 129 Vto.).

Nuevamente el Juzgado Segundo Superior de Buga, se consideró incompetente para conocer del proceso y rechazó la colisión de competencias que le fuera propuesta, basándose en las mismas razones que fundamentaron su anterior decisión, las cuales dio por reproducidas en esta nueva oportunidad (auto de 5 de diciembre de 1981, Fls. 136 y 137).

Se considera

Los dos despachos en conflicto aducen, en sus respectivos pronunciamientos, consideraciones de fondo en torno de la existencia o inexistencia del delito de falsedad, pero lo han hecho mediante proveídos que no tienen la naturaleza ni el alcance de un acto de calificación, ni tampoco de una cesación de procedimiento. Se han limitado, podría decirse, a esgrimir argumentos para evidenciar la carencia de competencia respecto del asunto.

Pero es lo cierto que en el expediente existen reiteradas referencias a la posible comisión de un delito de falsedad en documentos. En la indagatoria del sindicado y en su ampliación se aludió a este tema (Fls. 15 Vto. y 72). Al sindicado se le tomó muestra de su grafía y con fundamento en ella se produjo el dictamen pericial, de acuerdo con el cual el certificado de transporte redargüido de falso "fue elaborado y firmado por puño y letra del sindicado Jorge de Jesús Cajigas" (Fls. 73, 74, 75 y 90). El Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Buga consideró que se configuraba el delito de falsedad en documento al lado del de hurto y que se reunían a satisfacción los presupuestos requeridos para proferir un auto de enjuiciamiento (Fls. 111 a 116). El Juzgado, al separarse de este concepto y abstenerse de calificar el mérito del sumario para, en su lugar, remitir por competencia al Juzgado Municipal de Yumbo, admite que el documento es falso, pero le niega relevancia jurídica a la alteración de la verdad por considerar inocua la falsedad.

Dice al respecto:

"No cabe duda que el implicado Cajigas produjo un documento a todas luces falso, pero incapaz de surtir el efecto buscado, como era el de engañar al Inspector convenciéndolo de que los semovientes tenían una procedencia legítima, al menos para que autorizara su transporte" ... "Cajigas presentó un certificado que fue rechazado por el Inspector por su inidoneidad, mas no exhibió las señales ni las matrículas de los semovientes, razón por la cual resultaba improbable que se alterara la verdad, pues los elementos para producir engaño, fuera de ser blandos estaban incompletos. Esta clase de embustes contra el bien jurídico protegido en los documentos son los que la ley sanciona, siempre que el hecho derive perjuicios potenciales o reales, pecuniarios o morales. Vale decir, que el hecho punible de falsedad no tuvo vida jurídica por la ausencia de aptitud de los medios empleados, que entre otras cosas, debe anotarse no estaban dirigidos a acreditar la propiedad de los animales, sino a hacer viable su acarreo o paso por la inspección" (Fls. 118 y 119).

Con fundamento en esas apreciaciones, concluye:

"Dilucidada de esta manera la situación procesal de Jorge de Jesús Cajigas, ocurre que este Despacho ha perdido jurisdicción y competencia para juzgar y fallar el proceso, pues, el ilícito contra la propiedad no se perpetró en su territorio y ésto no es de su conocimiento exclusivo" (Fl. 119 *ibidem*).

Así las cosas, se impone resolver acerca de la existencia o inexistencia del delito de falsedad del que reiteradamente se habla en el expediente, así como respecto de la posible responsabilidad del sindicado en relación con él, y ese pronunciamiento solamente puede hacerlo el funcionario competente y por intermedio de providencias que tengan el alcance de definir la situación.

No se remite a duda que de los dos funcionarios en conflicto es el Juez Segundo Superior de Buga el competente en este caso, tanto por la naturaleza del hecho como por los factores de conexidad y territorio.

Si el delito de falsedad, que es el que le da competencia, llegare a desaparecer jurídicamente, dispondría, entonces sí, en la misma providencia en que decida aquello, el envío del proceso al funcionario competente para seguir conociendo del delito de hurto.

Es esa la solución en derecho que trasciende del siguiente pronunciamiento mayoritario de la Corte en un caso, en el fondo similar:

"Resulta incuestionable que la existencia de un delito de falsedad fue descartada en el proceso luego de haberse dictado, tanto por este ilícito como por el de estafa, auto de detención contra los tres sindicados iniciales, a saber, Angela Arango viuda de Jaramillo, Federico Sierra y el abogado Diofanor Sánchez Velialla.

"Y también es verdad que al calificarse el mérito del sumario el Juzgado Primero Superior de Medellín, no obstante sobreseer definitivamente por el delito de falsedad en documentos, llamó a juicio por el de estafa.

"Posiblemente siguiendo el juez la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 19 de agosto de 1976, determinó seguir conociendo de este último ilícito pese a haber desaparecido el de falsedad que era el que le daba competencia para conocer de ambos.

"Ocurre, empero, que esa doctrina fue rectificada por la Sala al hacer una nueva interpretación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, especialmente de la frase 'hasta su terminación', que en la sentencia mencionada por la Procuraduría había sido entendida en el sentido de que ni importa en cuál momento procesal se rompiera la conexión entre los diversos delitos sometidos al conocimiento del juez competente para conocer del más grave, permanecería, en cabeza de éste la facultad de juzgarlos a todos aun cuando hubiera desaparecido aquel que lo hizo competente.

"Esa situación se prestaba a irregularidades especialmente a que, aun cuando antes de calificarse el mérito del sumario hubiere desaparecido el ilícito que deba la competencia al juez de mayor jerarquía, éste tuviera que seguir conociendo no de ese ilícito sino de otros sometidos a la competencia de jueces inferiores, lo que, en verdad, resultaba por lo menos insólito.

"Pero si se piensa que el objeto de esa disposición es el de facilitar el juzgamiento tanto por posibilidad de juzgar varios delitos cuyas pruebas, por ejemplo, sean comunes, o en que existan relaciones de causa a efecto o viceversa, etc., y que a esa economía procesal y ventaja de juzgamiento conjunto se opone el frecuente cambio de juez dentro del proceso, ambas conveniencias, a saber, la que acaba de indicarse y la de que se puedan juzgar en número plural de delitos en un mismo proceso pueden conciliarse si la frase en mención se interpreta en el sentido de que sólo cuando el auto de proceder ha quedado en firme si desaparece después el delito que ha dado competencia al juez de mayor jerarquía, éste puede seguir conociendo de los demás hasta la terminación del proceso, aunque no estén sometidos a su específica competencia.

"Si al llegar el momento de calificar el mérito del sumario el juez sobresee definitivamente por el delito que le ha dado competencia, debe disponer también que el proceso pase al juez competente para que siga conociendo de él.

"En caso de que no disponga tal cosa, usurpa competencia e incurre en la causal de nulidad procesal contemplada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal" (Casación de 10 de octubre de 1979).

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto de competencia planteado, asignando el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Superior de Buga. Infórmese lo resuelto al Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo, quien deberá remitir a aquél el cuaderno original del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

La simple oposición de criterios entre el funcionario y el litigante, no es motivo suficiente para predicar una conducta contraria a derecho. Para ello, es necesario que exista una inequívoca oposición entre la resolución tomada y el derecho que ha debido aplicarse al caso concreto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 26 de enero de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 5, enero 26 de 1982.

Vistos

Corresponde a la Corte decidir el subsidiario recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte civil contra el auto de 30 de julio de 1981, mediante el cual el Tribunal Superior de Cúcuta, al calificar el sumario iniciado al doctor Gilberto Jaimes Chacón por supuestos delitos de prevaricato y falsedad documentaria cometidos en ejercicio del cargo de Juez Quinto Superior del mismo Distrito, sobreseyó definitivamente a su favor, a la par que dispuso compulsar copia de la actuación para que fuese investigada "la posible violación del Estatuto del Abogado" por parte del denunciante, doctor José E. García Sánchez. El Magistrado Luis Helí Rubio Sandoval salvó su voto, no por inconformidad con el sobreseimiento, sino por no compartir la orden de investigar la falta contra la ética profesional.

El recurrente no sustentó la apelación, pero la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal solicita "que la determinación revisada se confirme con la revocatoria del numeral 3º de la parte resolutiva", que dice relación a la orden de investigar disciplinariamente la conducta del abogado García Sánchez, "por cuanto no aparece que haya sido temerario en sus afirmaciones sino que amparado por un derecho legal y que sirvió de base para investigar una conducta, no cometió falta de ninguna índole".

Hechos

En síntesis, el Procurador Primero Delegado en lo Penal presenta los de la denuncia, así:

"... Dio cuenta el doctor José Enrique García Sánchez que el Juez Quinto Superior de Cúcuta, doctor Gilberto Jaimes Chacón, quien instruía un sumario contra el señor Eduardo Contreras Salamanca por los delitos de falsedad en documentos y estafa, cometió los delitos de prevaricato y falsedad, en documentos, al abstenerse de dictar auto de detención contra Contreras cuando existían suficientes elementos de juicio para tomar esa determinación, ya que analizó en forma amañada la prueba y la ilicitud de falsedad la hace consistir en que insertó en el proveído afirmaciones totalmente reñidas con la verdad ...".

Resultandos

La prueba recogida en el sumario y, en especial, la copia fotostática autenticada del expediente contentivo del proceso adelantado por el Juzgado Quinto Superior de Cúcuta contra Eduardo Contreras, permite advertir:

1. Que el doctor Eduardo Lizarazo Jaimes, en el carácter de apoderado judicial de Eduardo Contreras, el 20 de septiembre de 1980 inició por ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta proceso de ejecución contra Otto Garzón Moreno Jurgensen, acompañando como título de recaudo ejecutivo, en fotocopia autenticada, un contrato de promesa de compraventa de un inmueble situado en la Avenida 6ª, entre calles 4ª y 5ª de Cúcuta y conforme a cuya cláusula novena, escrita a mano como excepción al resto mecanografiado del documento, la suma de $ 1.156.000.00 entregada por el demandante al

demandado en sus respectivas calidades de promitentes comprador y vendedor, tenía "la condición jurídica de arras - parte del precio".

2. Que el doctor Mario Jácome Sagra, quien en nombre y representación de Otto Gerson Moreno Jurgensen había suscrito el convenio de promesa de compraventa con Contreras, formula entonces denuncia criminal contra éste acusándolo de los delitos de falsedad y estafa, por pretender el recaudo ejecutivo con inmutación de la verdad, puesto que la cláusula novena que aparecía en el contrato fotocopiado adjunto a la demanda no correspondía al original, en el cual no figuraba; y, así mismo, por haber sido adulterada la nota de cesión que de los derechos y obligaciones derivados del contrato había sido hecha por Contreras en favor de Jorge Jácome Sagra, pues si bien en el original aparecía la firma de éste, en la fotocopia que se acompañó anexa a la demanda había sido borrada.

3. Que la investigación de tales hechos fue dispuesta por el Juzgado Quinto Superior de Cúcuta a cargo del doctor Gilberto Jaimes Chacón, quien después del recaudo de algunas pruebas y de oír en indagatoria al sindicado Contreras, define la situación jurídica de éste el 10 de marzo de 1981 absteniéndose de decretar su detención preventiva, "por no darce (sic) los presupuestos para dictarla (Art. 439 C. P. P.) en su contra", pues en su sentir no aparece ni siquiera un testimonio digno de credibilidad que lo incrimine y agrega: "... el único testigo que podría parecer declarando en este sentido es el doctor Jorge Jácome Sagra, persona que por el contrario, según su declaración descarta al sindicado de ser el autor de la sindicación que se le hace y en cuanto a la credibilidad que se le puede otorgar a este declarante es algo innegable, pues el mismo denunciante lo cita como la persona que tiene conocimiento personal de estas negociaciones entre ellos por estar presente en esos momentos y haberce (sic) realizado en sus oficinas ...".

Considerandos

Con frecuencia la denuncia dirigida contra las autoridades jurisdiccionales por supuesta prevaricación se asienta en la inconformidad de los litigantes con las decisiones de aquéllas, en la creencia de que la simple oposición de criterios relieva el proceder contra derecho del funcionario, cuando lo cierto es que esa forma de delincuencia exige que entre la determinación del empleado oficial y lo dispuesto por la ley para el caso concreto, exista oposición evidente o inequívoca. Así se desprende del contexto del artículo 149 del estatuto penal vigente al normatizar el prevaricato por acción.

En este evento, sin embargo, como con acierto lo puntualiza el concepto de la Procuraduría Delegada, no se tiene a la vista prueba alguna que permita advertir proceder delictuoso en la conducta del juez acusado y, precisamente, como la Corte halla conforme con la realidad procesal y entradas en razón las apreciaciones del Agente del Ministerio Público, considera pertinente transcribirlas. Reza la vista fiscal:

"... En diligencia de indagatoria dijo el acusado que la providencia mediante la cual se abstuvo de dictar auto de detención contra Eduardo Contreras fue concebida y suscrita por él y que se ajustó en todo a derecho y en ningún momento obró de mala fe. En cuanto a la credibilidad de un testimonio el juez tiene sus principios personales y morales y que no llamó a rendir indagatoria a Jorge Jácome, por cuanto no se daban los requisitos ni el pleno convencimiento del juez de que ese señor tuviera la calidad de autor de un hecho punible.

"El señor Fiscal del Tribunal, luego de un análisis detenido de los elementos de convicción y los que estructuran los delitos investigados, concluye demandando para el sindicado se le favorezca con un sobreseimiento definitivo, por cuanto los hechos atribuidos a él no los considera la ley como infracción penal.

"El doctor José García Sánchez, apoderado de la parte civil, solicitó reposición de la providencia mediante la cual se sobreseyó definitivamente al doctor Jaimes Chacón y pidió que en su lugar se le llamara a responder en juicio y en caso de no ser atendido apelaba de la decisión.

"Fundamenta su petición diciendo que el Tribunal se basó únicamente en el concepto del señor Fiscal Tercero y que nada nuevo se agregó. Expresa que la falsedad salta a la vista y critica el análisis que el juez hizo de lo expuesto por Mario Jácome Sagra.

"La Sala mediante providencia del 17 de agosto de 1981, decidió la solicitud formulada por el doctor García Sánchez, negando la reposición y concediendo el recurso de apelación.

"Es innegable que el contrato promesa de venta, firmado entre Mario Jácome Sagra y Eduardo Contreras (Fl. 196) tiene en la hoja de papel número AF 0321280 vuelto, escrita a ma-

no, la cláusula novena, donde se expresa que el millón y más de pesos, se tendrá como arras. También es verdad que esta fotocopia con el agregado de la mentada condición fue el principio para demandar ejecutivamente al señor Otto Moreno J. Y al final del mismo folio, Eduardo Contreras cedió todos los derechos y obligaciones de ese contrato a Jorge Jácome Sagra y aparece firmando solamente el primero.

"Es evidente que la fotocopia visible al folio 202 y que trata del mismo convenio entre Mario Jácome Sagra y Eduardo Contreras, no tiene anotada la cláusula novena a que se ha hecho referencia en precedencia.

"Con relación a la persona que redactó y escribió la cláusula novena, dijo el doctor Mario Jácome Sagra en sus exposiciones que aparentemente es de su puño y letra y que es posible, que en una fotocopia anterior a la primera promesa haya escrito esa frase, pero con la finalidad de que hiciera parte del segundo arreglo, la que firmó con el doctor Jorge Jácome Sagra, y que en esa oportunidad redactó.

"Pero son Jorge Jácome Sagra y Eduardo Contreras, quienes al declarar, dijeron que la aludida estipulación novena, la escribió Bario Jácome Sagra, circunstancia que viene a aclarar la duda que planteó el doctor Mario Jácome Sagra, cuando se refirió a que posiblemente él había escrito esa cláusula.

"Como quiera que hasta el 10 de marzo de 1981, cuando el sindicado profirió la providencia mediante la cual se abstuvo de dictar auto de detención contra Eduardo Contreras y que es motivo de esta investigación, los medios de prueba aportados hasta ese momento no arrojaban los presupuestos que estatuye el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal para tomar esa medida, pues sólo se encontraba el dicho del denunciante, frente a lo expresado por Contreras y Jorge Jácome Sagra. Además, es el mismo doctor Mario Jácome Sagra, quien acepta en principio que él pudo haber sido quien escribió la cláusula novena. Es decir, que en cuanto a ese hecho, se presentó duda, la que debía resolverse a favor del sindicado Eduardo Contreras.

"Ahora bien, si la cláusula novena fue escrita por el doctor Mario Jácome Sagra, como así parece, salvo prueba técnica grafológica que cambiara la situación, ésta se escribió para que tuviera cumplimiento, de donde se deduce, hasta lo investigado en esa época, que Eduardo Contreras, tampoco pudo cometer el delito de estafa, particularidad que por este otro aspecto, destaca la actuación correcta del juez superior.

"El hecho de haberse anotado en la providencia del 10 de marzo de 1981, que al doctor Jorge Jácome Sagra le constaba la negociación que se realizó con Eduardo Contreras por estar presente, no pasa de ser un simple error de apreciación, atribuido a que ese contrato fue redactado por el vendedor Mario Jácome Sagra en las oficinas de su hermano Jorge. Pero lo cierto es que éste se enteró de ese convenio, toda vez que aparece como cesionario de todas las obligaciones y derechos en él contenidos, pero que no tuvo cumplimiento, motivo por el cual, aparece en la segunda promesa de venta, comprándole a su hermano, como representante legal de Otto Moreno, el mismo bien que se le había vendido a Eduardo Contreras.

"Vale la pena anotar que por ninguna parte aparece que el acusado, haya obrado con intención dolosa, sólo se atuvo a su criterio el que está ajustado a las normas de procedimiento y si alguna imprecisión pudo cometer, se debe a lo dispendioso y confuso del caso planteado dentro del sumario que adelantó contra Eduardo Contreras y que con el correr del tiempo y el aporte de nuevas evidencias, especialmente con el examen grafológico que se haga de los documentos redargüidos de falsos frente a los escritos de los posibles autores se hará claridad para tomar una determinación acorde con la realidad procesal, la que no se presentó cuando el doctor Gilberto Jaimes dictó su providencia ...".

De consiguiente, hallándose el proceder del funcionario incriminado exento de ilegalidad, puesto que las apreciaciones jurídicas hechas por él en la providencia cuestionada respecto de la prueba recogida hasta ese momento no evidencian ostensible violación de la ley ni propósito de quebrantar la verdad procesal, débese entonces concluir que de él no se deriva delincuencia alguna, tanto más cuanto que en la tramitación de un proceso siempre existe la posibilidad de errar, por cuyo motivo aunque resulte palmar una equivocación, no es dable predicar la existencia de hecho punible si no aparece demostrado que aquélla es producto de la consciente y voluntaria determinación de violar la norma, pues los yerros cometidos de buena fe están amparados por la presunción de inocencia. De ahí que el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal merezca confirmación, desde luego que la aplicación del artículo 491 del estatuto de procedimiento penal es imperativo procesal.

Por lo demás, hácese indispensable la revocación de la orden de investigar disciplinariamente al abogado denunciante del funcionario, porque la circunstancia de que la investigación hubiese concluido negando la existencia de delito en la conducta del juez sindicado, no es por sí sola motivo que conduzca a suponer que la denuncia fue temeraria, puesto que si los hechos relatados en ésta no hubiesen mostrado al instructor la verosimilitud de una hipótesis delictual, no habría dispuesto la iniciación del sumario contra Contreras.

Por lo visto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto de la Procuraduría Delegada, CONFIRMA la providencia de origen y fecha ameritados, con excepción de su punto 3º, por el que se ordenó, caso de ser confirmado el sobreseimiento definitivo, sacar copia de la actuación para que fuese investigada disciplinariamente la conducta del abogado denunciante, determinación que se revoca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RAPTO

Adecuación típica de este comportamiento en el nuevo Código Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 10 de 4 de marzo/82.

Vistos

Procede la Corte a dirimir la colisión de competencia negativa entre los Jueces Tercero Penal del Circuito de Armenia y Cuarto Penal del Circuito de Pereira, alrededor del presente caso en donde se investigan posibles delitos de rapto y violencia carnal atribuidos a Libardo Antonio Osorno Duque.

Los hechos se resumen de la siguiente manera: La señora Blanca Lelia Tabares de Gaviria denunció en Pereira (mayo 24 de 1981), la desaparición de su hija Claudia Patricia de 13 años de edad y la atribuyó a la actividad de Libardo N. con quien ella sostenía relaciones amorosas. Iniciada la investigación fue capturado Libardo Antonio Osorno Duque en Bogotá y sometido a indagatoria aceptó haberse fugado con Claudia Patricia Gaviria Tabares y hacer vida marital con ella desde entonces. Más tarde la presunta ofendida y el sindicado volvieron a declarar para decir que el primer acceso carnal que tuvieron se sucedió en Armenia. Luego viajaron a Bogotá en donde se produjo la captura dicha.

Sostiene el Juez Tercero Penal del Circuito de Armenia que corresponde la competencia juzgadora del presente proceso al Juez Penal del Circuito de Pereira por considerar que allí se iniciaron los actos delictuosos constitutivos de secuestro, porque allí se denunciaron los hechos y se abrió la investigación correspondiente. Cita en su apoyo el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal sobre competencia "a prevención".

El Juez provocado, el Cuarto Penal del Circuito de Pereira considera que no le asiste razón al provocador cuando invoca el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, porque aquí el delito investigado se produjo en Armenia y como quiera que el delito de rapto desapareció "no puede buscarse otra clase de delitos donde no los hay como el posible delito de secuestro que al parecer se pensó fuera el contemplado en el artículo 269 del Código Penal y para ello es requisito indispensable que se '... arrebate, sustraiga, retenga u oculte una persona ...', lo que nada de ello ocurre en este hecho que se investiga", según textualmente se copia. Agrega que en el caso de autos los dos protagonistas "se fueron por su propia y espontánea voluntad, que el primer acto sexual se llevó a cabo en la ciudad de Armenia en el barrio 'Corbones' y que al ser aprehendidos, se encontraban viviendo juntos" y se pregunta: "¿Entonces por qué alegar una competencia a prevención o crear un tipo penal donde no existe?". Con estos argumentos rechaza la colisión y, a su vez, se declara incompetente.

Sobre la base de los presupuestos que se dejan consignados, la Sala efectúa las siguientes consideraciones en orden a la solución del problema:

En el Código Penal vigente —Decreto 100 de 23 de enero de 1980—, no aparece con el nomen iuris *de rapto delito alguno. Lo dicho no significa que la conducta que lo constituía tampoco existe. Acontece con esta infracción cosa similar a la que se presenta por la prescripción de la denominación de "robo" que traía el Código abolido y la previsión de otra que se llama "hurto calificado" por cometerse con violencia sobre personas o cosas (Art. 350, num. 1), que reproducen perfectamente las características que tipificaban el hecho cuya denominación desapareció. En consecuencia, si las actividades ilícitas que*

constituían el antiguo rapto pueden ubicarse en alguna de las disposiciones de las nuevas normas penales sustantivas, cabe darles la denominación jurídica que actualmente poseen. Así, si los factores constitutivos de rapto bajo la legislación anterior se dan en la realidad y pueden ubicarse dentro de las previsiones del nuevo secuestro, al hecho que reúne tales condiciones debe dársele también un nuevo nombre que no puede ser otro que el de secuestro.

En el caso de autos los hechos empezaron a sucederse el 24 de mayo de 1981, bajo la vigencia del nuevo ordenamiento penal que regía desde el 29 de enero del mismo año. En consecuencia, la fuga de los dos protagonistas bien podría encontrar ubicación en las previsiones del secuestro (Capítulo Primero, Título X, Libro 2º del C. P.) y el acceso carnal que siguió, dada la edad de la presunta lesionada, en la norma que contempla el acceso carnal abusivo con menor de catorce años (Capítulo Tercero, Título XI, Libro 2º del C. P.).

La dificultad del señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pereira para aceptar la competencia en el presente caso, estriba en primer término en su afirmación de que desaparecida la denominación de rapto la conducta que lo constituía no puede ajustarse a la descripción del actual secuestro. Esa dificultad queda obviada con los razonamientos que aparecen en los párrafos antecedentes. En segundo lugar, y ello parece desprenderse de sus argumentaciones, lo sucedido e investigado aquí no podría encontrar acomodo en los verbos que utiliza el artículo 269 del Código Penal en vigencia. Cabe observar, sin embargo, que existe la posibilidad de secuestro por sustracción y que la determinación de cuál de los dos amantes tomó la iniciativa o la idea surgió espontáneamente por un acuerdo de voluntades, no hubo siquiera sustracción, es cosa que corresponde al juzgador competente para calificar el mérito de la sumaria.

El secuestro es delito permanente sin lugar a duda ya que resulta claro que su consumación se prolonga en el tiempo y dura hasta el momento en que la persona secuestrada sale de la órbita de poder del secuestrador. En estas circunstancias y con base en la posibilidad de que dicha infracción exista el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal sí es aplicable porque la competencia "a prevención" está prevista también para los delitos continuados y para los permanentes, según se ve de su inciso segundo. Resulta incuestionable que la menor del caso de autos vivía en Pereira y que de allí desapareció con su amante, que la denuncia fue formulada en dicha ciudad y que allí se abrió la investigación, e incluso que a órdenes del Juez de la misma se puso al sindicado luego de su captura en Bogotá y en el Juzgado Tercero Penal Municipal, se le recibió indagatoria. El acceso carnal abusivo que se sucedió en Armenia es infracción concursante que sigue la línea de competencia a prevención que marca el posible secuestro. En conclusión, la competencia para conocer del presente proceso corresponde al señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pereira.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

1º DECLARAR que la competencia para conocer del proceso seguido a Libardo Antonio Osorno Duque corresponde, según lo dicho en la parte motiva de esta providencia, al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, y

2º Como consecuencia de lo dicho ORDENAR que se le remita el expediente y se dé aviso del resultado de la colisión al señor Juez Tercero Penal del Circuito de Armenia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INDAGACION PRELIMINAR

Finalidades de la indagación preliminar. El término de diez días que señala el Código para la práctica de las diligencias previas no ha de entenderse como de perentorio y definitivo cumplimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., marzo 4 de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 10.

Vistos

El abogado Juan Ayala Rodríguez formuló denuncia penal contra el doctor Luis H. Rubio Sandobal, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta por supuestos delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Hechos

Acusa el denunciante al Magistrado de haber retardado la duración de diligencias de indagación preliminar en denuncia penal que contra él formulara el abogado Mario Jácome Sagra y de haberle iniciado luego acción penal "en beneficio de sus intereses personales y el de sus amigos", los doctores Jácome Sagra y José García Sánchez.

Resultandos y considerandos

1. Dispuso el ponente que antes de decidir sobre apertura de investigación se allegase fotocopia del proceso iniciado por el doctor Rubio Sandoval contra el denunciante, así como prueba documental del cargo oficial con que actuara el hoy denunciado.

2. Del examen del citado proceso, despréndese el siguiente itinerario cronológico en la actuación que como ponente cumplió el Magistrado Rubio Sandoval:

a) El 14 de noviembre de 1980 el abogado Mario Jácome Sagra formuló denuncia penal contra el entonces Juez Diecisiete de Instrucción Criminal, Juan Ayala Rodríguez por haberse abstenido de iniciar acción penal respecto de una denuncia que por supuesto delito de falsedad documental le había presentado;

b) El 20 del mismo mes le fue repartida al Magistrado Rubio Sandoval;

c) Cinco días después, éste dispuso que el denunciante ratificara bajo gravedad de juramento los cargos formulados;

d) El 27 siguiente se realizó en su despacho la diligencia de ratificación;

e) El 2 de diciembre dictó auto en que dispuso la práctica de diligencias de indagación preliminar;

f) Al día siguiente, en cumplimiento de aquella providencia ofició a la Alcaldía de Cúcuta y a los Jueces Quinto Superior y 4º Civil del Circuito de la misma ciudad, con el fin de que enviasen en fotocopias sendos procesos, cuyo conocimiento consideró necesario para la decisión que debía tomarse;

g) Tales fotocopias fueron enviadas al Tribunal, la una el 11 y la otra el 18 de diciembre;

h) El 17 de febrero de 1981 el Magistrado ponente suscribió nuevo oficio a la Alcaldía de Cúcuta para reiterar el envío de copia auténtica del acta de posesión como Juez Diecisiete de Instrucción Criminal del denunciado Ayala Rodríguez;

i) Dos días después recibió aquel documento;

j) El 4 de marzo de 1981 dictó auto cabeza de proceso y comisionó al Juzgado Cuarto Superior para la práctica de varias diligencias;

k) El 9 de abril aceptó demanda de constitución de parte civil;

l) El 27 del mismo mes ordenó la práctica de nuevas pruebas;

m) El 6 de mayo dispuso el cierre de la investigación;

n) Al día siguiente se declaró impedido para continuar conociendo del proceso por enemistad grave con el sindicado, derivada de expresiones utilizadas por aquél en su indagatoria y de denuncia penal formulada también por Ayala ante la Corte;

o) El 12 de mayo sus compañeros de Sala rechazaron el impedimento;

p) El 20 siguiente el proceso fue enviado a esta Corporación para resolver la situación jurídica planteada;

q) El 17 de junio esta Corporación aceptó el impedimento y dispuso separar al Magistrado Rubio Sandoval del conocimiento del proceso;

r) El 19 de agosto el nuevo ponente asumió sus funciones;

s) El 18 de septiembre el fiscal solicitó sobreseer definitivamente al procesado, y

t) El 17 de diciembre de 1981 la Sala, acogiendo los planteamientos de la fiscalía, sobreseyó definitivamente a Ayala Rodríguez.

3. *Aunque el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal dispone que las diligencias de indagación preliminar se practiquen "dentro del término de diez días", dicho lapso no ha de entenderse como preclusivo y de perentorio y definitivo cumplimiento; puede, en efecto ocurrir que por motivos ajenos a la voluntad del juez o magistrado las diligencias ordenadas no se logren realizar en dicho término o que los documentos pedidos no lleguen durante ese mismo lapso, sin que por ello pueda tildarse de ilícita la demora. No significa esto que la providencia permitida por la norma en comento deba emitirse cada vez que se presente denuncia penal, ni que las diligencias allí ordenadas puedan durar indefinidamente o por largo período, pues el legislador no ha querido que se investiguen subrepticiamente los hechos denunciados socapa de averiguaciones previas ni que se extienda arbitrariamente un período naturalmente breve de información preparatoria y urgente; la indagación preliminar se instituyó para que frente a denuncias de las que no resulte claro que el hecho cuestionado se adecua o no* prima facie *a un tipo penal cualquiera, se allegue la información indispensable para tomar determinación inhibitoria o de iniciación de sumario en término prudencialmente corto.*

4. Al examinar la actuación procesal cumplida por el Magistrado denunciado obsérvese que si bien entre el auto de indagación preliminar y el de apertura de la investigación mediaron tres meses, ha de reconocerse que durante este período ocurrieron las vacaciones judiciales de fin de año (del 19 de diciembre al 11 de enero) y que además el retardo de la Alcaldía en el envío de la copia del acta de posesión del ex funcionario acusado, sumado al estudio de los dos procesos que en fotocopias recibió, determinaron que el auto de apertura de sumario hubiese sido dictado apenas el 14 de marzo. De allí en adelante la actuación prosiguió normalmente hasta su culminación.

5. Los hechos denunciados, luego de recibidas las fotocopias que el Magistrado ponente solicitara, permitían suponer la posibilidad de un hecho punible y, por lo mismo, la determinación de iniciar proceso tenía fundamento racional; que a la postre la acción hubiese culminado con sobreseimiento definitivo por inexistencia de delito no significa que el Magistrado Rubio Sandoval hubiese prevaricado al dictar el auto de apertura de investigación. El impedimento por él mismo propuesto y finalmente aceptado por esta Corporación dan fe de la rectitud con que obró mientras orientó como ponente la investigación.

No resulta entonces que hubiese realizado en el decurso de aquella actuación procesal comportamiento susceptible de encuadrarse objetivamente en un tipo penal determinado.

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

Resuelve

ABSTENERSE de iniciar sumario en el presente caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

HOMICIDIO CON CAUSAL. NULIDAD DE LA SENTENCIA

Tránsito de legislación. Qué hacer con un veredicto que reconoce esta figura. Tratamiento que debe dársele a esta modalidad del homicidio en el nuevo Código Penal.

La imperfección sustancial de la sentencia, de modo que imposibilite o dificulte la aplicación del derecho, genera nulidad de la misma, por inobservancia de las formas propias del juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., marzo 4 de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 10.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por Luis Jorge González o Luis Alfredo Nogales, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta de fecha 16 de julio de 1981, mediante la cual se le condenó a la pena principal de seis años de prisión como responsable de homicidio.

Hechos

En las horas de la mañana del 29 de junio de 1977 el recluso Parmenio Rincón desayunaba en el patio de la Cárcel Modelo de la ciudad de Cúcuta, cuando de improviso se le acercó Luis Jorge González —también detenido— y le asestó una puñalada en el estómago; el herido fue llevado al hospital para curación de emergencia, regresado a la cárcel y conducido nuevamente al otro día al establecimiento hospitalario, en donde falleció el 10 de julio siguiente.

Actuación procesal

La investigación fue adelantada por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal; una vez perfeccionada, llegó al Quinto Superior, en donde se llamó a juicio al procesado por delito de homicidio. Posteriormente esta causa fue acumulada a otras dos que se le seguían al mismo sujeto, una por homicidio en la persona de Miguel Antonio Rozo Peña y otra por posesión de estupefacientes. Los procesos fueron acumulados en el Juzgado Primero Superior. Al responder los respectivos cuestionarios, el jurado absolvió al procesado de los delitos de homicidio en Rozo Peña y de posesión de marihuana; en relación con la muerte de Rincón el veredicto fue del siguiente tenor: "Sí es culpable con causales". El Juzgado declaró contraevidente el veredicto respecto del homicidio de Rozo Peña, determinación que fue revocada por el Tribunal; entonces el funcionario de primera instancia absolvió a González de los tres delitos que se le habían imputado. El Tribunal, en cambio, mantuvo la decisión del Juzgado en cuanto al delito de posesión de estupefacientes y al de homicidio en la persona de Rozo Peña, pero condenó al procesado por la muerte de Parmenio Rincón, a quien consideró responsable de homicidio con causal, según veredicto del jurado.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal cuarta, el recurrente hace dos cargos a la sentencia del Tribunal, así:

1º Se incurrió en nulidad por incompetencia del juez, conforme al numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, porque habiéndose configurado solamente delito de lesiones personales y no de homicidio, el juez competente para conocer del proceso era el Municipal de acuerdo con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. Para demostrar esta aseveración señala que conforme al dictamen médico-legal la herida que mostraba Rozo Peña era de carácter leve, pues no afectó órganos vitales y dejaría incapacidad de apenas 40 días; agrega que no existe en el proceso demostración alguna que per-

mita suponer que su patrocinado hubiese actuado con ánimo homicida; concluye, así, que se está en presencia de un delito de lesiones personales seguidas de muerte.

2. Se incurrió también en nulidad por errada calificación de los hechos en el auto de proceder (Num. 5º del Art. 210 del C. de P. P.), por cuanto tratándose de un mero delito de lesiones personales, el juzgador lo consideró equivocadamente como de homicidio voluntario, error apreciativo que se originó al no percatarse el juzgador de que el procesado no tuvo intención de matar porque ni siquiera conocía a la víctima y de que la herida no fue de carácter mortal.

Concepto del Procurador

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal es de opinión que la demanda sea desechada por carecer de fundamento procesal. Indica que ambos cargos parten del supuesto indemostrado de que González cometió delito de lesiones personales, cuando la verdad es que la herida era grave como se desprende de la diligencia de autopsia, y esta clase de lesiones suelen desatar serias infecciones "de pronóstico reservado y frecuentemente de consecuencias fatales, como ocurrió en este caso".

Considerandos

1. Como quiera que las dos causales de nulidad alegadas por el recurrente están edificadas sobre un mismo supuesto —el de que no existió en el caso *sub judice* delito de homicidio, sino de lesiones personales—, serán examinadas simultáneamente en relación con este punto que constituye su razón de ser.

2. Al contrario de lo que afirma el demandante, la herida que presentaba Parmenio Rincón sí era grave por el sitio de su localización (ver gráfico adjunto a la diligencia de autopsia; Fol. 496), porque perforó el intestino delgado, porque determinó delicada infección connatural y porque desencadenó aguda peritonitis que a la postre ocasionó la muerte en concepto de los médicos legistas (Fol. 495). Por lo que hace al dolo de homicidio, éste fue deducido del arma utilizada, del sitio de la lesión, de la forma fría y calculada como actuó el procesado (derechamente fue hacia su víctima que desayunaba distraída, le tomó y retiró el brazo que le obstaculizaba su acción y le lanzó una cuchillada hacia la parte superior del vientre). Por lo demás, el jurado respondió afirmativamente al cuestionario sobre responsabilidad por homicidio, ya que el confuso agregado "con causales" es predicado ineludible del delito de homicidio sobre el cual se le preguntó.

3. Demostrado, pues, que el delito cometido por el procesado en la persona de Parmenio Rincón fue el de homicidio y no el de lesiones personales, quedan sin base los dos cargos de la demanda, porque de esta conclusión se deduce que el juez competente para conocer de los hechos sí era el Superior y que la genérica calificación jurídica hecha en el auto de proceder fue correcta.

No prosperan los cargos.

4. Aunque hasta aquí llegan los planteamientos de la demanda, la Sala no puede menos de observar que *fueron contradictorias y equivocadas las consideraciones que llevaron al Tribunal a condenar al procesado por delito de homicidio concausal. En efecto, partiendo de la premisa conforme a la cual no hubo homicidio concausal porque la víctima falleció en razón de la mortal herida recibida y pese a señalar que, por consiguiente, tal conducta configura homicidio voluntario, acepta en seguida que como el jurado empleó la expresión "con causales" ha de suponerse que se inclinó por el homicidio concausal como lo pidió el fiscal en la audiencia (lo que no fue cierto; Fol. 646) y concluye que debe entonces aplicar la pena que el artículo 366 del Código Penal anterior señalaba para esta figura, porque es sanción más benévola que la del homicidio simple del nuevo estatuto punitivo.*

No era ésta, en verdad, la solución del problema, pues que el dilema planteado debió despejarse de otra manera: Si el Tribunal creía que la respuesta del jurado apuntaba inequívocamente al homicidio concausal, habría tenido que decidir si lo consideraba o no contraevidente; en caso afirmativo, haría la declaración correspondiente y dispondría regresarlo al juzgado para los efectos legales pertinentes, como lo hizo respecto del otro veredicto por homicidio; en caso negativo, y ante la desaparición de este tipo penal en el nuevo Código, tendría que haber optado entre la absolución por inexistencia del delito —como lo hizo el juzgado de primera instancia— en decisión formalmente lógica, aunque jurídicamente equivocada, y una responsabilidad por tentativa de homicidio si creía que la concausa sobreviniente fue de tal magnitud que decidió la producción del resultado muerte, de manera que la conducta del actor, por sí sola, no lo habría logrado y, consecuencialmente, a ella no se le atribuiría aquel evento.

Si, en cambio, el Tribunal consideraba que el veredicto debía interpretarse en el sentido de una responsabilidad por homicidio simple porque no fue la concausa ulterior determinante del resultado muerte, o porque aquella no existió —premisa de la cual efectivamente partió en este caso—, la conclusión ineludible era la de emitir condena por tal delito conforme al auto de proceder y con favorable aplicación ultraactiva de la sanción prevista en el artículo 362 del Código Penal anterior.

En el plano puramente sustantivo, la desaparición del tipo de homicidio concausal en el nuevo Código Penal bien puede dar lugar también a otras soluciones, así: la del reconocimiento de un homicidio preterintencional si en el juicio llegare a demostrarse (con la aceptación del jurado), que el procesado actuó con dolo de lesión y la concausa ulterior coadyuvante de la muerte le fuese imputable a título de culpa; o la del reconocimiento de unas lesiones personales si, demostrado también el dolo de lesiones, la muerte sobrevino por concausa imprevisible que rompió el nexo causal entre la conducta del actor y su natural resultado, como cuando herida una persona en condiciones tales que la lesión no ofreciese peligro para su vida, es conducida a la clínica en una ambulancia que choca por imprudencia del conductor, se incendia y perece el herido en la conflagración.

5. *En el presente caso, lo que no ha debido hacer el Tribunal fue lo que lamentablemente hizo, esto es, una mezcla injurídica entre aceptación del veredicto como de homicidio concausal y rechazo de tal figura de acuerdo con la realidad procesal para acoger la del homicidio simple, y una indebida aplicación por supuesta favorabilidad, de la pena prevista en el Código Penal anterior para el delito de homicidio concausal respecto de la consagrada en el nuevo para el homicidio simple.*

6. *Frente a tan anómala situación que muestra ostensible contradicción lógica entre los mismos presupuestos jurídicos sentados en los considerandos de la sentencia y entre éstos y la conclusión a que se llega en su parte resolutiva, la Sala no puede menos de reconocer la inexistencia jurídica de dicha providencia.*

El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal exige que entre los considerandos y la parte resolutiva de la sentencia haya concordancia lógica; por eso señala que en aquéllos el juzgador ha de consignar los fundamentos jurídicos de la imputación, de la calificación de los hechos y de la pena o medida de seguridad impunibles, y que en la parte resolutiva se concrete ésta o aquélla, de conformidad con las premisas expuestas en la motivación. La imperfección sustancial del auto de proceder o de la sentencia de modo que vulnere el derecho de defensa en aquel caso o imposibilite o dificulte la aplicación del derecho en este, genera nulidad constitucional porque se ha pretermitido en una y otra situaciones la cumplida observancia de la plenitud de las formas propias del juicio. Así lo reconoció esta Corporación en reciente decisión (agosto 28 de 1981), y así lo reitera en esta oportunidad con la declaración de oficio de aquel fenómeno.

Esta nulidad supralegal afecta solamente la sentencia proferida por el Tribunal; consecuencialmente, ha de emitir nuevo fallo teniendo en cuenta las consideraciones que se han hecho en las motivaciones de esta providencia.

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

Resuelve

CASAR la sentencia recurrida y declarar la nulidad de dicha providencia para que sea proferida de nuevo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCILIACION. INTERVENCION DEL JUEZ

No es discrecional del juez laboral intervenir en la realización de ese acto, sino que es deber legal suyo hacerlo, sin que pueda, además, delegar esa obligación en ningún empleado subalterno

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de marzo de 1982.

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

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 010.

Vistos

A virtud de consulta, corresponde a la Corte revisar la providencia de cuatro (4) de junio de 1981, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali, al calificar el sumario abierto al doctor Héctor Armero Mulki por supuesto delito contra la fe pública en ejercicio del cargo de Juez Primero Laboral del Circuito de esa ciudad, sobreseyó definitivamente a su favor.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra ajustada a derecho la determinación consultada y solicitada, en consecuencia, su confirmación.

Resultados

I. En auto de 26 de septiembre de 1980, por el que esta Corporación revocó el del Tribunal que había dispuesto la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, los hechos fueron resumidos en los siguientes términos:

"... 1. Desde hacía varios años los trabajadores del Banco Mercantil en Cali venían reclamando la liquidación correcta de la prima de antigüedad que les correspondía conforme a la respectiva convención colectiva de trabajo, lo que había llevado al Banco a llamarles para que conciliaran lo referente al pago de vacaciones y a la prima referente a éstas y para lograr, de este modo, un acuerdo extrajudicial al respecto ...".

"...2. Ocurrió, sin embargo, que al ser solicitada la intervención del Juez Primero Laboral del Circuito con el propósito de protocolizar el acuerdo logrado, las actas fueron mimeografiadas y por acuerdo entre el Banco y el Juzgado se consignó en ellas que los trabajadores no sólo declaraban que aquél se encontraba a paz y salvo con ellos por concepto de la reclamación sobre vacaciones, sino también en lo atinente a primas de servicio legales y extralegales y a intereses de cesantía, asuntos éstos que no habían sido materia de la conciliación ...".

"... 3. El Juez Primero Laboral, doctor Héctor Armero Mulki, de otra parte, suscribió las actas sin haber estado presente en la diligencia, faltando a la verdad en la narración de los hechos, e incurrió en un posible delito de prevaricato por su parcialidad a favor de la empresa, en cuyas instalaciones y no en el recinto del Juzgado, fueron llenados los espacios en blanco que contenían los formularios preelaborados para el asentamiento de las actas ...".

II. El Tribunal, aunque admite que el comportamiento del Juez acusado responde al tipo rector de la falsedad documental, niega, no obstante, la existencia del delito, por no hallar antijuridicidad y culpabilidad en el comportamiento del funcionario. Sobre esto último, anota:

"... La antijuridicidad de esta conducta radicaría en el ataque a la fe pública y en la lesión contra los derechos de los trabajadores, por ser un delito pluriofensivo. Pero es de advertir que aquella no se lesionó porque ningún hecho en el acto consignado surgió a la vida jurídica sin la previa aceptación de los trabajadores; menos aún se abrogó (sic) perjuicio patrimonial alguno, ya que como así lo sostiene el indagado se conci-

liaron derechos inciertos y discutibles, susceptibles de ser conciliados, inclusive en beneficio de los trabajadores, porque se liquidaron prestaciones sociales con factores salariales que aumentaron el salario; se expresó o consignó un nuevo criterio para futuras liquidaciones basado en primas extralegales, recargos nocturnos, etc., etc., y en todo lo conciliado no se rechazó un punto concreto y determinado ni los trabajadores lograron determinar algo concreto y cierto para poder colegirse un perjuicio o la investigación haber logrado demostrar en qué porcentaje o en qué prestaciones pudieron recibir perjuicio ...".

III. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de algunas reflexiones atinentes a los hechos probados, concluye:

"... Aunque las explicaciones de su indagatoria resultan atendibles con relación a la ausencia del interés en faltar a la verdad o a la fe pública, o en perjudicar a una de las partes, ya que de él no hay antecedentes de ninguna naturaleza en el informativo, no se puede pasar por alto, dadas sus funciones de Juez Laboral, el hecho de suscribir y dejar suscritas actas con términos que ciertamente pueden prestarse a equívocos, en las que ningún punto de referencia (v. gr. tiempo de servicio, sueldo, etc.), se consignó, y en las que la declaratoria de paz y salvo por determinados conceptos que aunque relacionados con el punto de conciliación (unificación de criterio en cuanto a factores atendibles para la liquidación de algunas prestaciones) no eran materia de pacto conciliatorio...".

"... En el caso a estudio la adecuación típica de la conducta del funcionario acusado y su antijuridicidad no admiten discusión, pero su culpabilidad no logró demostrarse de manera indiscutible ...".

Considerandos

El sobreseimiento definitivo, según la norma del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, exige la plena comprobación de uno cualquiera de los eventos que al efecto ella misma consagra. No constituir delito los hechos del proceso es uno de ellos. Pero contrariamente a lo que afirma el Tribunal, no es verdad que la evidencia recogida acredite la ausencia de infracción penal en el comportamiento del funcionario judicial acusado. *El informativo pregona que éste desatendió ostensiblemente el precepto del artículo 20 de la ley procesal laboral en el trámite de las conciliaciones de que dan cuenta los autos, al no apersonarse de la dirección de los convenios y hacer constar en las respectivas actas, no obstante, lo contrario.*

El procesado acepta su inasistencia a las varias diligencias de conciliación y haber comisionado para ello a la Secretaría del Juzgado, señora Bertha Ligia Sánchez de Bastidas. Y ésta, así mismo, testifica que el Juez procedió en esa forma al atender petición del doctor Luis Góngora Reyna, quien como apoderado del Banco Mercantil requirió la intervención judicial en las audiencias de conciliación "para dejar constancia del pago que iba a hacer el banco a todo el personal de empleados de esa entidad".

Conciliar, en los precisos términos de la normatividad laboral, es llegar las partes en conflicto, con intervención del funcionario competente (juez o inspector del trabajo), a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, a la controversia entre ellas suscitada a virtud de la aplicación del contrato de trabajo.

En consecuencia, no se trata de que el juez laboral discrecionalmente intervenga en la realización de ese acto. Es deber legal suyo hacerlo, sin que, de otra parte, norma alguna lo faculte para delegar en empleado subalterno esa obligación, pues como lo apuntó la Corte en su proveído revocatorio de la aplicación del artículo 163 del ritual procesal penal, la intervención del juez o funcionario competente en la conciliación ha de ser activa, en la medida en que le corresponde no sólo propiciar el acuerdo entre patrono y trabajador, sino velar que con aquél no resulten conculcados derechos ciertos e indiscutibles del trabajador. Es que la conciliación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo, demanda la intervención activa del juez, puesto que le impone a éste el imperioso deber de interrogar a los interesados "acerca de los hechos que originan la diferencia, para determinar con la mayor precisión posible los derechos y obligaciones de ellos". Intervención tanto más insoslayable, cuanto que conforme al artículo 78 ibidem, *la conciliación produce los efectos de la cosa juzgada.*

Sin embargo, para las diligencias de conciliación que recoge el proceso, como con acierto lo relieva el concepto de la Procuraduría Delegada, no fue tenido punto alguno de referencia para la liquidación de las prestaciones discutidas, ni el juez cumplió con su obligación de interrogar a los trabajadores sobre las prestaciones en discordia; y lo que es peor, el Juez Primero Laboral del Circuito de Cali, doctor Héctor Armero Mul

ki, aparece declarando en autos recogidos en las mismas actas que por el acto conciliatorio "no se viola disposición alguna ni se vulneran derechos ciertos e indiscutibles del trabajador", cuando ni siquiera le constaba ninguno de los pormenores consignados en ellas, ni estaba en antecedentes sobre todas las circunstancias del diferendo entre el Banco Mercantil y sus empleados.

Conclúyese, entonces, que si no se remite a duda que el doctor Armero Mulki, en ejercicio de las funciones de Juez Primero Laboral del Circuito de Cali —calidad debidamente acreditada en el expediente—, falseó ideológicamente las diferentes actas de conciliación, de innegable importancia jurídica, como que el acuerdo asentado en ellas venía a convertirse en *res judicata,* tiénese a la vista un proceder judicial atentatorio de la fe pública subsumible tanto en el artículo 231-4 del Código Penal de 1936, vigente a la fecha de los hechos, como en el 219 del Decreto 100 de 1980.

No se trata, por supuesto, de considerar falso el documento porque consta que fue redactado en las oficinas del Banco y no en el Juzgado, o porque aparezca que fue leído al trabajador por el abogado de esa entidad y no por el juez o el secretario, que pueden ser actuaciones válidas a causa de que, hasta allí, las partes puedan actuar, al menos legalmente, con cierta independencia; de lo que se trata en este asunto y en lo que consiste la falsedad ideológica, es en la prueba de la absoluta falta de intervención del juez en cuanto a los términos del acuerdo —que delegó en un empleado subalterno— y respecto del cual hizo, no obstante, trascendentes declaraciones, que no es aventurado suponer favorables a la entidad patronal, desde luego que el acta había sido redactada *in integrum* por los representantes de ésta.

El denunciante Alvaro Trujillo Vargas, en efecto, es enfático en aseverar (Fl. 2) que "a pesar de que en el punto 2º del acta de conciliación el Banco manifiesta que acude al Juzgado únicamente para conciliar lo referente a vacaciones y prima de vacaciones que han sido mal liquidadas, en el punto 4º se hace aparecer a los trabajadores declarándolo a paz y salvo por concepto de prestaciones legales y extralegales, intereses a cesantía, etc.", lo cual rebasaba los términos del objeto de la conciliación y, por tanto, constituía adición que el señor Juez Primero Laboral debió examinar detenidamente, ya que podía colocar a los trabajadores en condiciones de inferioridad y en la práctica significar que el Banco no tendría que pagar a los trabajadores la prima de antigüedad y otros derechos, si éstos les habían sido reconocidos en la correspondiente convención colectiva.

Ciertamente, el texto impreso de las actas de conciliación reza, en su punto 2º, que el Banco "no incluyó para la liquidación de las primas de vacaciones y las vacaciones liquidadas en dinero los promedios semestrales y anuales correspondientes a las primas extralegales ni las horas extras o los recargos nocturnos, ya que consideraba como fijos los salarios de sus trabajadores", de forma que, como lo afirma el denunciante, parece que la pretensión del Banco estaba dirigida a conciliar, únicamente, lo relativo a vacaciones y primas de vacaciones; sin embargo, en el punto 4º los trabajadores aparecen declarando al Banco "a paz y salvo por concepto de primas de servicios legales y extralegales, intereses de la cesantía, prima de vacaciones y compensación de las mismas durante toda la vigencia del contrato que ha existido con el Banco y hasta la fecha de esta acta".

Lo anterior, que sería suficiente para poner en tela de juicio la afirmación de que con el "arreglo conciliatorio no se viola disposición alguna ni se vulneran derechos ciertos e indiscutibles del trabajador", como lo dijo el juez, es cuestión que no se ha establecido procesalmente hasta ahora, sin embargo, con la plenitud exigida por la ley.

No está debidamente acreditado, en efecto, cuál, si la hubo, fue la lesión concreta producida a los trabajadores como resultado de la aprobación judicial del acta de conciliación y siendo poliofensivo el delito de que se trata, tal extremo, de existir, debe hallarse suficientemente establecido con las pruebas del proceso.

Para conseguirlo, resulta indispensable ordenar la práctica de las pruebas pertinentes, entre ellas una detenida inspección judicial, en asocio de peritos contables, a las dependencias del Banco Mercantil de Cali, de modo de establecer inequívocamente cuáles eran los derechos concretos de cada uno de los trabajadores que suscribieron las actas de conciliación y, particularmente, para determinar en forma inequívoca si con éstas se lesionaron derechos ciertos e indiscutibles de los empleados de la entidad; de la misma manera debe ampliarse la indagatoria rendida por el Juez Armero Mulki, de modo de permitir a éste exponer, con amplitud, las razones que le lleva-

ron a delegar en uno de sus empleados subalternos una función que le era propia y a aprobar, sin esa intervención suya, las respectivas actas de conciliación; igualmente deberán practicarse los correspondientes careos entre los trabajadores que manifestaron haber sido engañados con los términos de la conciliación y los representantes del Banco que intervinieron en la elaboración de las actas y, por último, ordenarse las demás pruebas y diligencias que resulten de la práctica de las anteriores hasta obtener el perfeccionamiento de la investigación sumaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, REVOCA la providencia consultada, en cuyo lugar sobresee temporalmente al procesado Héctor Armero Mulki, reabre la investigación hasta por el máximo del término legal y dispone la práctica de las pruebas que se indican en las consideraciones de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS

Cuándo procede la recusación y no el impedimento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 10 de marzo 4/82.

Vistos

El doctor Gustavo Gutiérrez Calderón, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, por auto de seis (6) de octubre del año pasado, se declaró impedido para seguir conociendo del presente proceso que por el delito de abuso de autoridad se ha venido adelantando contra el doctor Jorge Eliécer Soto Roca, por cuanto éste designó como apoderado suyo al doctor Orlando Gutiérrez Céspedes, con quien el Magistrado manifiesta lo liga parentesco en el cuarto grado de consanguinidad.

Al resolver sobre dicha manifestación, la Sala Dual del Tribunal en referencia, declara infundado el impedimento por cuanto aquélla proviene del propio Magistrado y concurre en este caso la circunstancia de que trata el inciso final del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la excusación se origina en el cambio de apoderado, hecho que tuvo ocurrencia al entrar el proceso a despacho del Magistrado para que se le diera posesión al doctor Gutiérrez Céspedes para representar al sindicado.

Expresa la Sala Dual que quien estaba asistiendo al doctor Soto Roca era el doctor José Manuel Cadavid Castaño y que su cambio obedeció al propósito de provocar el del ponente, circunstancia que hace imperativo que la manifestación de la causal de impedimento no proviniera de la parte a quien favorece, sino de la contraria y en ningún caso del propio funcionario, pues en tales circunstancias sólo puede presentarse como recusación, nunca en calidad de impedimento.

Acota el Tribunal apartes de una providencia de esta Sala en que se resolvió, respecto al mismo Magistrado y al mismo abogado, una manifestación semejante.

Para resolver se considera

La Corte, en la oportunidad que acaba de mencionarse, encontró infundado el impedimento que manifestara el Magistrado Gutiérrez Calderón por estimar que tenía base atendible la consideración de que al sustituirse el primitivo apoderado por el doctor Orlando Gutiérrez Céspedes, pariente del funcionario dentro del cuarto grado de consanguinidad, sólo se buscaba apartar a éste del conocimiento del proceso.

Al referirse a dicha situación, esta Sala de la Corte, manifestó lo que a continuación se transcribe por convenir que se recuerda y se tenga en cuenta no sólo en el presente caso sino en otros similares:

"El legislador, en la norma citada en la providencia que inadmitió la comentada excusación (Art. 86, Inc. 2º), previó estas ocurrencias, las cuales sólo buscan, maliciosa o imprudentemente, excluir a los jueces o magistrados que no convienen a la clase de intereses que en un momento dado se presentan, o bien por la rectitud o la severidad que les caracteriza, bien por conocerse en ellos la tesis que suelen defender o por la forma como han proyectado la definición de un incidente, no quiere sino repudia abiertamente la ley esta motivación en las partes y de ahí que haya procurado un remedio tan eficaz como restringir la alegación de impedimento a quien supuestamente debía perjudicar, o sea la parte contraria de aquella que lo ha creado ...".

Concurriendo en el presente caso tres circunstancias fundamentales, a saber, que hubo cambio

de apoderado, que este se produjo en el momento en que el proceso entró a despacho del Magistrado que ahora se declara impedido y que ya tal situación se había dado con anterioridad, no es desacertado pensar que se buscaba el propósito de excluir a este último del conocimiento del negocio.

En esas condiciones, la manifestación del parentesco del último con el apoderado sólo podía hacerla la parte contraria y, como ya se dijo, únicamente en forma de recusación, sin que quepa la modalidad de impedimento.

Todo esto lleva a la conclusión de que éste carece de fundamentación legal y debe decidirse en consecuencia.

Se observa empero, que esta es la segunda vez que entre el mismo Magistrado y el mismo abogado se presenta una situación semejante, es decir, que aquél recibe poder para excluir al segundo del conocimiento de un proceso y este último procede a declararse impedido sin parar mientes en el propósito del abogado y en que, de acuerdo con la norma que se deja citada, sólo podía ser separado del conocimiento del proceso por la vía de la recusación no por la del impedimento.

Eso fundamenta la suposición de que se está frente a conductas que violan las normas disciplinarias y se justifica la expedición de copias de lo pertinente para que se proceda, si por la autoridad competente se estima adecuado, a abrir el proceso del caso.

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

Resuelve

Primero. DECLARAR infundado el impedimento que manifiesta el doctor Gustavo Gutiérrez Calderón y disponer que siga conociendo del presente proceso.

Segundo. ORDENAR que se expida copia de lo pertinente, de acuerdo con lo dicho al final de la parte motiva de la presente providencia y se envíen a la autoridad pertinente para los fines anotados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Los errores en que incurran los jueces o magistrados en la apreciación de determinados puntos de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones. Este delito contra la administración pública no puede ser culposo o por error, sino esencialmente doloso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo B.*

Aprobado: Acta número 11 de 9 de marzo de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al no reponer el auto de 31 de agosto de 1981, por medio del cual llamó a responder en juicio criminal a la doctora Martha Gilma Ospina, ex Juez Municipal de Campamento, "por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones (hoy prevaricato por omisión)", concedió el recurso de apelación contra esta providencia interpuesto por el apoderado de la sindicada, subsidiario del de reposición.

Resultandos

Pedro Valle, detenido en la cárcel de Yarumal por un delito de hurto de ganado mayor, en memorial de 6 de junio de 1979, se quejó ante la Procuraduría Regional de Medellín, porque la Juez Municipal de Campamento ordenó el decomiso de un caballo de su propiedad, y a pesar de haber comprobado su procedencia y reclamado su entrega varias veces, la funcionaria lo envió al coso sin ninguna justificación (Fl. 1).

Posteriormente, el 25 de julio de 1979, seguramente por la ninguna eficacia de su censura, el detenido Valle envía una nueva queja a la Procuraduría Regional, "en vista de que he tenido informes que el caballo falleció por falta de alimento, puesto que la señorita juez ordenó llevarlo a sitio donde no tenía la comida suficiente", por lo cual solicita le sean resarcidos los perjuicios (Fl. 7).

Sólo el 23 de agosto de 1979, se practica visita al Juzgado Municipal de Campamento y, como evaluación de la misma, el abogado visitador anota:

"Del acta de revisión se concluye que el animal encontrado en poder de Valle M., al adelantarse la investigación por la querella que promovió Mazo Mazo al sentirse lesionado en su derecho de propiedad por pérdida del caballo (fue una mula), era de muy dudosa procedencia y que, en principio, ni el uno ni el otro pudieron demostrar que eran los propietarios, y a Valle M. hubo de privársele de libertad en el Juzgado Promiscuo Municipal de Campamento, pasando luego a disposición de uno de los juzgados penales del Circuito de Yarumal, de donde se infiere que su situación ante la ley era bastante oscura.

"Esa duda tan grave movió a la señorita Juez de Campamento a optar por depositar el animal mientras se aclaraba la situación respecto a su verdadero propietario, para no cometer, por ligereza una injusticia, entregándole a quien realmente no tenía derecho de propiedad. Y se la entregó en depósito, exceso de celo por parte de la funcionaria, nada menos (sic) que al señor Alcalde de Campamento, quien lo envió a la finca de su propiedad situada en el Municipio de Anorí, a límites con el de Campamento, en donde el semoviente se murió, debido al mal estado de salud en el cual se encontraba cuando se le entregó" (Fl. 11).

Agrega el funcionario que "por sustracción de materia, debe desecharse la acción punitiva, y en su defecto ha de archivarse el negocio".

Por otra parte, el abogado-visitador, en informe de folio 16, le dice lo siguiente al Procurador Regional, con base en el acta: "Considero que en estas condiciones queda aclarada la situación respecto de este negocio, y la conducta de la doctora Gilma Henao Ospina, quien, como dije en mi primer informe, considero que no procedió de mala fe y antes, por el contrario, trató de ser totalmente imparcial y proporcionarle a los interesados todas las garantías posibles".

No obstante lo anterior, la Procuraduría Regional, comisiona al Personero Municipal de Campamento para examinar el sumario que cursa en el Juzgado Municipal de Campamento contra Pedro Valle Muñetón, verificar su estado actual y allegar remitir copias del proceso desde su iniciación hasta la detención del sindicado (Fl. 18).

Fue así como se agregó copia de todo el sumario, folios 22 a 42, y como resultado del mismo, la Procuraduría Regional, en auto de 16 de septiembre de 1980, folio 52, dispuso:

"Para la Procuraduría los hechos denunciados tan objetivamente por el señor Valle Muñetón, hallan pleno respaldo en las anteriores diligencias, pero como no encuentra que ellos estructuren una conducta disciplinaria, sino un comportamiento típicamente penal, tal como lo deduce el abogado asesor que finalmente desenrrolló la madeja, acoge su concepto y ordena enviar el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito, dándole aviso de posible violación de la ley penal por parte de la señorita Juez Promiscuo Municipal de Campamento, Gilma Henao Ospina, concretamente del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal (sic).

El Tribunal, por auto de 7 de octubre de 1980, folio 56, ordenó una investigación preliminar, para lo cual dispuso la práctica de varias diligencias, inclusive allegar copias de algunas piezas del referido sumario contra Valle Muñetón y de la averiguación realizada por la Procuraduría Regional.

Con base en todas esas probanzas el Tribunal, por auto de 19 de noviembre de 1980, folio 125, abrió la investigación penal correspondiente, ordenando la práctica de las diligencias pertinentes, entre ellas la indagatoria de la doctora Marta Gilma Henao, y lo relacionado con el decomiso y muerte del semoviente, a fin de establecer la responsabilidad por tales hechos, que en el fondo son los únicos alrededor de los cuales ha girado este voluminoso "proceso". De esta investigación resulta lo siguiente:

1. La funcionaria denunciada fue nombrada como Juez Promiscuo Municipal de Campamento, por Acuerdo número 38 de 15 de noviembre de 1978, por el Tribunal Superior de Medellín, folios 112 vuelto; tomó posesión del cargo el 1º de diciembre del mismo año, y lo ejerció en los meses y años anotados en el folio 97.

2. La denuncia penal por el hurto de una mula (no de un caballo), la presentó Joaquín Emilio Mazo Mazo, ante la Alcaldía Municipal de Campamento (no ante el Juzgado), el 29 de diciembre de 1978, folio 22.

3. Según informe del Departamento de Policía de Antioquia, folios 24 vuelto, al Alcalde Municipal de Campamento, la referida mula fue encontrada en poder de Eduardo Antonio Adarve Misas.

4. El asunto pasó al Juzgado Promiscuo Municipal de Campamento, el 27 de febrero de 1979, junto con el capturado Adarve Misas y el semoviente decomisado, y la juez avocó el conocimiento ese mismo día, folio 26.

5. Eduardo Antonio Adarve Misas rindió indagatoria, folio 26, y en ella dijo saber el motivo por el cual estaba detenido. "Yo sí sé, porque compré una mula que no sabía en qué suerte se encontraba, para mí la mula es honrada", negocio efectuado en la plaza de Cedeño, con sujeto que podría reconocerlo, y ante testigos que cita.

6. Probada la propiedad del semoviente en favor del denunciante, el Juzgado se lo entrega en depósito, folio 35.

7. Por auto de 6 de marzo de 1979, el Juzgado decretó la detención preventiva de Eduardo Antonio Adarve Misas, folios 130 y ss., pero en ampliación de indagatoria éste afirma que fue Pedro Valle quien le vendió la mula, dando la siguiente explicación por haber ocultado la verdad.

"Yo quiero decir que la persona que me vendió el animal o esa mula, fue Pedro Valle, yo no había dicho nada de ésto, sino que dije que era un señor forastero porque tenía miedo, cuando yo supe que la mula era robada fui y le dije que me había metido una mula robada y que él me había dicho a mí que era bien conseguida, entonces me dijo que si lo aventaba ante la Alcaldía la teníamos buena, para mí es un hombre

muy peligroso porque él tiene fama de ladrón y además un tipo así es capaz de matar a uno... (Fls. 35 ss.).

8. En esta forma, el juzgado ordenó la captura de Pedro Valle, folio 37 vuelto, y la Policía cumplió tal orden, folio 37 vuelto. *Además, la misma Policía,* en informe a la juez firmado por los Agentes Arboleda Mejía Germán y Antonio Guizado Ruiz, folio Ib., dice: "Así mismo se le ordena al señor José de J. Adarve, quien había hecho un negocio con Pedro Valle, tomándole un caballo a cambio de una deuda que Pedro le debía, negocio que se había realizado en las horas de la mañana, *que presentara el caballo que le había comprado a Pedro,* el cual tiene las siguientes características: colorado, de unos diez años, con las marcas AGR, etc.". En el mismo folio hay un *certificado de compraventa,* según el cual Pedro Valle vende a José de J. Adarve, el caballo descrito, ante testigos.

9. Ante esta nueva situación, el Juzgado por auto de 17 de marzo de 1979, folio 36 vuelto, revocó la detención de Eduardo Antonio Adarve, y ordenó su libertad.

10. El Juzgado recibió indagatoria a Pedro Valle Muñetón, el 5 de abril de 1979, folios 38 y siguientes. Relata que ha sido sindicado varias veces por hurto, que no conoce a Eduardo Antonio Adarve, pero que sí vendió un caballo a un señor Suso Adarve, semoviente que compró a Sigifredo Gallego. Ante la negativa de Valle, se practicó un careo con Eduardo A. Adarve, folio 39, en el cual éste le sostiene a aquél que le compró la mula, dándole en pago un revólver y $ 16.000.00, pero Valle rehúsa el compromiso, a pesar del documento que al respecto existe.

11. Por auto de 7 de abril de 1979, el Juzgado Promiscuo Municipal de Campamento decretó la detención preventiva de Pedro Valle Muñetón, por el delito de hurto de ganado mayor, folios 40 vuelto.

12. Se recibió declaración de la escribiente del Juzgado, María Holanda Vargas, folio 45, y en ella relata que dentro del proceso por el hurto de la mula, se decomisó también un caballo, que fue entregado en depósito al Alcalde Municipal. Explica así el hecho: "Estando este muchacho detenido (se refiere a Pedro Valle), por la cuestión de la mula, como que mandó traer un caballo de su propiedad con el fin de venderlo para pagar unos gastos y la doctora Gilma Henao, como una medida preventiva y en la creencia de que dicho animal podía también ser robado, lo decomisó y lo pasó al potrero del municipio. Allí permaneció varios días el animal y como ese potrero no tiene agua ni pastos, el animal pasó mucha hambre y precisamente para que el animalito no se fuera a morir ahí, la señorita juez se lo entregó en depósito al señor Alcalde y a los ocho días de haber llegado a la finca del Alcalde se murió. El muchacho Valle Muñetón hizo varias solicitudes para que le devolvieran el caballo, pero la doctora no se lo entregó esperando a investigar si era o no de su propiedad ...".

13. A folios 78, 84 y 89, se encuentra el auto de proceder contra Pedro Pablo Valle Muñetón, la sentencia condenatoria de primera instancia y su confirmación en contra del mismo, como autor responsable del delito de hurto de ganado mayor.

14. Como Pedro Valle había dicho que el caballo lo compró a Sigifredo Gallego, se recibió declaración a éste, folio 93, en la cual dice que le vendió una yegua a aquél y que después se la cambió por un caballo colorado, el cual lo compró a Gilberto Herrera, el mismo que la Policía le decomisó a Valle, cuyo informe aparece al folio 100. Aunque en el folio 101 se certifica que dentro del sumario no se encontró ninguna constancia respecto del depósito del caballo, al folio 74 aparece la diligencia de reconocimiento que hizo Sigifredo Gallego de ese animal y la diligencia de entrega en depósito provisional a Angel de D. García. Y, como ya se ha visto, posteriormente se ordenó el depósito en poder del Alcalde Municipal, sin que se sepa cuándo terminó el anterior.

15. Se recibió nueva declaración a José de Jesús Adarve Misas, folio 110, a quien se sobreseyó definitivamente por el hurto de la mula en el mismo auto en que se llamó a juicio a Pedro Pablo Valle por tal hecho, y ahora explica que a éste le vendió un caballo de su propiedad por la suma de $ 10.000.00 por lo cual, al preguntarle si a él le decomisaron ese semoviente, contestó: *Sí, el caballo me lo quitaron a mí y el caballo era mío, el caballo ya no era de Pedro, ya que se lo había comprado a él en los diez mil pesos ...*

16. Por último, se recibió indagatoria a la doctora Gilma Henao Ospina, folios 145 y ss., el 9 de diciembre de 1980. Por el transcurso del tiempo no recuerda, como es natural, los detalles sobre el decomiso y muerte del caballo, dentro del sumario que se siguió a Pedro Valle por el

hurto de una mula, y dice que se atiene a lo que conste en el mismo. No obstante afirma que ella no ordenó tal decomiso, sino que lo practicó la Policía, pero recuerda que lo entregó en depósito a Angel de Dios García, porque en el coso del municipio no había lo indispensable para su mantenimiento, destacando así la corrección y buena fe de su proceder.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que la ex Juez, doctora Gilma Henao Ospina es acreedora a un sobreseimiento definitivo, previa revocatoria del auto de proceder apelado, por las siguientes consideraciones que justifican su actitud al no acceder a la entrega del semoviente del sindicado y condenado Pedro Valle.

"Por donde se ve cuánta razón asistió a la funcionaria aquí sindicada al no acceder a entregar el semoviente al detenido Valle".

Acto que, de otra parte, ella no estaba legalmente obligada a ejecutar.

Su conducta se contrajo a investigar la procedencia de la bestia. Y no habiendo podido aclarar tal cosa, optó por dejarla en depósito en manos honradas.

No ve, pues, esta Delegada dolo por parte alguna en esa actividad de la juez. Y si no existe tal elemento, mal puede haber violación de la ley penal.

Encuentro por ello reales las afirmaciones de la funcionaria sindicada cuando en su injurada afirma con palabras sencillas que se transcriben seguidamente, que todo lo acontecido a este respecto "se hizo conscientemente no se hizo con intención mala de causarle a nadie daño o no había razón para causarle mal a nadie y por eso se lo entregué (el caballo de marras) al señor Alcalde y ahí no hubo intención de causarle mal a nadie".

Consideraciones de la Sala

De la detallada relación procesal que se ha hecho, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

a) El proceso por el delito de hurto de ganado mayor contra Pedro Pablo Valle M., se llevó a cabo, desde su iniciación hasta la sentencia condenatoria, por la ex Juez Promiscuo Municipal de Campamento, doctora Gilma Henao Ospina, dentro de todos los requisitos legales;

b) El procesado Valle fue capturado y detenido luego de que la mula hurtada a Joaquín Emilio Mazo fue encontrada en poder de Eduardo Antonio Adarve Misas, contra quien se dictó inicialmente la detención preventiva. Este amplió su indagatoria en el sentido de indicar, sin ambages, que fue Pedro Pablo Valle, quien le vendió ese animal y le amenazó si decía la verdad;

c) Pedro Pablo Valle Muñetón tiene antecedentes como "cuatrero";

d) Al capturar la Policía a Valle Muñetón, decomisó el caballo que posteriormente corrió tan mala suerte. Es decir, no fue la juez quien ordenó ese decomiso, sino que todo parece indicar que la Policía dio una "batida" entre los sospechosos de abigeato, y uno de ellos fue precisamente quien estaba sindicado por hurto de ganado mayor;

e) La juez denunciada tenía la obligación de averiguar, y así lo hizo, por la procedencia del semoviente, por cuyo motivo no lo entregó al más sospechoso, sino que ordenó su depósito, primero en poder de un particular, y posteriormente en poder del Alcalde, sin que se sepa cuándo terminó el primero, pero hay certeza de que el segundo se efectuó precisamente para evitar la muerte del animal;

f) Es elemental que no son los jueces quienes deben responder por las cosas depositadas, sino los depositarios, por lo cual resulta absurdo pretender imputar la muerte del caballo a la juez, quien dentro de sus atribuciones se negó a entregarlo al procesado, indudablemente porque no estaba suficientemente probada su legítima procedencia. Además, Adarme juró que el caballo era de él;

g) *El abuso de autoridad requiere que se prueben plenamente los elementos constitutivos previstos en el artículo 152 del Código Penal, es decir, que se cometa acto arbitrario o injusto por el empleado oficial. Además, este delito contra la administración de justicia, no puede ser culposo, o por error, sino esencialmente doloso. Y los hechos tan largamente debatidos, que pueden reducirse al ejercicio de una función propia del juez, la no entrega de un animal a un procesado por hurto de ganado mayor, y que murió en poder del depositario o depositarios, en ninguna forma pueden calificarse como arbitrarios e injustos, menos como abuso de autoridad.*

"Para que se estructure el delito de abuso de autoridad, ha dicho la Corte, es necesaria la con-

currencia de un elemento-dolo genérico, del cual pueda deducirse que la arbitrariedad del acto obedece al mero capricho del funcionario y no a un simple error de interpretación, porque los errores que sufran los jueces o magistrados en la apreciación de determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones cuando, por otra parte no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, o sea, aquel otro dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta ...'' (G. J. Tomo LXXX, Págs. 804-1955).

Por lo expuesto, la Corte —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador, REVOCA el auto apelado, y en su lugar SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de la doctora Gilma Henao Ospina, ex Juez Promiscuo Municipal de Campamento (Ant.), por los hechos que fueron materia de este proceso.

Notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION

El recusante debe aportar con la acusación, los elementos de convicción que tenga para fundamentar su solicitud de separación del funcionario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 11.

Vistos

En memorial presentado el tres (3) de marzo del año en curso ante la Secretaría de la Sala Penal, los abogados Alvaro Pinzón Velásquez y Roberto Torres Beltrán, actuando dentro del incidente de recusación propuesto por ellos contra la doctora Beatriz Olave de Valencia dentro del proceso que por abuso de confianza y despojo se ha venido adelantando contra Rubén Darío Restrepo y otros, solicitan lo siguiente:

"1º O bien librar de oficio a la Procuraduría Regional de Ibagué y al Consejo Superior de la Judicatura, para que expidan fotocopia auténtica de las diligencias que están cursando en esos despachos, por queja presentada por los señores antes mencionados (se refieren a Rolando Infante Martínez, Carlos Zambrano y Silvino Salazar), contra los honorables Magistrados Murillo Forero y Olave Valencia.

"2º O bien devolver el negocio al Tribunal de Ibagué para que se sirva evacuar esa prueba y una vez diligenciada devuelvan el expediente a la honorable Corte —Sala Penal—.

"3º Igualmente pedimos que si faltare alguno o algunos de los documentos que mencionamos y pedimos que fueran tenidos como pruebas en este incidente de recusación, capítulo de 'pruebas' de la misma, se sirvan solicitarlo al Tribunal de Ibagué".

Como fundamento de dichas peticiones, alegan los solicitantes, en síntesis, que la Sala recusada omitió decretar la prueba referente a la situación personalísima que, según los recusantes, existe entre el doctor Rafael Murillo y la doctora Beatriz Olave de Valencia, prueba que, por su naturaleza, no estaba al alcance de los memorialistas y que, según ellos, sirve para demostrar que es fundada la causal de recusación mencionada en el numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Para resolver se considera

Al analizar la recusación propuesta por los mismos peticionarios de esta oportunidad contra el doctor Rafael Murillo esta Sala expresó, entre otras cosas, que la situación afectiva, o "subjetiva y personalísima", como ahora la llaman, que pudiera existir entre dicho funcionario y la doctora Beatriz Olave de Valencia no configura el interés a que se refiere el numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, ya que éste se refiere al que pueda existir de parte del funcionario o de un pariente suyo dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, en relación al proceso y nunca entre los componentes de un juez colegiado.

Esto hace que puedan calificarse de inconducentes las pruebas pedidas, ya que no puede ser materia del incidente el hecho alegado.

De otra parte, *el artículo 84 del ordenamiento que se deja citado, al señalar los requisitos de la recusación, advierte que ésta debe proponerse por escrito, ante el juez que conoce del asunto y "acompañando las pruebas o exponiendo los motivos en que se funde" lo que significa que los elementos de convicción deben ser traídos por el recusante para fundamentar su solicitud de separación del funcionario y que si no pueden*

obtenerlos, debe entonces limitarse a exponer los motivos de su petición.

Pero no puede pretender levantar o completar la prueba por medio del juez que conoce de la recusación porque éste debe limitarse a apreciar los elementos de juicio que se le presentan.

Significa lo anterior que son improcedentes las peticiones que formulan los memorialistas y que debe decidirse en consecuencia sobre su solicitud.

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

Resuelve

NEGAR las solicitudes hechas por los abogados Alvaro Pinzón Velásquez y Roberto Torres Beltrán, a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

La presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, no se puede desvirtuar recurriendo al expediente de hacer un nuevo análisis de las pruebas que sirven de sustento al fallo de condena dentro del proceso cuya revisión se busca

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 10 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 11, marzo 9 de 1982.

Vistos

Corresponde decidir el recurso de revisión propuesto por el procesado Jorge Mariño Casilimas, mediante apoderado designado al efecto, con relación al proceso seguido contra él por autoridades de la Justicia Penal Militar y que concluyó con la sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior castrense que lo condenó a la pena principal de un (1) año de prisión, más accesorias correspondientes, al hallarlo autor responsable de imperfecto delito de extorsión.

Por auto de 16 de marzo de 1981, fue reconocido el apoderado designado, se admitió la demanda presentada por éste y se solicitó a los funcionarios correspondientes con carácter devolutivo el proceso original. Así mismo fue abierto el recurso a prueba, limitándose el recurrente a remitirse a las piezas del expediente y que en copias fotostáticas figuran adjuntas a la demanda, al igual que a acompañar duplicados de varias denuncias formuladas por supuestas irregularidades cometidas en el trámite procesal. Por último, dentro del término legal de alegaciones, se recibieron las del recurrente y Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

Hechos y actuación procesal

Los primeros aparecen relatados en el fallo del Tribunal, así:

"... Se sabe de autos que el día 6 de julio de 1977, el particular Jorge Mariño Casilimas, en asocio de su amigo Carlos Ariel Castrillón Cerón, se presentó a la fábrica de muebles de propiedad de Alvaro Sierra Acosta, manifestándole a la secretaria de éste que en su condición de Inspector del Ministerio de Trabajo haría una revisión de documentos para establecer si estaban dando cumplimiento a las normas laborales y una vez, en presencia del señor Alvaro Sierra Acosta, Mariño Casilimas le expresó que como no contaba con el reglamento de trabajo, patente de higiene y afiliación de los trabajadores al Seguro Social, lo amenazó con pasarle un informe que lo perjudicaría; pero que este asunto podría arreglarse si le daba la suma de ocho mil pesos y por tal motivo el señor Sierra Acosta prometió darle dos mil pesos, al día siguiente y el saldo de seis mil, en contados. También se sabe que en el momento en que Mariño Casilimas a eso de las siete de la noche del 7 de julio de 1977 recibía la suma de dos mil pesos, de manos del señor Sierra Acosta, fue aprehendido por unidades del F-2, según operativo que se le había hecho conocer a la víctima ...".

Respecto del trámite procesal, consta que el Comando de la Brigada de Institutos Militares, mediante Resolución número 033 de 5 de abril de 1976, convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Jorge Mariño Casilimas por el delito de extorsión normado en el artículo 406 del estatuto penal entonces vigente, en armonía con el 16 *ibidem*, habiendo sido emitido veredicción absolutoria por el jurado. Ello dio lugar a que la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, por auto de 14 de abril de 1979, declarara contraevidente aquel pronunciamiento, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar y convocado el nuevo Consejo por Resolución número 119 de 16 de octubre de 1978, el veredicto

de los vocales afirmó la responsabilidad del encausado en la tentativa de extorsión y sobre él se asienta la sentencia condenatoria.

La demanda

Aduce la causal tercera de revisión del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, conforme a la cual, el proceso es revisable "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

El demandante sostiene que es falsa la prueba testimonial que sirve de sustento al fallo condenatorio, porque la contradicción de la misma es evidente y de ahí que concluya:

"... En el estudio minucioso de este injusto proceso de que fue víctima mi poderdante Jorge Mariño, se observa una falsedad en las manifestaciones del temerario denunciante Alvaro Sierra y sus acordados testigos hermanos entre sí y su secretaria, en el panorama de esta gran comedia (en donde fueron prácticamente engañadas las autoridades), utilizaron mecanismos maliciosos inteligentemente calculados y premeditados, tomando inciertamente la frase de la tarjeta de ofrecimiento de servicios de mi poderdante, en donde se refiere a 'ex Inspector de Mintrabajo', tergiversando este término como si fuera funcionario en ejercicio, o sea 'Inspector de Mintrabajo', y así fue, con esta *represalia* y actitud *falsa,* se unieron en declaración y con amparos de autoridad, programando dicha comedia intencional, con el propósito de prefabricar una prueba ficticia, haciendo aparecer a mi poderdante como delincuente, y por ende desprestigiarlo ante la sociedad, hasta llevarlo a la cárcel sin haber cometido delito alguno ...".

El recurrente cita los artículos 584 y 585 del Código de Procedimiento Penal como fundamentos de derecho y acompaña las pruebas a que alude la parte final del último de tales preceptos.

Las alegaciones

I. La del demandante, sin aporte de prueba alguna que patentice la falsedad de los testimonios en que se basa la condenación, pretende la sustentación del recurso con los mismos argumentos de la demanda, pues insiste en recurrir a la crítica de los mismos medios de convicción tenidos en cuenta en la sentencia para dejar sentado su criterio y mediante la oposición de éste al del sentenciador fundar la falsedad de la prueba.

II. El Procurador Delegado, por el contrario, luego de referirse a los planteamientos de la demanda, anota:

"... Es verdad, que el recurso de revisión no busca otra finalidad distinta, que el restablecimiento de la justicia aplicada con errores judiciales, que han sido determinantes en la responsabilidad; en él sólo se discute si una persona ha sido condenada con base en pruebas tachadas de mendacidad, así lo ha sostenido la Corte y esto es lo que hay que tratar de demostrar.

"Pero en cuanto al caso materia de examen, los testimonios de cargo, reproducidos en esta demanda, valorados como fueron para determinar la responsabilidad de Mariño Casilimas, y que sirvieron de fundamento para su condena, nos permiten alejar cualquier presunción de falsedad, sobre el valor de su contenido o sobre el motivo o motivos de credibilidad.

"Se pueden tachar de falsos unos testimonios, cuando sus aseveraciones están basadas en actos errados o engañosos, que como prueba falsa pueden lesionar en determinado momento los intereses de la justicia, pero negar la credibilidad o pretender quitar valor probatorio a una serie de testimonios de cargo, como fueron el de Segundo Alvaro Sierra, Rosa Cecilia Cruz Barbosa, Héctor Alejandro Sierra, Guillermo Triana Briceño, Pablo Ortiz y Argemiro Ducuara Duarte, todos ocherentes entre sí y con fuerza de convicción, que a través de sus exposiciones desentrañaron la verdad de los hechos, sería despertar dudas sobre su valor, debatidos como fueron en el juicio, o sobre los posibles errores de apreciación en que el sentenciador incurrió.

"La crítica de los testimonios ya apreciados en la sentencia no son materia de revisión, ha sostenido la Corte.

"Segundo Alvaro Sierra, desde un comienzo de la investigación, señaló las circunstancias en que Jorge Mariño Casilimas suplantando falsa autoridad quiso extorsionarlo, hecho éste que fue impedido oportunamente por el Agente del F-2 perteneciente a la Dipec, Argemiro Ducuara Duarte, con quien acordó servir de testigo presencial en la entrega del dinero.

"De manera pues, que la exposición de Ducuara Duarte, tal como fue traída al proceso, es un testimonio creíble, ajeno a toda sospecha que pueda desvirtuar su fuerza probatoria, tal como lo pretende hacer creer el demandante. Intentar demostrar su falsedad, así como la de los demás

testimonios de cargos, con los argumentos presentados en la demanda, no es sino pretender suscitar dudas sobre el valor y la fuerza de la prueba, ampliamente debatida en el juicio.

"Al respecto la Corte ha sostenido lo siguiente:

'Los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción sino de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia, sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates' (Revisión 2 Spbre. 57, LXXXVI, 197).

"Ninguna prueba ha presentado el recurrente, para demostrar que son falsos los testimonios allegados al proceso y solamente se ha limitado a despertar vacilaciones sobre su valor probatorio, pretensión a todas luces improcedente en materia de revisión ...".

Se considera

El recurso de revisión no es una tercera instancia y para que pueda tener éxito, como es apenas obvio, es menester demostrar alguna de las causales de revisión previstas en la ley procesal.

La que invoca el libelo, como con acierto lo relieva el concepto del Procurador Delegado, requiere el establecimiento objetivo de la falsedad de la prueba en que se funda la condenación, con elementos de juicios distintos. Sin embargo, en relación con las objeciones que la demanda formula al amparo de la causal tercera de revisión se observa que el demandante consagra su empeño en criticar la prueba testimonial tenida en consideración en la sentencia, como si la reapertura de una controversia en torno del valor probatorio de aquéllas, fuera el medio idóneo de relievar la supuesta falsedad de la misma. Es decir, la pretensión, del actor está orientada a hacer prevalecer su personal criterio sobre el valor de la prueba, con olvido de que semejante procedimiento no es la vía adecuada para demostrar su censura de falsedad, pues por notorio que sea para el reclamante el error del juzgador en la estimación de los testimonios recogidos, ello es completamente inconducente e ineficaz para evidenciar el motivo de revisión alegado. Es que, como lo ha repetido esta Corporación incansablemente, la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada no se puede desvirtuar recurriendo al expediente de hacer un nuevo análisis de las pruebas que sirven de sustento al fallo de condena dentro del proceso cuya revisión se busca, sino demostrando en el término probatorio del recurso con elementos de información diferentes, que realmente se ha operado el evento de revisión a que apunta la demanda. Si así no fuera, quedaría desnaturalizado el carácter extraordinario del recurso que, contra toda ordenación procesal, quedaría convertido en una tercera instancia.

El recurso, en consecuencia, no prospera.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el criterio del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de revisión del proceso seguido a Jorge Mariño Casilimas por la Brigada de Institutos Militares.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Estabilidad de los funcionarios judiciales. Cuando el juez hace uso del poder disciplinario, debe respetar y acatar las normas procesales a que está sujeta la potestad sancionadora, si no lo hace, incurre en delito contra la administración pública

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 12.

Vistos

Corresponde decidir el recurso de apelación propuesto por el defensor de la procesada Vilma Stella Guerrero Rodríguez, contra el auto de 16 de marzo de 1981, mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá residenció en juicio a aquélla por abuso de autoridad cometido al ejercer el cargo de Juez Setenta y Nueve de Instrucción Criminal del mismo Distrito.

Hechos y actuación procesal

La doctora Vilma Stella Guerrero Rodríguez, elegida en interinidad Juez Setenta y Nueve de Instrucción Criminal de Bogotá "por licencia de 60 días del titular", ejerció ese empleo a partir del 25 de marzo de 1980 en que tomó posesión de él. En tal carácter dictó el Decreto número 07 de 30 de junio de ese año, por el que resolvió "declarar insubsistente y en consecuencia destituido del cargo de Secretario" "al señor Hernán Delgado O.", e igualmente, "insubsistente el cargo de escribiente" "a la señorita Rosa Irene Becerra", consignando en la parte motiva que tales determinaciones eran tomadas porque contra el señor Delgado, fuera de ser empleado inepto, nombrado en interinidad, "cursa un denuncio penal formulado por la juez" y en la señorita Becerra "se observa también una marcada enemistad con la juez y también desobediencia y deslealtad".

Los subalternos afectados con la decisión de la funcionaria dieron cuenta de lo ocurrido al Tribunal Superior de Bogotá por estimar que con aquélla se había cometido delito y tal Corporación, después de algunas diligencias preliminares, dispuso la iniciación del sumario el 1º de octubre de 1980, quedando establecido en la investigación la calidad de juez concurrente en la acusada para la época de los hechos y que fue ella quien profirió la resolución cuestionada cuando ya los subalternos que desvinculaba del servicio habían adquirido la estabilidad normada por el Decreto 1660 de 1978.

El 16 de marzo de 1981, previa clausura de la instrucción, el Tribunal califica su mérito con la convocatoria de la incriminada a juicio, pues con plena sujeción a la realidad estima que la juez abusó de sus funciones al proceder como lo hizo debido a que tanto el señor Delgado Obando como la señorita Becerra Becerra, Secretario y Escribiente, respectivamente, del juzgado a cargo de la procesada, por haber adquirido estabilidad en sus empleos, no podían ser removidos de ellos, sino en los casos y con sujeción al procedimiento establecido por el Decreto 1660 de 1978. El delito a que se contrae la imputación es el de abuso de autoridad reglado por los artículos 171 del estatuto penal entonces vigente y 152 del Decreto 100 de 1980, porque con base "en la prueba documental que obra en el expediente y en las normas citadas, se tiene que concluir que con el proceder irreflexivo y caprichoso realizado por la doctora Vilma Stella Guerrero ... no sólo realizó un acto contrario a derecho, sino también con abierto y comprobado perjuicio para los señores Hernán E. Delgado Obando y Rosa Irene Becerra Becerra, puesto que los privó de sus empleos, los cuales tenían derecho a ocupar por el

resto del período constitucional''. El *a quo* aclora, así mismo, que ''no constituye delito diferente al de abuso de autoridad el proceder endilgado a la ex Juez Setenta y Nueve de Instrucción Criminal, pues no se demostró que hubiera proferido el Decreto 07 de junio 30 de 1980 por expresa simpatía o animadversión hacia los afectos (sic), situación que se concluye de la motivación que el mismo contiene y de las alegaciones que para justificar su conducta hizo en la indagatoria''.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal ''encuentra satisfechas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal'' y reclama, por tanto, la confirmación de la providencia recurrida, porque:

''... Al tiempo de ratificarse los denunciantes coinciden en señalar que la declaratoria de insubsistencia tuvo como antecedente determinante, la información que ellos tuvieron que suministrar en declaración que rindieron ante el Visitador de la Procuraduría, doctor Alfonso Correa, y donde tuvieron que puntualizar irregularidades que posiblemente comprometían a la juez en el cabal desempeño de sus funciones.

''Seguidamente refutan la motivación de la funcionaria que dio al decreto, por cuanto la supuesta marcada enemistad, desobediencia y deslealtad, que allí se atribuye a la empleada escribiente, nunca se dieron, y porque la ineptitud que se le achacaba al secretario, y la existencia de una denuncia penal que por la pérdida de un expediente la misma juez le había formulado, eran razonamientos sin ningún asidero; pues aunque la funcionaria tuvo conocimiento de que el expediente había aparecido ahí en el juzgado, no obstante rehusó prestar atención y prefirió ratificarse en la denuncia.

''Los denunciantes concluyen reiterando que la funcionaria omitió la aplicación del procedimiento que para esos casos de desvinculación del servicio tiene establecido el Decreto 1660 de 1978, y que con la violación de las normas del Decreto 250 de 1970 se abstuvo de iniciar o promover la iniciación del correspondiente disciplinario.

''Aunque es cierto que cinco días antes de producirse su insubsistencia los empleados habían declarado ante el Visitador de la Procuraduría, acerca de situaciones anómalas, como por ejemplo la constante ingerencia en los asuntos del juzgado de un abogado de apellido Riapira, y aunque también es cierto que en la denuncia penal que la juez formalizó por la sustracción del sumario, la funcionaria expresó que tenía 'sospechas' de su secretario '...por cuanto entre éste y la suscrita se han venido presentando algunas fricciones, que incuestionablemente no me explicó a qué se deba ...', los resultados de tales investigaciones se desconocen, como para deducir la seriedad de las inculpaciones de carácter disciplinario formuladas a la juez, y las relativas al extravío del negocio de que se acusó al secretario.

''Por ello resulta factible que se hubieran dado tales antecedentes, y aquellos otros que la juez acusada destaca en su indagatoria, como la falta de respeto, y el incumplimiento de los deberes por parte de sus empleados, y que en términos generales corresponden a la motivación que dio el decreto de insubsistencia.

''Pero como la medida adoptada fue de destitución, tal como lo advierte la parte resolutiva del citado Decreto número 07 de junio 30 de 1980, y lo ratifican los oficios números 359 y 361 que con esa misma fecha libró la funcionaria a los subalternos afectados (Fls. 3, 4, 22), tal determinación tiene la característica de sanción impuesta por vía disciplinaria, y en ejercicio del poder disciplinario que le asista al superior nominador.

''Más exactamente esta forma de desvinculación del servicio corresponde a la sanción de mayor entidad, que reprime hechos o conductas consideradas como 'muy graves' por el artículo 175 del Decreto 1660 de 1978, y cuya imposición está supeditada a la observancia de un procedimiento previsto en ese mismo estatuto que rige para los empleados de la Rama Jurisdiccional.

''Tal procedimiento comprende la averiguación previa, la formulación de los cargos a los afectados, un término probatorio, y la oportunidad que los asiste para justificarse o disentir. Y en el supuesto de que la sanción se aplicara de plano, con miras a mantener la disciplina interna de las oficinas, tal como está previsto en el artículo 198 del Decreto 1660, aún así la misma disposición establece que en esos casos el superior hará saber al inculpado que puede rendir las explicaciones que estime necesarias. Vale decir, que aun las sanciones de plano —y tal ha sido el criterio de la honorable Corte—, no son excluyentes de todo procedimiento, sino que abrevian ese procedimiento, y haslo (sic) lo limitan, pero de modo razonable y justo.

"Es aquí donde radica la conducta irregular de la Juez Vilma Stella Guerrero Rodríguez, que en la destitución decretada omitió observar el procedimiento específico del referido decreto, u otro cualquiera que garantizara a los sancionados el ejercicio de sus derechos reconocidos por el mismo estatuto.

"Y si se repara que la funcionaria aceptó en diligencia de confrontación sostenida con uno de los empleados, que sí sabía del procedimiento a seguirse para decretar la destitución (Fl. 235), de sus afirmaciones se sigue que el acto arbitrario lo realizó con consciencia de su ilicitud. Por lo demás, son tangibles los perjuicios que se ocasionaron a los afectados, y que se derivaban de su separación del servicio ...".

Consideraciones de la Corte

Es incuestionable que la acusada, al estar revestida del carácter de juez, podía ejercer el poder disciplinario (Art. 186, Dto. 1660 de 1978). Pero para hacerlo debía respetar y acatar las normas procesales a que está sujeta la facultad sancionadora, pues lo contrario significaría dejar al capricho del juez cuestión tan importante como es la que toca con los derechos de los empleados subalternos.

El Decreto 1660 de 1978, al establecer normas sobre la administración de personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, otorga a los jueces la facultad de nombrar a los subalternos, pero al propio tiempo consagra que éstos "gozarán de estabilidad y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo por causas disciplinarias" (Art. 48). Es más, el mismo estatuto preceptúa (Art. 50) que "si dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de su posesión, los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los fiscales nombrados en propiedad no hicieren los nombramientos de que trata el artículo 48, los empleados que venían prestando sus servicios al correspondiente despacho tendrán derecho a la estabilidad en sus cargos hasta el vencimiento del período respectivo, siempre que no se encuentren en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo precedente", vale decir, de aquellas que ameritan declaratoria de insubsistencia y que señalan los artículos 8º, 9º y 10, "o en los eventos de pérdida del empleo".

Desde luego, conforme al artículo 115 ibidem, *"en cualquier momento podrá declararse insubsistente en el cargo, sin motivar la providencia, a un funcionario o empleado titular, provisional o interino que no reúne los requisitos y calidades exigidos para su ejercicio", pero ello —agrega la misma ordenación— "sin perjuicio del derecho a la estabilidad de los empleados judiciales".*

En este caso, sin embargo, como se infiere de la realidad procesal y lo relieva la providencia del Tribunal, no concurría causa alguna que viniera a justificar el retiro del servicio de los subalternos Delgado y Becerra a causa de declaración de insubsistencia. Ambos habían adquirido el derecho a la estabilidad y "el retiro del servicio por destitución sólo es procedente como sanción disciplinaria, con la plena observancia del procedimiento señalado" en el Decreto 1660 de 1978.

Empero la juez procesada, a pesar de que en su indagatoria afirma conocer el rito necesario para el ejercicio del poder disciplinario, por el decreto suyo de 30 de junio de 1980 retiró del servicio a dos de sus subalternos con olvido del procedimiento a que debía ceñir su actuación. No podía hacer lo que hizo, porque si de mantener el régimen de disciplina interna del juzgado a su cargo se trataba, sólo estaba facultada para "imponer de plano a los empleados multas hasta por cinco (5) días de salario mensual y suspensión sin remuneración hasta por seis (6) días" y siempre teniendo el superior la obligación de hacer saber "al inculpado que puede rendir verbalmente las explicaciones que considere pertinentes" (Art. 198, Dto. 1660). Es más, ni siquiera en la hipótesis de ser ciertas las situaciones a que alude la parte considerativa del referido decreto sería admisible el proceder de la incriminada, puesto que en los precisos términos del artículo 199 id. "cuando la falsedad pudiera dar lugar a destitución, el superior inmediato puede relevar de sus funciones al empleado suspendiéndolo provisionalmente de su cargo, sin derecho a remuneración, mediante resolución expedida de plano que tendrá vigencia inmediata y cuyos efectos se prolongarán mientras se surten los procedimientos disciplinarios, pero en ningún caso por tiempo superior a noventa (90) días, vencidos los cuales sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho a reincorporarse a su cargo".

En suma, es evidente que la funcionaria judicial incurrió en acto arbitrario e injusto: abusó de su autoridad y causó perjuicio palmario a los empleados, a quienes retiró del servicio con desconocimiento de sus derechos. Cometió de ese modo el simple delito de abuso de autoridad pre-

visto por el artículo 171 del dispositivo penal entonces vigente (y por el artículo 152 del actual), desde luego que, como lo advierte el a quo, *no se da la animadversión a la sazón reclamada por el artículo 168 de la Ley 95 de 1936 para la estructuración de la prevaricación, supuesto que las constancias procesales no acreditan la malquerencia de la juez hacia los subalternos que desvinculó del servicio y, como es apenas obvio, no podría invocarse el propio acto arbitrario como prueba de la desafección, pues a lo sumo éste vendría a constituir su origen.*

Probados en el proceso, en consecuencia, los ingredientes que tipifica el delito de abuso de autoridad e igualmente, la autoría que de él tiene la ex Juez acusada, sin que en relación con ésta concurran circunstancias que impidan la imputación a título intencional, procede el auto enjuiciatorio como lo manda el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

Así pues, la decisión recurrida merece confirmación, por cuyo motivo la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el criterio del Procurador Delegado, CONFIRMA el auto de enjuiciamiento apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION A JUEZ COLEGIADO

En nuestro sistema procesal no es procedente la recusación colectiva de funcionarios

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1982.

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

Aprobado: Acta número 012.

Vistos

En el proceso seguido contra Antonio María Ballesteros Cogollo, por fraude mediante cheques, el doctor Bladys Caamaño Martínez, defensor del procesado, recusó a los Magistrados, doctores Gustavo Gutiérrez Calderón, Alix Cecilia Daza de Díaz y Pedro Camacho Orozco, integrantes de la correspondiente Sala de Decisión, quienes no aceptaron los hechos fundamento de la recusación, lo declararon así, conjuntamente y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, resolvieron, en consecuencia, enviar el proceso a la Corte para la decisión del incidente.

Considerandos

No puede la Corte, sin embargo, entrar a resolver sobre el incidente propuesto, a causa de no haberse observado por los Magistrados recusados el procedimiento legal establecido para la decisión del asunto.

Como lo ha venido sosteniendo la Corte, en parte alguna de la ley procesal penal se establece trámite de ninguna naturaleza para la recusación colectiva de funcionarios, tesis que reiteró en autos de 15 de septiembre y de 10 de diciembre del año pasado, en los cuales sostuvo:

"... 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 (Arts. 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 ...".*

En consecuencia, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Valledupar tramitó el incidente provocado por el defensor del procesado sin sujeción a los trámites dispuestos en el Código de Procedimiento Penal, de modo que, en tales circunstancias, la Corte carece de la capacidad funcional para resolverlo.

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.

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.

COLISION DE COMPETENCIAS

Es de la esencia de este fenómeno, que se trabe una controversia jurídica entre dos o más jueces o magistrados en la que razonadamente uno y otro consideren que son o que no son competentes para conocer de un mismo proceso penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 12.

Vistos

Se ha planteado ante la Corte colisión negativa de competencias entre el Comandante de la Tercera Brigada de Cali y el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, con sede en Buenaventura.

Resultandos y considerandos

1. El particular José Mauricio Caicedo Valencia dio muerte al agente de policía Federico Segura Sinisterra en el interior del hospital regional de Buenaventura donde prestaba servicio, el 15 de agosto de 1981.

2. Mediante providencia del 18 de enero del presente año, el Comandante de la Tercera Brigada provocó colisión de competencia negativa al Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, pues considera que los hechos ocurrieron en jurisdicción de este Comando, ya que conforme "a la disposición (sic) 00014 del 6 de junio de 1978, que modificó la número 005 de 1976 el perímetro urbano de la ciudad de Buenaventura está inscrito (sic) dentro de la jurisdicción de la Fuerza Naval del Pacífico, para efectos de Justicia Penal Militar".

3. En breve auto del 11 de febrero pasado el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico dice: "Visto el anterior informe secretarial y siendo ello así y como quiera que el señor Comandante de la Tercera Brigada de la ciudad de Cali provoca desde ahora la colisión de competencias negativas (sic), en consecuencia, deben (sic) remitir las sumarias a la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación—, para que allí de una vez por todas diriman la colisión; se ordena la remisión".

4. *De conformidad con el artículo 397, del Código de Justicia Penal Militar, si la colisión fuere de oficio "quien la suscite se dirigirá ante el otro funcionario, exponiendo las razones que tiene para conocer o no del caso concreto. Si este acepta, asumirá el conocimiento; y si no acepta, el proceso irá a la Sala de Casación Penal de la Corte para que allí decida de plano".*

Por su parte, el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal señala que "hay colisión de competencias cuando dos o más jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos".

La esencia misma de este fenómeno supone, pues, que se trabe una controversia jurídica entre dos o más jueces o magistrados en la que razonadamente uno y otro consideran que son o que no son competentes para conocer de un mismo proceso penal; sólo entonces, el superior debe intervenir para dirimir el conflicto. Por manera que cuando provocada por un funcionario colisión negativa de competencias a otro, éste se limita a enviar el proceso al superior para que decida, no se ha producido realmente controversia alguna, pues ésta debe ser expresa y razonada, y por consiguiente, el superior careciendo de materia sobre la cual deba pronunciarse, ha de abstenerse de resolver el asunto.

Como quiera que es esa la situación en el presente caso, puesto que el señor Comandante de

la Fuerza Naval del Pacífico se limitó a enviar el sumario a esta Corporación, sin pronunciarse concretamente sobre la manifestación hecha por el Comandante de la Tercera Brigada en punto a competencia para conocer de los hechos investigados, síguese que la Corte nada tiene que resolver hasta ahora.

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

Resuelve

ABSTENERSE de decidir sobre este asunto y disponer el envío del proceso al señor Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, para que se pronuncie sobre la colisión que le ha sido planteada.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Por ser una medida de carácter excepcional, no puede decretarse con base en simples conjeturas que puedan hacerse anticipadamente sobre un resultado adverso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 12.

Vistos

Procede la Corte a rendir concepto respecto de la solicitud de cambio de radicación formulada por Parménides Tolosa de la Rosa, sindicado por el delito de homicidio en José Manuel Díaz Granados y lesiones personales en Catalina Goenaga de Díaz Granados, según hechos ocurridos en la ciudad de Santa Marta el día 2 de marzo de 1978. A esta causa fueron acumulados los procesos por tenencia de marihuana y fuga de presos que, contra el mismo sindicado, cursaban en los Juzgados Primero y Tercero Penales del Circuito de esa ciudad.

El memorialista fundamenta su solicitud en las siguientes afirmaciones:

a) Las vinculaciones de tipo familiar entre los señores Díaz Granados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional en Santa Marta "hace dudosa la correcta aplicación de la justicia" en este caso, aparte de que el prestigio e influencia de todo orden de dicha familia en la ciudad y en la región "pueden adquirir matices coercitivos", si se tiene en cuenta, además, el origen humilde del peticionario;

b) Ha sido perseguido desde su detención en la propia cárcel, y se le han atribuido otros supuestos delitos, lo que lo lleva a pensar que existe el propósito de hacerlo aparecer como un personaje siniestro, algo así como "Jack, el Destripador";

c) Renuencia de los abogados a asumir su defensa "porque consideran perdido el negocio de antemano".

Infortunadamente el solicitante no aportó elemento de juicio diferente de sus propias aseveraciones, lo cual impide formarse claro concepto acerca de la necesidad del cambio de radicación impetrado.

Para tratar de llenar ese vacío, la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia envió sendos oficios a los señores Jueces Segundo Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y Fiscal de ese mismo Despacho, en los cuales les solicitaba la siguiente información: "si han tenido conocimiento de que el mencionado proceso, debido a los lazos familiares que unen a la familia Díaz Granados con funcionarios de la Rama Jurisdiccional, ha sufrido presiones que impidan la aplicación de una recta administración de justicia".

Ambos funcionarios respondieron negativamente la inquietud que motivó los oficios, pero el juez reseñó en su contestación que el abogado que inicialmente apoderó al sindicado renunció al poder y que dos profesionales más no se han hecho cargo de su defensa, por lo cual al presente carece de apoderado. No se anotan las posibles causas de esa renuencia de los abogados a asistir a Parménides Tolosa de la Rosa (Fl. 7).

El Fiscal anotó al final de su respuesta: "Lo anterior no obsta para expresarle que este proceso, dada la calidad e importancia de la víctima, pueda sufrir trastornos en lo que se refiere a las personas que han sido designadas mediante sorteo como jurados de conciencia, perdiéndose tal vez por razones de desigualdad social de la víctima y el victimario, el equilibrio que debe merecer toda causa criminal" (Fl. 1).

Respecto de la concreta indagación que se les había formulado tanto al Juez como al Fiscal,

comunicaron que el proceso no ha sufrido interferencia alguna derivada de los lazos que puedan unir a la familia Díaz Granados con funcionarios de la Rama Jurisdiccional, ni se han registrado presiones que afecten la recta administración de justicia en ese caso (Fls. 1 y 7).

Se considera

Como lo ha dicho en otras ocasiones la Sala, 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, por tanto, las conjeturas que puedan hacerse anticipadamente sobre un resultado adverso, ni son suficientes las simples apreciaciones en contrario, por explicables que sean, provenientes de quien aspira a ser juzgado en un Distrito Judicial diferente.

Sólo en presencia de la razonable convicción de que circunstancias predicables de las personas o del ambiente, debidamente comprobadas, no garantizan los derechos del procesado, entre los cuales, el primero, está el de la seguridad de una insospechable dilucidación de los hechos y responsabilidad que se le atribuyen, puede autorizarse que el juzgamiento se realice en otro medio judicial excento de esas preocupaciones.

La posición distinguida de la víctima y de su familia y la posible influencia que de allí pudiere llegar a derivarse, no obran, por sí solas, como motivo de cambio de radicación de un proceso, sino en cuanto efectivamente se constituyan en factores perturbadores de la serenidad, independencia e imparcialidad con que deben ventilarse las cuestiones judiciales en un determinado medio.

A este respecto, son enfáticos los dos funcionarios consultados en que ese factor no ha interferido para nada en la correcta tramitación de este proceso. Y son ellos, en razón de sus respectivos cargos, personas en óptimas condiciones para percatarse de ello, pues el asunto cursa en sus despachos.

La apreciación del señor Fiscal en cuanto a la posible falta de independencia de los jurados sorteados, aparte de que constituye una descalificación anticipada, se traduce más bien en una censura a esa institución y a la forma como opera, la cual no desaparecería por el hecho de ser juzgado el caso en otro Distrito Judicial.

Además, el tenor del señor representante del Ministerio Público en cuanto al estricto cumplimiento del deber por parte de los jurados de conciencia encuentra correctivo en su propia intervención, pues será él quien actúe en este caso en nombre de la sociedad y, por lo mismo de la justicia, y podrá también procurar su remoción si es que existen fundadas razones para pensar que serán inferiores respecto de la honrosa y delicada misión que se les ha encomendado.

Fuera de lo anterior, también hay correctivos procesales para el caso de que los jueces del pueblo se aparten de las realidades y evidencias del proceso.

Lo que sí preocupa es que las afirmaciones del peticionario, en cuanto a la imposibilidad de obtener quien lo defienda en esa ciudad pudieran llegar a tomar cuerpo, pues en ese caso se conculcaría el presupuesto básico para su juzgamiento que es la adecuada defensa.

Infortunadamente no se acreditaron las razones por las cuales varios abogados han rehuido la defensa, las que, de haberse aportado, habrían facilitado la cabal valoración de este aspecto.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa DESFAVORABLEMENTE el cambio de radicación solicitado.

Devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA APLICACION DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 22 DE 1980 EN SU 2ª HIPOTESIS, NO ESTA SUBORDINADA A LA LIMITACION DE LA PENA MAXIMA IMPONIBLE, COMO LO ESTA EN SU 1ª HIPOTESIS

La cesación del procedimiento, desvinculando al sindicado de un proceso cuando no existe ni la prueba mínima para una medida precautelativa, debe resolverse con más amplitud que cuando se trata de investigación en averiguación del sindicado, caso este último en el que, a diferencia del anterior, no puede ordenarse la cesación del procedimiento si la pena máxima señalada para el delito es o excede de ocho años

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 12 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Aprobado: Acta número 12, marzo 11 de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por auto de 12 de septiempre de 1979, sobreseyó definitivamente en favor del doctor Alberto Laíno Moreno, en su calidad de Juez Civil Municipal de Ocaña, por un delito de abuso de autoridad, y temporalmente por el de falsedad, según hechos que fueron materia de este proceso.

El Fiscal Primero de tal Corporación interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio, del mencionado auto, para que en su lugar se dicte auto de proceder por ambas infracciones contra el referido juez.

El Tribunal, por auto de 28 de septiembre de 1979, no repuso la providencia recurrida y concedió la apelación ante la Corte.

Se pasa a resolver el recurso, previos los siguientes resultandos y considerandos:

1. Los hechos que dieron lugar a la acción penal los relata la Procuraduría Delegada, así:

"Relatan los autos que el 31 de octubre de 1978 el Juez Alberto Laíno Moreno, le exigió la renuncia a la citadora del Juzgado, señorita Tilcia Alvarez Pereira, y como no la presentó, mediante Decreto 005 de 31 de octubre de 1978, se declaró insubsistente el nombramiento, novedad que sólo se le comunicó el 9 de noviembre de aquel año. Mediante Decreto 006 del 31 de octubre de 1978, se hicieron varios nombramientos, entre ellos, el de la señorita María Eugenia Sarmiento D. Vera, quien sucedió a Tilcia Alvarez; se posesionó el 4 de noviembre, pero empezó a trabajar desde el 2 de ese mes y cobró la quincena completa, por cuanto que en el acta de posesión se anotó que surtía efectos fiscales a partir del 1º de noviembre, y así lo certificó el incriminado en la respectiva nómina.

"La quejosa manifiesta que el decreto de insubsistencia se elaboró el 9 de noviembre y no el 31 de octubre, cuando el juez regresó de un permiso que le habían concedido y que estuvo yendo al juzgado a cumplir con sus funciones, excepto los días 2, 3 y 4 de noviembre que estuvo incapacitada por enfermedad".

2. En la investigación penal se estableció la calidad de Juez Civil Municipal de Ocaña, del doctor Alberto Laíno Moreno para la época de los hechos, según los documentos que figuran a folios 18, 34 y 175, además de la posesión y ejercicio de sus funciones.

También se allegaron copias de los Decretos 003 de 2 de agosto de 1978, y 005 de 31 de octubre de 1978, según los cuales Tilcia Alvarez Pereira, fue nombrada en interinidad, como citadora grado 2º del Juzgado Civil Municipal de Ocaña, y declarada insubsistente, en su orden (folios 41

y 42, además de la inspección judicial, folios 36 y siguientes).

El 10 de febrero de 1979, se recibió indagatoria al juez denunciado, doctor Alberto Laíno Moreno, quien en relación con los hechos, dijo en lo pertinente:

"El 1º de agosto de 1978, tomé posesión del cargo de Juez Civil Municipal de la ciudad, en interinidad, el 5 del mismo mes y año me posesioné en propiedad. Al tomar posesión del cargo se encontraban laborando en dicho Juzgado los señores Carlos Daniel Luna, Alcibiades Escalante, Dalida Mejía, Antonio Vergel y Tilcia Alvarez, desempeñando los cargos de Juez, Secretario, Oficial Mayor, Oficial Escribiente y Citadora, respectivamente, inmediatamente entré a desempeñar mis funciones noté una gran anomalía en las labores que como Secretario del Juzgado desempeñaba el señor Alcibiades Escalante, por lo tanto decidí declararlo insubsistente y dejar en su cargo a la señorita Tilcia Alvarez, quien se encontraba haciendo una licencia. Quiero aclarar que al tomar posesión del cargo de Juez Civil Municipal de la localidad, todos volvían a sus cargos quedando por fuera la Alvarez Pereira, pero debido a la declaratoria de insubsistencia del señor Alcibiades Escalante, nombré en interinidad a Tilcia Alvarez. Durante los tres meses siguientes a mi posesión, la empleada que se mostró *incompetente* para desempeñar el cargo fue Tilcia Alvarez, *no sólo por no saber desempeñar sus funciones,* sino también quitándoles el tiempo a los demás empleados en el sentido de que les preguntaba cómo se debía desempeñar el cargo de *Citadora,* cuando éstos se encontraban ocupados. Estando dentro de los tres meses de prueba decidí declarar insubsistente a la Alvarez Pereira por ineptitud para desempeñar el cargo, en interpretación del Decreto 1660 de 1978 que concede 90 días al funcionario o titular del despacho en propiedad, para remover a sus empleados e integrar en debida forma la nómina de sus empleados ..." (Fols. 52 y ss.).

Recibidas las declaraciones de la denunciante, de los demás empleados del Juzgado, y de varios testigos, que en el fondo coinciden en que el Juez Civil Municipal de Ocaña dice la verdad en su indagatoria, respecto de la declaratoria de insubsistencia del cargo de la primera, por encontrarse en interinidad en período de prueba, se declaró cerrada la investigación.

3. No obstante, antes del cierre de la investigación, el apoderado del juez denunciado, había solicitado la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo trámite el Fiscal del Tribunal, al descorrer el traslado, se pronunció en contra de la cesación del procedimiento, porque en su concepto, "según se infiere de autos, el decreto de destitución o insubsistencia de la señorita Tilcia Alvarez fue elaborado el 9 de noviembre de 1978, pero se le fechó el 31 de octubre para tratar de darle una apariencia de legalidad", dando origen a los delitos de abuso de autoridad y falsedad en documentos.

El Tribunal, por auto de 24 de abril de 1979, de acuerdo con su colaborador, negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Para la calificación del sumario se oyó nuevamente la voz del Ministerio Público, cuyo Fiscal solicitó el llamamiento a juicio del doctor Alberto Laíno Moreno, Juez Civil Municipal de Ocaña, por los delitos de falsedad en documentos y abuso de autoridad, por las razones expuestas en su vista anterior.

El Tribunal, por auto de 12 de septiembre de 1979, sobreseyó definitivamente al doctor Alberto Laíno Moreno, por el delito de abuso de autoridad, y temporalmente por el de falsedad, como Juez Civil Municipal de Ocaña.

El señor Fiscal pidió reposición y en subsidio apelación de la mencionada providencia, y el Tribunal, en el auto que se revisa, no repuso el recurrido.

4. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, conceptúa que la providencia apelada debe revocarse respecto del sobreseimiento temporal por el delito de falsedad, para que en su lugar se sobresea definitivamente, a la vez que debe revocarse el sobreseimiento definitivo por el delito de abuso de autoridad, para que en su lugar se abra causa criminal por tal delito.

Como puede verse, ha surgido un verdadero debate por los delitos que pudo haber cometido un juez municipal al declarar insubsistente una Citadora que se encontraba desempeñando el cargo de manera interina y en período probatorio, en cuya actividad el decreto respectivo no encaja con la fecha en que fue retirada, por cuyo motivo la afectada dejó de percibir uno o varios días de su sueldo.

Ahora bien:

La Sala considera que tal debate no puede proseguirse ante la vigencia de la Ley 22 de 17

de septiembre de 1980, posterior como puede verse, a las decisiones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y a los conceptos de los representantes del Ministerio Público, en el expresado Tribunal y en la Corte.

En efecto:

El artículo 5º de la Ley 22 de 1980, ordena la cesación del procedimiento en dos eventos diferentes: 1. En los procesos en que hayan transcurrido más de dos años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, siempre que se trate de delitos, cuya pena máxima imponible en la respectiva disposición penal sea inferior de ocho años, y 2. Cuando transcurridos más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o ésta hubiere sido revocada, en cuyo caso el juez procederá de oficio y sin el concepto del Ministerio Público.

Ante estas situaciones, debe preguntarse: la cesación del procedimiento cabe para todos los delitos, ¿no importa cuál sea el máximo de la pena imponible en la respectiva disposición penal?

Para el primer caso, la respuesta se encuentra en el mismo artículo, es decir, que la cesación del procedimiento para los procesos en averiguación, en los cuales no ha sido posible identificar a los presuntos responsables, sólo opera para los delitos cuya pena máxima imponible en la respectiva disposición penal sea inferior a ocho años. En consecuencia, hay limitación del quantum *de la pena, y, por consiguiente, de la naturaleza o gravedad del delito, indudablemente porque esta cesación se refiere a* los procesos *en los cuales no ha sido posible identificar a ningún responsable. De allí que la limitación de los delitos y de las penas prácticamente no perjudica a ningún responsable conocido en delitos, cuya pena máxima sea inferior de ocho años. Pero en delitos que sobrepasan de ese máximo, que son los más graves, la Ley 22 no los cobijó con la cesación de emergencia, porque causan mayor alarma a la sociedad, por ejemplo, el homicidio, el secuestro, etc., y entonces la acción penal debe quedar expedita para proseguir por lo menos hasta que se presente el fenómeno de la prescripción.*

Pero en cuanto a la segunda hipótesis, que se refiere a los procesados *que han sido vinculados al sumario y rendido indagatoria hace más de dos años, sin que exista prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o que ésta se hubiere revocado, la cesación del procedimiento, desvinculando al sindicado de un proceso por cuanto no existe ni la prueba mínima para una media precautelativa, debe tener más amplitud en cuanto a los delitos y a las penas, de acuerdo con el espíritu de la misma ley, por cuanto se trata de un caso completamente diferente al primero, en el cual no se hace expresa limitación de la pena máxima imponible en la respectiva disposición penal, como sí se hace expresamente en éste. En consecuencia, si la ley no lo dice, no cabe interpretar este silencio asimilándolo al primer caso, pues la interpretación desfavorable en materia penal no es jurídica, ni justa.*

La Sala ha hecho la exégesis de esta ley, en lo relativo a los casos previstos por el artículo 5º, llegando a la conclusión de que son diferentes, y que la limitación del máximo de la pena en ocho años para el primer evento, no está taxativamente prevista por el legislador en el segundo, por lo cual en este caso la cesación del procedimiento, no tiene limitación en la pena máxima del delito.

Al respecto, en providencia de 10 de diciembre de 1980, esta Sala, entre otras cosas, dijo:

"El tema de la cesación del procedimiento fue ampliamente debatido en las sesiones de la Cámara, correspondientes a los días 23, 28 y 29 de noviembre de 1978 (Actas números 19, 20 y 21). De su lectura se concluye con toda claridad que en ningún momento de la discusión se vinculó a la limitación por pena la viabilidad de la cesación de procedimiento en los casos referentes a persona a quien se indagatorió o se le detuvo preventivamente. Al contrario, de toda la intervención de los participantes surge con nitidez que esa hipótesis es completamente diferente de la considerada en el inciso primero del proyecto del artículo décimo en sus dos hipótesis.

"... ... ...

"Revisadas las ponencias para primero y segundo debates en el Senado, se observa que tampoco se desprende, de lo que se dijo sobre el tema, que la restricción por la penalidad comprendiera también a la segunda hipótesis de cesación de procedimiento.

"... ... ...

"No solamente no se extiende la limitación por la pena a la segunda hipótesis, pues se tratan en forma separada, aunque dentro del mismo ar-

tículo, sino que cabe destacar la manera como empieza refiriéndose el ponente a la segunda hipótesis. Igual tratamiento se da. Esto es, también se aplica la cesación de procedimiento, pero no bajo los mismos supuestos o condiciones.

"... ... ...

"En la segunda hipótesis, la persona fue vinculada al proceso y se le recibió indagatoria y hasta se llegó a dictarle auto de detención, pero las perspectivas de la investigación son negativas respecto de una adecuada decisión de esa situación sub judice.

"Se busca por tanto, no mantenerla indefinidamente vinculada a un proceso sin éxito predecible y sometida al gravamen de todo orden que esto significa, sin más esperanza que una prescripción de la acción penal, casi siempre lejana en el tiempo.

"... ... ...

"Existiendo las anotadas diferencias entre los dos supuestos que consagra el artículo 5º para la cesación extraordinaria de procedimiento, no parece desacertado darle un tratamiento más amplio al segundo, que puede consistir, precisamente, en no vincular su viabilidad al requisito del quantum *imponible de pena, máxime que la ley no lo hizo de manera expresa o indubitable, dando cabida, cuando menos, a una interpretación 'favor rei' de la situación dudosa. Lo contrario implicaría una interpretación restrictiva o en lo desfavorable, lo cual no es permitido en materia penal.*

"... ... ...

"Finalmente cabe agregar que la aplicación de la cesación de procedimiento por las dos hipótesis a que se refiere el artículo 5º de la Ley 22 de 1980, está circunscrita al ámbito de la vigencia temporal que se fijó la propia ley, y que la segunda hipótesis, o sea la considerada en el inciso segundo del citado artículo, es de carácter personal e individual.

"..."

[Proceso contra el General (r) Jorge Ordóñez V.].

En el caso de estudio, a lo sumo, habría que optar por un sobreseimiento temporal, como acertadamente opina el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pero que no conduciría a ningún resultado, pues el debate gira alrededor de un punto imposible de probar, como se deduce del mismo concepto fiscal, cuando dice:

"El doctor Joaquín Pablo Santana Barbosa, Fiscal del Juzgado Segundo Superior (Fl. 106) en cambio, manifiesta que el doctor Laíno le mostró y leyó el decreto de insubsistencia de Tilcia, el 2 de noviembre de 1978.

"Todas estas evidencias contradictorias, ponen de manifiesto que es necesario ahondar más en la investigación para hacer claridad y obviar la duda que se ha planteado, tal como lo determinó el Tribunal en desacuerdo con su colaborador fiscal".

Ahora bien:

El juez sindicado, doctor Alberto Laíno Moreno rindió indagatoria el 10 de febrero de 1978, o sea hace más de dos años, sin que el Tribunal, ni la Corte, hayan encontrado mérito para su detención precautelativa, por cuanto no se reúnen los presupuestos determinados por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal para tomar esa medida. Y como la pena máxima por la sindicación del delito de falsedad excede de ocho años, cabe perfectamente la interpretación del segundo inciso del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, en cuanto a que el sindicado de estas especiales circunstancias merece la cesación del procedimiento, porque, en síntesis, el referido inciso no limitó tal medida, ni expresa ni tácitamente, en relación con el máximo de la pena, como sí lo hizo en el inciso primero, dando así un tratamiento diferente a la cesación en los procesos en averiguación y en los que figura algún sindicado contra quien ni siquiera existe mérito para detenerlo preventivamente, dentro del lapso de dos años de rendir indagatoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, REVOCA la providencia apelada y en su lugar, decreta la cesación de procedimiento seguido contra el Juez Civil Municipal de Ocaña, Alberto Laíno Moreno, por los hechos que fueron materia de este proceso.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Por regla general, los reos ausentes no son acreedores a este beneficio. En qué casos debe concederse el subrogado penal, cuando el delito ha sido cometido por un juez de la República

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 12 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Miguel Chaves Rey.*

Aprobado: Acta número 12 de 11 de marzo de 1982.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de veintiocho (28) de septiembre de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en la cual se condenó a Luis Alberto Perdomo Gutiérrez, a la pena principal de 18 meses de prisión como autor responsable de los delitos de concusión y falsedad en documento privado, por hechos realizados cuando se desempeñaba como Juez Encargado en Tesalia (Huila).

Hechos

La providencia del Tribunal los resume así:

"... Refieren las piezas procesales que Luis Alberto Perdomo Gutiérrez, estuvo encargado como Juez Unico Promiscuo Municipal de Tesalia, entre el 21 de julio y el 15 de agosto de 1980, y en esa calidad recibió del ciudadano José María Sánchez Vidarte una letra de cambio por cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), aceptada por Luis Pérez, con el fin de que lo requiriera para que se la pagara por las buenas y efectivamente, al cobrarla el funcionario aludido el día 6 de agosto del citado año, el deudor estuvo listo a cancelar su valor, por conducto de su hijo José Heriberto Pérez, quien llevó en efectivo el dinero al Despacho de Perdomo Gutiérrez. Pero hubo de parte de éste el indebido aditamento de que le manifestó debía pagar además el 30% como honorarios, esto es la suma de $ 12.000.00, habiendo salido el joven a conseguirlos y regresando poco después para entregarlos al juez encargado, a quien solicitó dos recibos, uno por el total y otro explicativo de los $ 12.000.00, ya que debía entregar cuentas a su progenitor Luis Angel Pérez".

"Para justificar los honorarios profesionales exigibles, el Juez Perdomo Gutiérrez elaboró el comprobante que obra a folio 136, según el cual el abogado Carlos Arturo Rangel Martínez, recibió los $ 12.000.00 como honorarios profesionales al elaborar la demanda ejecutiva y la proposición de medidas cautelares que allí menciona, y fingió una firma como si fuera la del doctor Rangel. Posteriormente, ante los reclamos de Luis Angel Pérez, por haberle exigido a su hijo esos dineros sin que hubiera mediado intervención de abogado ni juicio alguno y para tratar de evitar que trascendiera el asunto, suscribió a favor de aquél una letra de cambio por $ 12.000.00 con un mes de plazo. Se acrimina entonces a Luis Alberto Perdomo Gutiérrez el hecho de que abusando de sus funciones como Juez Encargado en el Municipio de Tesalia, indujo a José Heriberto Pérez a que le entregara $ 52.000.00 con el pretexto de la causa aparente de que eran honorarios para un abogado, que en realidad nunca fue buscado, ni tuvo intervención alguna; y que se ideó un comprobante por dicha cantidad y falsificando la firma del profesional lo dio como recibo al interesado ...".

Resultandos

La calidad de Juez Promiscuo Municipal de Tesalia (Huila) de Luis Alberto Perdomo Gutiérrez, para la época en que se le atribuyen los hechos, se acreditó dentro del informativo con los documentos que obran a los folios 26, 41 y 42.

Ahora bien, ninguna duda existe dentro del informativo acerca del hecho sustancial, es decir, que Perdomo Gutiérrez, en su calidad de

juez, abusivamente exigió doce mil pesos a José Heriberto Pérez, haciéndole creer que eran honorarios que reclamaba el abogado Carlos Arturo Rangel, por un supuesto preventivo y medidas cautelares que nunca se hicieron, y realizando una conducta subsiguiente pero íntimamente relacionada con la primera, le entregó un recibo el 8 de agosto de 1980, en el cual faltando a la verdad le atribuyó al abogado mencionado manifestaciones y declaraciones de voluntad, referidas específicamente el 30% de honorarios profesionales.

Esta es una evidencia que surge a lo largo del proceso y concretamente de los testimonios que lo integran, las cuales dan una estricta visión de la realidad fáctica y jurídica.

De ahí que la Sala hará referencia especialmente al dicho de José Heriberto Pérez Ramírez, como uno de los protagonistas centrales del caso *sub judice*, para una correcta aplicación de la ley. También confirman la veracidad del anterior testimonio, las declaraciones de Luis Angel Pérez, folios 1 y 20, José María Sánchez Vidarte, folios 15 y 35 vuelto, y el mismo doctor Carlos Arturo Rangel M., folio 220, quien en su relato anota que ni siquiera conocía la existencia de la población de Tesalia. Concurre al mismo resultado las exposiciones de los empleados del Juzgado Promiscuo Municipal acordes en aseverar que no vieron en el Despacho al apoderado de José María Sánchez. Y, por último, es de suma importancia citar el dictamen grafotécnico de Medicina Legal, visible a folio 150, en el cual se concluye sobre el carácter apócrifo de la firma de Carlos Arturo Rangel M., que figura en el recibo cuestionado, desmintiéndose así de manera integral y categórica las afirmaciones de Perdomo Gutiérrez.

Este cúmulo probatorio, dentro del cual debe contarse la confesión de Perdomo Gutiérrez, con perspectivas lejanas de cualificación, obligó a su apoderado a ocuparse, únicamente, de la valoración jurídica expuesta por el Tribunal Superior. De ahí que anote:

"... Dejo sentado desde ya que no encuentro el más mínimo motivo para controvertir las diferentes probanzas recogidas en el proceso, pues en su producción se observaron todas las ritualidades que sobre oportunidad, decreto y forma establece nuestra ley procedimental, mi alegación por ello versará solamente sobre la apreciación o calificación jurídica que de los hechos se hizo, tanto por el Ministerio Público como por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Neiva, al calificar el mérito del sumario y al proferir la sentencia condenatoria contra la que me he revelado ...".

Concepto de la Delegada

El Procurador Primero Delegado en lo Penal acoge los planteamientos de la defensa, al estimar que no se da el delito de falsedad en documento privado, dado que no se causó perjuicio ni obtuvo lucro, pues éste ya se había logrado cuando se confeccionó el documento, que no fue más que una mixtificación para encubrir el delito de concusión. La falsedad, entonces, resulta inocua.

En cuanto a la condena de ejecución condicional, indica su procedencia, pues no conviene su negativa aludiendo, exclusivamente, a que el procesado se encuentra ausente.

Y, agrega: "...". En relación con la falsedad documental que dio lugar al enjuiciamiento, esta Agencia del Ministerio Público comparte los razonamientos hechos por el señor defensor del funcionario procesado. En efecto, para el momento de la realización de los hechos de que da cuenta el proceso, se hallaba vigente el artículo 240 del Código Penal que exigía para la tipificación del delito de falsedad en documento privado el perjuicio de terceros o el propósito de lucro.

Se considera

Para establecer en debida forma el proceso de adecuación típica, resulta imprescindible precisar los hechos con máxima exactitud, para la cual se acude al testimonio de José Heriberto Pérez (Fls. 4 y ss.). Dice el profesor del colegio de la localidad que se acercó al Juzgado Promiscuo Municipal, el día 6 de agosto de 1980, en las horas de la mañana, para enterarse de la forma en que debía cancelar la letra de cambio por $ 40.000.00 y allí en el Despacho se encontraba el acreedor con el Juez Luis Alberto Perdomo Gutiérrez, quien le dijo que además del capital, debía pagar el 30% como honorarios para el abogado. El mismo día por la tarde volvió con $ 52.000.00 y el juez le dio un recibo general, por lo que Pérez le insistió al juez que le entregara un recibo por los *honorarios, porque él debía rendir cuentas a su progenitor,* respondiéndole que lo tendría cuando viniera el abogado. Ciertamente, el día viernes 8 de agosto le entregó el recibo.

Del texto anterior no se puede inferir nada distinto a que Pérez Ramírez le solicitó a Perdomo Gutiérrez un documento *probatorio* relacionado con los $ 12.000.00 que le había exigido,

pero referibles a la extinción de una "obligación" profesional, proveniente de un juicio ejecutivo y medidas cautelares, adelantados por el abogado Carlos A. Rangel M., a quien se identifica con firma y tarjeta profesional del Ministerio de Justicia número 16502, folio 136.

Este comportamiento delictuoso (falsedad), no puede quedar subsumido en el delito de concusión, porque son dos acciones diferentes entre sí. En efecto, el delito de "concusión" se consumó en el momento en que Perdomo Gutiérrez se apropió del dinero, es decir, el 6 de agosto de 1980, en tanto que la falsedad en documento privado se agotó cuando el recibo en cuestión fue usado, esto es, al entregarlo (el documento falso) y salir de su esfera individual para pasar a poder de Pérez Ramírez, acción efectuada el día 8 de agosto del mismo año. Por consiguiente la primera actividad delictuosa ya se había ejecutado cuando se utilizó como prueba el documento apócrifo. Y no puede ser inocua esta "falsedad", ya que el escrito confeccionado con fines probatorios involucraba al abogado Rangel, creando una situación relevante jurídicamente para el derecho, cual era la cancelación de unos honorarios por una actuación judicial.

II. Conforme al artículo 68 del Código Penal el juez podrá, suspender la ejecución de la pena, de acuerdo con determinados requisitos: "1º ... 2º Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario ...".

En cuanto a la personalidad de Luis Alberto Perdomo Gutiérrez obran las declaraciones de algunos profesionales del derecho que abonan buen comportamiento como funcionario. En cuanto al hecho punible, su naturaleza y modalidades puede hacerse una valoración negativa, dado el daño social que produce la actividad del juez en el mal desempeño de sus funciones y así lo ha considerado la Corte: "Delitos cometidos por los 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" (Sala Penal, auto de febrero 17 de 1981. M. P. Luis E. Romero Soto).

Ciertamente que en los últimos veinte años el Derecho Penal ha tenido grandes innovaciones sobre la idea de la resocialización, como en el código alemán, artículos 47 y siguientes, "donde se distinguen dos clases de prevenciones, una referida a compensar las deficiencias personales del delincuente, para 'mejorarlo' internándolo en el penal y con ayudas de adiestramiento social, para que lleve una vida libre sin cometer hechos delictuosos; la segunda finalidad 'al amenazarse' con castigar las formas de comportamiento social, especialmente perjudicial y al condenarse a aquél que transgrede la norma ... pero sobre todo el Derecho Penal inculca con particular intensidad en los ciudadanos las reglas éticosociales elementales del comportamiento —que son indispensables para una convivencia pacífica— en normas obligatorias" (Claus Roxin Universidad de Munich Rvi. Universitas).

Ahora bien, evidentemente resulta de mayor gravedad el delito cometido por un juez si se tiene en cuenta su cultura, naturaleza de las funciones que ejerce y la confianza en él depositada por la comunidad. Estas circunstancias, que inicialmente inclinan el criterio a desechar la condena con ejecución condicionada sólo pueden desalojarse bajo el peso de otros aspectos favorables como la de una personalidad que permita asegurar la no repetición de actos delictivos, la menguada trascendencia de la conducta juzgada en relación con los terceros que afecta. En el caso estudiado no se da lo uno ni lo otro. Lo primero (y aquí la razón por la cual, de modo general los reos ausentes no concitan este benigno tratamiento), porque se ignora cuál ha sido la actividad de Perdomo luego de consumar los ilícitos comentados, dudándose, por ello, en cuanto al certero y sólido juicio que merezca su personalidad. Lo segundo, porque el hecho revela, en sí, proporciones de importancia no susceptibles de desatención.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, CONFIRMA en todas sus partes la providencia materia del recurso.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INFERIORIDAD DEL OFENDIDO. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION ESPECIFICAS SUPRIMIDAS POR EL JURADO DE CONCIENCIA

Código Penal de 1936. Diferencias entre la circunstancia de agravación específica del homicidio, contenida en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal y la genérica señalada en el numeral 7º del artículo 37 ibidem.

Negada por el jurado una circunstancia del artículo 363 del Código Penal, no puede aplicarse como de mayor peligrosidad cuando entre una y otra hay identidad completa. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 12 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Guillermo Moncayo.*

Aprobado: Acta número 12, marzo 11 de 1982.

Vistos

Tramitado legalmente el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 3 de abril de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito, que impuso al procesado Jesús Guisao Gómez la pena principal de doce años de presidio, además de las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Carlos Enrique Moreno Gallego, de acuerdo con el veredicto del Jurado, se pasa a resolverlo, previos los siguientes resultados y consideraciones:

Hechos que dieron origen al proceso

Los relata el juzgado del conocimiento en la siguiente forma, reproducida por acertada en las providencias de ambas instancias, así como en la vista de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal:

"A eso de las seis de la tarde del domingo 3 de julio del año anterior (1977), Moreno Gallego (Carlos Enrique), no porque andara (sic) de farra (se había tomado apenas una cerveza antes en otro lugar, según información de su compañero), se hallaba desprevenidamente sentado sobre el mostrador de la fonda de doña ascensión Mariaca Cortés tomándose una cerveza en compañía de Luis Carlos Roldán Carvajal cuando, arrebozado en una ruana, con peinilla al cinto y zurriago en mano, hizo su aparición Iván de J. Guisao, residente al frente de esa cantina, y sin antelado desafío o despliegue alguno que diera oportunidad a Moreno G. de huir o enfrentarse, o siquiera bajarse del mostrador, a tiempo que le decía 'aquí estás hijo de puta', lo apercolló y desenfundó un cuchillo debajo de la ruana propinándole una gravísima cuchillada en la región supraclavicular derecha que seccionó la arteria subclavia de ese mismo lado y convirtió a la víctima en un verdadero surtidor de sangre. Inmediatamente el agresor salió de la cantina limpiando el arma y vociferando algo así como 'eso era para que aprendiera a humillar hijo de puta', o 'Hay (sic) quedaste bueno hijo de puta'. El lesionado fue trasladado en un campero a la cabecera del municipio en busca de auxilios médicos, pero a poco de iniciar la marcha dejó de existir. Su cadáver fue levantado judicialmente dentro del mismo vehículo por el señor Alcalde de esa población (Frontino), a eso de las siete y veinticinco minutos de esa noche".

Relación procesal

Comprobada plenamente la materialidad del delito de homicidio en la persona de Carlos En-

rique Moreno Gallego, y también la plena prueba respecto de la autoría del mismo a cargo de Iván de Jesús Guisao Gómez, el Juzgado Primero Superior de Medellín, abrió contra éste causal criminal, con intervención del jurado, por auto de 10 de febrero de 1978. El cargo se hizo por homicidio agravado, de conformidad con el artículo 363 del Código Penal vigente en la época de los acontecimientos.

Apelado ese auto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, le impartió confirmación en providencia de 23 de mayo de 1978.

Como culminación del juicio, se celebró la audiencia pública el 30 de enero de 1979, y en ella el Jurado, después de oír a las partes, contestó el cuestionario sobre si el procesado era o no responsable del homicidio de Carlos Enrique Moreno Gallego, colocándolo en condiciones de inferioridad, en la siguiente forma:

"Sí, pero sin las características de asesinato".

En la expresada audiencia, el defensor del procesado había pedido el Jurado la afirmación de su responsabilidad, pero sin características de asesinato, como lo actualiza el casacionista, así:

"Por nuestra parte solicitamos, entre varias respuestas, la afirmación de la responsabilidad del encartado, pero quitándole las características de asesinato, por homicidio simplemente intencional o de propósito".

El juzgado del conocimiento acogió el veredicto y pronunció sentencia el 9 de febrero de 1979, condenando a Iván de Jesús Guisao Gómez a la pena principal de doce años de presidio, como autor responsable del mencionado ilícito, además de las accesorias de rigor. En este fallo dosificó la pena principal, así:

"*Dosimetría de la pena*

"Iván Guisao Gómez.

"Se trata de un individuo de un censurable comportamiento social; ajeno a todo respeto de por normas del conglomerado y de la dignidad humana; que en la forma como llevó a cabo su occisión por motivos innobles, mostró una insensibilidad moral y una personalidad abyecta y proclive, por eso, procedente es aumentar el mínimo de respectiva norma (8 años, Art. 362 C. P.) —conforme a la veredicción aceptada— en un año más, quedando como pena base la de *nueve años de presidio*. Sobre ésta se computará su *primera reincidencia* (pues fue condenado ya por el delito doloso, según copias de sentencia que obran a folio 67, debidamente identificadas a folios 93 Vto. y 94 Fte.), en los términos del artículo 34 del Código de las penas. Procede, por ello, un aumento en la 1/3 parte (3 años), quedando como *pena total* imponible la de doce (12) años de presidio, más las accesorias de la ley".

El Tribunal, por sentencia de 3 de abril de 1979, confirmó la de primer grado. En cuanto a la dosificación de la pena principal, dijo:

"Demostrado el cuerpo del delito y definida la responsabilidad, en persona de antecedentes poco recomendables, una condena y varias sindicaciones, el mínimo de ocho años, aumentada en un año, por esa conducta anterior, no de meros 'chismes', sino de situaciones peculiares de su personalidad, da una pena de nueve (9) años de presidio, que por razón de su primera reincidencia, merece un incremento de una tercera parte, o sean tres años, para un total de doce años. No es que se llegue al límite de la pena mínima para el homicidio agravado caprichosa e injustamente, sino que la personalidad del procesado, los motivos determinantes del delito y la condena anterior por delito doloso, permiten esa dosificación de la pena".

La demanda de casación

El casacionista solicita se infirme la sentencia recurrida, modificándole en cuanto a la dosificación de la pena principal, por las siguientes causales:

"1. Causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea, ya que aplicó circunstancias de mayor peligrosidad negada por el jurado e inexistentes en el proceso.

"2. Causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, ya que para el aumento de una tercera parte tomó como base la pena ya aumentada por circunstancias de mayor peligrosidad y no 'la sanción a que este corresponde' —al delito.

"3. Por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, de acuerdo con la causal primera del artículo citado, ya que tomó como reincidencia un delito cometido por un menor de 18 años, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 35 del Código Penal".

En cuanto a la demostración de las causales, dice que la primera es procedente, porque para aumentar la pena de 8 a 9 años de presidio se tomó como base el hecho de supuesta inferioridad, de la insidida y del modo de la ejecución del delito, tratadas en los ordinales 6, 7 y 8 del artículo 37 del Código Penal, circunstancias que habían sido negadas por el jurado como elementos constitutivos del asesinato, previstas por el numeral 5º del artículo 363 *ibidem,* violando así la ley sustancial. En cuanto a la segunda causal, dice que al imponer la sentencia recurrida la tercera parte de aumento por reincidencia, al tenor del artículo 34 del Código Penal *ibidem,* lo hizo con base en la anterior intensificación, cuando lo legal hubiera sido partir del mínimo, porque de otra manera el aumento crecería en proporción geométrica, lo cual es aplicación indebida de ese artículo, y, en consecuencia es causal de casación para infirmar la sentencia, de conformidad con el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Y en cuanto a la causal tercera, teniendo en cuenta que el procesado Guisao Gómez, cuando fue condenado por lesiones, era menor de 18 años, violando así el artículo 35 del Código Penal que establecía que la intensificación por reincidencia no se tendrá en cuenta en los delitos cometidos por menores de dieciocho años.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado, solicitó que no se case la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

"La impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín no está llamada a prosperar en ninguno de los cargos formulados, puesto que adolece de falta de técnica en algunos planteamientos y resulta totalmente infundada en los demás.

"En efecto:

"*Primer cargo.* Es bien sabido que las circunstancias de mayor peligrosidad son de libre apreciación por parte del juzgador al momento de graduar la pena que corresponde al responsable, mientras que las circunstancias modificadoras del delito (agravantes o atenuantes) son de competencia privativa del jurado en los procesos en que éste interviene.

"Lo que prohíbe la ley es que puedan aplicarse para agravar la responsabilidad del procesado, circunstancias de mayor peligrosidad cuando tales circunstancias han sido tenidas en cuenta como modificadoras del delito o como elementos constitutivos del mismo, porque dicho procedimiento equivaldría a desconocer el principio universal de derecho *non bis in idem.*

"En el presente caso, nada de ellos ocurrió. El sentenciador para aumentar en un año el mínimo de la pena imponible consideró como factores determinantes la personalidad del agente, su mala conducta anterior y el hecho de haber obrado por motivos innobles, circunstancias que aparecen plenamente establecidas en autos y que el actor ni siquiera pretendió desconocer.

"Es decir, que en la fijación de la sanción al responsable se siguieron los ordenamientos de los artículos 36, 37 y 39 del Código Penal, advirtiendo que bastaba una de tales circunstancias para aumentar razonablemente la pena al procesado.

"No prospera el cargo.

"*Segundo cargo.* El demandante parte del error de considerar que el incremento de pena por razón de la reincidencia debe hacerse sobre el mínimo señalado para el delito cometido. *(No se transcribe este párrafo, porque no es pertinente hablar de reincidencia ...)*

"*Tercer cargo.* Lamentablemente olvida el actor que el artículo 664 del Código de Procedimiento que entró a regir el 1º de julio de 1971, establece que 'Para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores de edad, ésta queda reducida al máximo de dieciséis años' y que para la época de sucedido el delito de lesiones por el cual fue condenado el procesado, 1º de junio de 1972, éste era mayor de la edad señalada (ver folio 67).

"Además, si controvertía el hecho o prueba tenido en consideración para deducirle una condenación anterior, debió acudir a la vía indirecta, demostrando error de hecho o de derecho en su valoración.

"Tampoco prospera el cargo formulado".

Consideraciones de la Sala

En relación a la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia acusada no es violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea, porque el juzgador no aplicó el numeral 5º del artículo 363

del Código Penal, que fue eliminada por el jurado, como circunstancia de asesinato, sino el numeral 7º del artículo 37 ibidem, *que es facultativo del juez para aumentar la pena principal.*

En efecto: el casacionista confunde las circunstancias de agravación. Porque la primera, se refiere a una circunstancia modificadora de la responsabilidad, cuya calificación es privativa del jurado, según el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, y la segunda corresponde apreciarla y calificarla al juez de derecho, de acuerdo con la misma disposición.

Ahora bien: aunque las dos circunstancias se refieren a la inferioridad del ofendido, la prevista por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, para que agrave el homicidio, debe contener las siguientes características:

"Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condición de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

Es decir, esta causal supone un preordenamiento del homicida, mediante la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento, o cualquiera otra actividad sicofísica, como la premeditación, para proceder contra su víctima sobre seguro, a mansalva, sin riesgo. Entonces resulta claro que el homicida puso o colocó a su víctima, de antemano, en condiciones de indefensión e inferioridad.

En cambio, la circunstancia de mayor peligrosidad, prevista por el numeral 7º del artículo 37 ibidem, *se refiere a "abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo", que, como puede verse, es muy distinta de aquélla. Esta circunstancia presupone un enfrentamiento entre el agresor y el agredido, en el cual el primero abusa, por ejemplo, de la debilidad, desarme, etc. del segundo, por cuyo motivo, sin alcanzar la entidad para convertir el homicidio en asesinato, denota insensibilidad y mayor peligrosidad en quien la ejecuta. Cuando se presenta esta circunstancia, es obvio que el juez no puede aplicar el mínimo de la pena.*

Son tan diferentes las circunstancias modificadoras de la responsabilidad y las circunstancias de mayor peligrosidad, que, al concurrir una de las primeras, como la que se comenta, el mínimo de la pena principal hubiera sido de quince años de presidio, de acuerdo con el artículo 363 ibidem, *pero como la sentencia acusada partió del mínimo de ocho años, se limitó a aplicar el artículo 362, homicidio simplemente de propósito, intensificándolo en un año, según lo prescrito en el artículo 37. Esto es demasiado claro para que requiera mayor explicación.*

La Corte, en reiterados fallos se ha referido a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad y a las de mayor peligrosidad, para evitar confusiones. En algunos de ellos ha dicho:

"Lo que la ley prohíbe *es que se* computen *como circunstancias de mayor peligrosidad hechos previstos como modificadoras o como elementos constitutivos del delito, porque ello sería tanto como sancionar dos veces por un mismo concepto, pero no impide que cuando en un ilícito se presenten varias circunstancias agravantes, ellas se tomen en cuenta para el cómputo de la pena y para la adaptación de la misma al caso, teniendo en cuenta que una sola de aquéllas sería bastante para el aumento de la sanción que se toma como base según la norma infringida y las demás modalidades en concepto de la gravedad que implican como formas de la ejecución del delito.*

"Así lo ha consignado esta Sala de la Corte al decir que 'la gravedad y modalidades del hecho delictuoso se han de tener en cuenta, sobre todo, en los casos en que la relación de un acto delictuoso se han reunido, no sólo una, sino varias de las condiciones previstas para ser reprimido con especial severidad. Tal sucede, por ejemplo, en el asesinato (Art. 363 del C. P.), etc. Sin que esto quiera decir, naturalmente, que en todas las infracciones no se contemple ese factor de mayor o menor entidad dolosa de la infracción' (G. J., Tomo LX, Págs. 394 y 395, 1951).

"Ciertamente, por mandato del artículo 37 del Código Penal los jueces de derecho sólo pueden computar circunstancias de mayor peligrosidad cuando no constituyen elementos esenciales o modificadores del delito. Esta facultad, la de apreciar las primeras, está consagrada por el artículo 499 del estatuto procesal penal, como la de apreciar las segundas corresponde al jurado. Del contenido de estas normas se deriva la doctrina, que no es absoluta, de que negada por el jurado una circunstancia del artículo 362 del Código Penal, no puede aplicarse como circunstancia de mayor peligrosidad cuando entre una y otra hay identidad completa, apreciación que es privativa

del juez de derecho" (Casación penal, agosto 28 de 1951. Tomo LXX, página 198).

"La circunstancia de mayor peligrosidad 'inferioridad de la víctima por carencia de medios aptos para la defensa', presupone en el agente activo una acción preordenada y reflexiva para la ejecución del hecho, es la ventaja o escogencia de medios para asegurar la finalidad sin consecuencias para el agresor, pudiera decirse que la inferioridad e indefensión presupone la alevosía, la insidia o la asechanza, el engaño o artificio para realizar el daño cubriéndose con anticipación y ventaja de las reacciones intempestivas de la víctima, inferioridad e indefensión que no se puede afirmar de los delitos cometidos bajo la presencia de una acción repentina o súbita, ni de aquellos que se realizan bajo las modalidades reconocidas por el juri *de obrar el agente activo del delito 'en estado de ira e intenso dolor'" (G. J., Tomo LXXVII/54).*

En consecuencia, no prospera el cargo.

Tampoco pueden prosperar las causales segunda y tercera de la demanda. Respecto de aquélla, porque en este momento no puede hablarse de reincidencia, eliminada por el Código Penal vigente. Pero si no lo fuera, la sentencia tampoco habría violado la ley sustantiva, como lo afirma el casacionista, porque el aumento de una tercera parte tomando como base la pena ya aumentada por la circunstancia de mayor peligrosidad, y no el mínimo que corresponde al delito, es perfectamente legal, de acuerdo con los artículos 36 y 34 del Código Penal, como lo anota acertadamente el señor Procurador Delegado.

Y en cuanto a la reincidencia, se repite, como el Código Penal vigente la eliminó, el procesado puede tener derecho a que se le rebaje el aumento que por tal concepto se hizo en la sentencia. Pero esto no puede hacerse en sede de casación, porque la invalidación de un fallo, total o parcialmente, presupone que hubo violación de la ley sustancial, en forma directa, o indirecta o por apreciación errónea, y de conformidad con el sistema penal que regía cuando se dictó la sentencia, ésta se ajustó estrictamente a la ley penal entonces vigente.

Debe, pues, recurrirse a lo previsto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, que reza:

"Autoridad que concede la rebaja de pena. *La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una ley nueva, una sanción impuesta de acuerdo con leyes anteriores, será dictada de oficio, a petición del reo o del Ministerio Público, por el juez que conoció de la causa".*

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 en todo con su Colaborador Fiscal, NO CASA la sentencia recurrida por el defensor del procesado Iván de Jesús Guisao Gómez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE REBELION

Qué se entiende por combate para efecto de estructurar el delito de rebelión

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 12 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 12 de 11 de marzo de 1982.

Vistos

Este proceso adelantado contra Ricardo López Hernández y otros, por el supuesto delito de "rebelión", ha dado origen a un conflicto de competencia negativa entre la Brigada de Institutos Militares y el Comando de la Décima Brigada.

De los comprometidos se dice que forman parte del movimiento subversivo M-19, que tiene por "finalidad inmediata la toma del poder".

Igualmente se indica que para el 18 de septiembre de 1980, los capturados, así como otras varias y desconocidas personas, se dieron cita en el Hotel Potosí de la jurisdicción municipal de Tocaima, reunión acordada para continuar sus planes revolucionarios. Para esta fecha la esposa del señor Presidente de la República, debía atender compromisos de índole social en la región de Girardot. Las medidas de seguridad propias a esta movilización, dieron por resultado el conocimiento de tan peligrosa reunión, sobre la cual actuó, de inmediato, el ejército. El grupo se dio a la fuga y algunos de sus integrantes, fueron apresados, luego de disparar sus armas, en sitio próximo a Agua de Dios.

La Décima Brigada anota (octubre 1/81) que, conforme a la Resolución número 014 de 1978 "la ciudad de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca, con excepción de los municipios de Medina (BR7), Girardot, Nilo y Ricaurte (Brío) y Puerto Salgar (FAC), constituyen la jurisdicción de la Brigada de Institutos Militares, razón por la cual los hechos fueron consumados en esta jurisdicción, concretamente en la ciudad de Bogotá y en el Municipio de Tocaima (Cundinamarca). La circunstancia de que los sindicados hayan sido capturados en jurisdicción de la Décima Brigada luego de haber salido en desbandada del hotel 'Potosí' de Tocaima, sitio de la cumbre guerrillera, no implica que la comisión del hecho —constitutivo de rebelión— se hubiera producido fuera de la jurisdicción de la Brigada de Institutos Militares, entre otras cosas porque los sindicados, al ser capturados, se hallaban precisamente huyendo, luego de haber ejecutado la conducta típica no solamente en Tocaima sino en Bogotá, ciudad en la cual se perfeccionó el contrato respectivo con el dueño del hotel mencionado". Además, "el delito de rebelión es formal y de peligro, su consumación ha de entenderse desde el momento en que se promueve la insurrección ... y aun antes con los actos preparatorios, en la medida en que, como delito formal, no admite la tentativa". Y se termina con esta glosa: "Como puede observarse, el delito de rebelión se entiende consumado con la ejecución de los actos preparatorios, en forma tal que, en los autos, el simple perfeccionamiento del contrato con el propietario del hotel 'Potosí', nos indica que el reato fue consumado en la ciudad de Bogotá, no obstante que la reunión se prospectó para ser celebrada en Tocaima y que efectivamente empezó a llevarse a cabo cuando intervinieron las autoridades para tratar de capturar a los participantes. Así mismo es importante tener en cuenta, como lo anota Raúl Goldstein, que el hecho de la frustración, producida por la intervención de la fuerza pública, es irrevelante, de tal manera que no se puede considerar fundamental para estimar consumado el ilícito".

Por eso se declara no competente "para conocer del presente proceso, en la medida en que,

de acuerdo con la actuación procesal, los hechos tuvieron ocurrencia y fueron consumados en jurisdicción de la Brigada de Institutos Militares".

La Brigada de Institutos Militares (diciembre 21/82), responde así las anotaciones precedentes:

"Las anteriores probanzas no dejan el menor asomo de duda que los combates armados entre miembros de la organización rebelde M-19 y el Ejército Nacional tuvieron ocurrencia, inicialmente en el lugar conocido como 'La Ladrillera', los que se continuaron en 'Los Manueles' y zonas aledañas al Río Bogotá, dentro de los territorios de Girardot y Agua de Dios". Y ampliándose la argumentación se acota: "La modalidad del ilícito tentativamente atribuido a los aprehendidos 'rebelión', tiene sus propias particularidades y no necesariamente ha de relacionarse el factor de la competencia con el lugar de origen de los sujetos activos que para el caso ha de ser plural, este aspecto puede ser local, departamental, nacional e incluso internacional. La situación examinada, concentró efectivos (según el proceso) de diferentes regiones del país, citando al Valle, Santander, Boyacá y Cundinamarca entre otros, y en la óptica del Comando de la Décima Brigada, hubiesen podido avocarse el conocimiento aquellas unidades, mas no donde se combatió y donde por el perseguimiento se capturó a los responsables. Discrepamos profundamente de sus planteamientos, máxime si se tiene en cuenta el alcance de sus objetivos —la toma del poder político—, que se caracteriza por su ámbito nacional. Cualesquiera de los medios que se lleven a cabo, en procura de sus fines, como ya se dijo, pueden ser concebidos igualmente desde un ángulo cualquiera o desde muchos, pero aquel medio ha de concretizarse, ha de materializarse, porque en campo del derecho las posiciones subjetivas, escapan de toda coacción y este hecho fue precisamente lo que ocurrió en Agua de Dios y Girardot, fue allí donde se materializó la acción de la guerrilla, fue allí donde se combatió. Este hecho es el resultado de un eslabonamiento de la organización M-19, y no, una riña inesperada. Por combate anota el doctor Luis Carlos Pérez ... 'no debe entenderse solamente la lucha entre dos fracciones numerosas, obedientes a una disciplina o entre fuerzas públicas regulares y la tropa de los insurrectos, sino también la pelea de menor importancia, la acción de guerrillas y de vanguardias siempre que estén conectadas con la organización de movimiento y que tiendan al mismo fin ...'. Así demostramos que sí se combatió en las municipalidades de Girardot y Agua de Dios y que tales acciones se desarrollaron en jurisdicción de la Décima Brigada". Por último se comenta que "el camino hacia el delito, fue recorrido en forma total, se pasó de la fase subjetiva a la objetiva y es precisamente aquí donde estriba nuestra razón; necesariamente los hechos materiales, ejecutados en zonas territoriales bien definidas conllevan también la simple concepción, la simple idea, y se rompe entonces la salvedad que al respecto hacen nuestras normas positivas abrogándole el conocimiento no al juez donde se tuvo la idea o el concierto de ideas, sino al juez en cuyo territorio se plasmó, se edificó la idea".

Consideraciones de la Sala

1. Pese a los esfuerzos investigativos realizados todavía constituye un aspecto complejo la determinación completa de los asistentes a la reunión prospectada en el hotel Potosí, Tocaima, en el mes de septiembre de 1980, como también sus claros fines. Dos temas, que muestran el desconcierto sobre este particular, se involucran afanosamente: uno, se trataba de una cumbre organizativa y propia a las metas y propósitos nacionales del M-19; otro, se pretendía cumplir un atentado contra la esposa del señor Presidente de la República.

2. Esto denota, *prima facie,* que es cuestionable apreciar tal reunión como propia al delito de rebelión, máxime para un incidente de competencia.

3. *La ligera, inefectiva y desorganizada confrontación de algunos de los capturados con las fuerzas del ejército, cuando aquellos huían, no puede constituir, a los mismos fines de la estructuración del delito de "rebelión", el factor combate que menciona nuestro estatuto penal. La estimación deviene en exageración conceptual basta, sobre el particular, advertir lo que la doctrina tiene entendido por "combate", dentro del delito de rebelión, y observar que se trataba no de buscar un enfrentamiento con el ejército, para hacerlo víctima de confusión, derrota o inhabilitamiento, sino de asegurar la desbandada de la reunión que se quería mantener oculta. Este hecho, por sí, no concreta un acto ejecutivo para derrocar al Gobierno, suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigentes, a no ser que se le estime continuación de otras actividades de mayor contenido, fuerza y orientación, caso en el cual esta investigación debería reunirse con la que al respecto pueda estar en curso, pero que la Sala no puede señalar ahora por falta de ele-*

mentos propios para tomar una determinación de esta índole.

4. *Se trata, más bien, del delito que definía y sancionaba el Código Penal derogado, en su artículo 145, y que la nueva legislación denomina "conspiración" en su artículo 130.*

5. En estas circunstancias no hay duda alguna en afirmar que el hecho delictuoso que toma mayor entidad, en la conducta de los sindicados, es la indicada en el párrafo anterior, el cual corresponde conocer a la Brigada de Institutos Militares, puesto que su consumación tuvo lugar en territorio propio a su competencia.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto negativo de competencia suscitado entre la Décima Brigada y la Brigada de Institutos Militares, en el caso *sub examine*, señalando al segundo organismo como el competente para conocer de este asunto.

Remítase el proceso a la Brigada de Institutos Militares para que continúe su tramitación y remítase al Comando de la Décima Brigada, copia de este pronunciamiento.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRESCRIPCION DE DELITOS JUZGADOS EN CONCURSO

En los delitos juzgados en concurso, la acción penal prescribe independientemente para cada uno de ellos, sin que se tenga en cuenta el incremento punitivo derivado del fenómeno concursal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 12 (11 de marzo/82).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá su providencia de 20 de octubre de 1981, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal y consecuencialmente la cesación de todo procedimiento en favor de la doctora Hermelinda Castellanos Jutinico, ex Juez Civil Municipal de El Colegio.

Antecedentes

El Tribunal los sintetiza de la siguiente manera:

"El Secretario del Juzgado Penal del Circuito de La Mesa, mediante oficio número 122 de febrero 18 de 1977, envió a esta Corporación copias del proceso adelantado contra el señor Alfonso Castañeda Miranda, con el objeto de que se investigara la conducta de la ex Juez Hermelinda Castellanos Jutinico, relacionada con una posible falsedad en la nómina de pago de sueldos, en perjuicio de la señorita Blanca Nieves Heredia, empleada del Juzgado Civil Municipal de El Colegio, quien desempeñaba el cargo de Oficinista Judicial II, con un sueldo básico mensual de $ 1.066, pues el excedente tenía que entregárselo a otro de los empleados, situación que debía estar en conocimiento de la titular del referido despacho, en razón de que se debía certificar el tiempo servido y el sueldo devengado" (Fl. 540 del cuaderno principal).

El Tribunal en varias decisiones adoptadas en este proceso ha valorado estos hechos como constitutivos de un posible delito de falsedad en documentos públicos en la modalidad de continuado, pues la funcionaria acusada en repetidas ocasiones ("desde el 15 de enero de 1967 hasta el 28 de febrero de 1969"), certificó, en las nóminas respectivas, que la empleada del despacho a su cargo, Blanca Nieves Heredia devengaba un sueldo que en realidad no recibía, ya que parte de él lo entregaba a otro empleado del mismo juzgado.

Con fundamento en ello, esa Corporación estima, teniendo en cuenta que el máximo de la pena fijada por la ley para el delito de falsedad es de diez años, que la acción penal, en este caso, se encuentra prescrita, pues ha transcurrido desde el último acto constitutivo de la falta un tiempo superior al exigido por el artículo 80 del Código Penal para que opere dicho fenómeno.

Por su parte, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que los hechos, en este evento, constituirían un delito de *concusión* y no de falsedad como lo afirma el Tribunal, "por cuanto lo que se advierte en el caso conforme a la situación expresada, es la de haberse entregado irregularmente al empleado J. Francisco Franco parte del sueldo que correspondía a Blanca Nieves Heredia, habiendo ambos cumplido sus funciones en el juzgado, sin que tales pagos correspondieran a lo que debía ser conforme a los empleos en que figuraban en la nómina; no se advierte falsedad por tanto, sino una irregular disposición del sueldo mayor correspondiente a la empleada citada, que al parecer se efectuaba con conocimiento de la juez acusada y que permite suponer, aunque no resulte prueba concreta, una situación consentida por la funcionaria y admitida por la empleada para su

permanencia en el cargo, lo cual supone la presión o inducción indebidas por parte de la procesada para entregar el dinero excedente a empleado distinto al cual correspondía".

Con apoyo en este planteamiento el Procurador Delegado considera que la acción penal se encuentra prescrita, ya que, conforme a la ley penal anterior (Código de 1936), en su concepto más favorable, el delito de concusión tenía fijada una pena máxima de seis años de prisión (artículo 156), la que se aumentaría hasta en la mitad por tratarse de un delito continuado (artículo 32), quedando así una pena máxima imponible de nueve años, tiempo que ha transcurrido ya con exceso a partir del último acto constitutivo del ilícito (31 de enero de 1968).

Solicita, por tanto, confirmar el auto consultado, pero con la aclaración relacionada en cuanto a la calificación mencionada.

Se considera

Indudablemente que la calificación más acorde con la realidad de los hechos motivo de esta investigación es la que les dan la Fiscalía Quinta del Tribunal Superior de Bogotá (Fl. 538) y el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en cuanto los estiman como constitutivos de un posible delito de concusión, no de falsedad.

En efecto, la certificación que sobre las nóminas hacía la ex juez era formalmente verdadera, ya que se refería al tiempo laborado por cada uno de los empleados en sus respectivos cargos y a los sueldos devengados que eran los que por ley tenían asignados esos empleos.

El comportamiento irregular estaba constituido por el posterior indebido reparto de esos dineros, pues la empleada Blanca Nieves Heredia debía pasar parte de su sueldo a J. Francisco Franco, el cual, de un lado, era entre los subalternos, el de mayor experiencia e idoneidad, y, de otro, tenía forzosamente que ocupar un cargo cuya asignación no superara el tope de la pensión de jubilación que devengaba.

Este reprochable arreglo al parecer contaba, si no con la imposición de la juez, al menos con su conocimiento y complacencia, de donde podría inferirse la posible inducción sobre la empleada para que consintiera la indebida disminución de su salario en favor del compañero de trabajo.

Frente a esta calificación de los hechos, la acción penal está prescrita, tanto en referencia al Código Penal anterior, como al nuevo.

Por la norma anterior, prescribiría, como lo analiza el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en un término de nueve años, el cual ha transcurrido ya satisfactoriamente desde la fecha de comisión del último acto integrador del delito continuado de concusión, el cual tuvo ocurrencia en el mes de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) —folio 11—.

Por la norma vigente, con mayor razón estaría prescrita la acción penal, pues como el nuevo Código no recogió la figura del delito continuado, la conducta que en esa forma se realice constituye un concurso material, homogeneo y sucesivo de tantos delitos cuantos hechos independientes hubiese realizado el agente, y respecto de cada uno de ellos prescribe la acción penal separadamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 del mismo estatuto.

El término de prescripción, en ese caso, sería de ocho años, atendiendo al máximo de pena que contempla la respectiva norma y al incremento de una tercera parte, en razón de la calidad del agente del delito y de la relación entre la conducta que se le atribuye y sus funciones oficiales (Arts. 80, 82 y 140 del nuevo Código). Esta Sala tiene determinado que cuando se aplican, por estimarse más favorables, las normas del nuevo estatuto a hechos respecto de los cuales el término de prescripción venía descontándose bajo la vigencia de las anteriores, esa aplicación debe ser en su integridad (autos de 24 de abril y 10 de diciembre de 1981).

Ese término de ocho años se ha cumplido con exceso, pues la última certificación de nóminas en las condiciones anotadas, data del mes de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), y en el presente proceso no se ha dictado auto de proceder como para hablar de interrupción del término prescriptivo de la acción.

Como respecto de los delitos juzgados en concurso, la acción penal prescribe independientemente para cada uno de ellos, la penalidad que ha de consultarse para estos efectos es la pertinente al respectivo tipo al que cada uno de ellos se adecua, con las circunstancias de agravación o atenuación propias de cada uno de ellos, pero sin tener en cuenta el incremento punitivo derivado del fenómeno concursal (artículo 26 del C. P.), pues este sólo opera para el caso de la dosificación de la sanción de los varios delitos juzgados en concurso, con la conocida finalidad de evitar sanciones excesivas, como las que se derivarían de la suma aritmética de las varias

penas. Pero ello supone, como es obvio, la posibilidad jurídica de sancionarlos en conjunto, a lo cual se opone el fenómeno de la prescripción de las acciones por separado, pues al irse presentando en relación con cada uno de ellos los hace desaparecer indistintamente en el tiempo y desintegra, respecto de ellos, el fenómeno concursal con todas sus consecuencias, entre ellas la de la imposición de una sola sanción, en ese caso, la más grave aumentada hasta en otro tanto. Es que lo que prescribe no es el concurso de delitos o los delitos en concurso, sino cada uno de ellos independientemente, con la plenitud de su autonomía jurídica para esos efectos.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada, con la aclaración de que se trata del delito de concusión, no del de falsedad en documentos como en ella se dice.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Cuando se alega impedimento por haberse emitido opinión respecto del fondo del asunto, es necesario que el funcionario precise en qué consistió dicha opinión. No es suficiente que el juez o magistrado enuncie de modo genérico y abstracto la existencia de la causal sin concretar su alcance y contenido

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 18 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 15.

Vistos

Decide la Corte acerca del impedimento planteado por el doctor Jaime Bernal Cuéllar, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para conocer del proceso que se adelanta al doctor Jorge Eliécer Flórez Gacharná por el delito de abuso de confianza.

Estima el Magistrado que se encuentra inhibido para actuar en este caso, por haber expresado con anterioridad opinión sobre el asunto materia del proceso (ordinal 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal).

Sustenta su afirmación en los siguientes términos:

"Con el doctor Jorge Eliécer Flórez Gacharná ha mantenido durante varios años relaciones de amistad, debido especialmente a aspectos de carácter intelectual; por esta razón, en alguna oportunidad el profesional mencionado me hizo algunos comentarios sobre la denuncia que se le había formulado por el delito de abuso de confianza y como consecuencia de ello emití algunos conceptos u opiniones, lo que a mi juicio constituye impedimento para hacer cualquier pronunciamiento en el proceso que con anterioridad a mi reincorporación al Tribunal había sido repartido a este Despacho" (Fl. 103).

En providencia de 23 de enero de 1982, los restantes magistrados de la Sala de Decisión 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.

Con apoyo en algunas decisiones de la Corte que transcribe, el Tribunal hace las siguientes precisiones:

"El punto medular a considerar, frente al impedimento en cita, es el relacionado con el 'contenido' y 'extensión' de la manifestación que hace el honorable Magistrado, quien expresa que al formularle el sindicado 'algunos comentarios sobre la denuncia', dio o emitió 'algunos conceptos u opiniones' sobre el asunto.

"La honorable Corte Suprema de Justicia tiene establecido, respecto de la causal invocada, que a tales manifestaciones 'no es factible otorgarles más contenido ni extensión que el realmente revelado en ellas'. El doctor Bernal Cuéllar, como lo afirma, dio algunos conceptos u opiniones sobre los comentarios que el doctor Flórez Gacharná le hizo sobre la denuncia y ni siquiera sobre decisiones del proceso. Se tiene entonces que esa opinión constituye un término genérico cuando se desconocen los verdaderos soportes del asunto, su estimación propiamente jurídica y el nivel de responsabilidad consecuencial, pues de los escuetos comentarios sobre una denuncia, no puede darse conclusiones sobre el real fondo del problema" ... "Y es que así el honorable Magistrado hubiera consignado en el auto, que había dado su opinión sobre el fondo del asunto, tampoco se le podría admitir el impedimento, pues el significado y alcance de esa

expresión, tomada en su acepción jurídico-procesal implica un juzgamiento que, como se sabe, tan sólo se realiza en el momento de emitir la calificación del sumario o de la sentencia. Y es que la inferencia anterior encuentra apoyo en la lógica, frente a la simple manifestación que hace el excusante, en la que no especifica, realmente, y como se ha dicho, el alcance y contenido jurídico de los conceptos u opiniones que dio el doctor Flórez Gacharná cuando le comentó la denuncia'' (Fl. 105).

Se considera

Ha dicho la Corte, en repetidas oportunidades, que no es suficiente, para la debida valoración del impedimento alegado por haberse emitido opinión respecto del fondo del asunto sub judice, *que el Juez o Magistrado, de modo genérico y abstracto, enuncie simplemente la causal citada sin concretar su alcance y contenido.*

Expresa al respecto la Corte en providencia de 27 de noviembre de 1981:

''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 plantea el impedimento, y finalmente, para decidir si prospera o no la causal invocada''.

La notoria similitud entre el hecho que motivó el anterior planteamiento y el que ahora ocupa la atención de la Sala, impone para este caso idéntica solución.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NO ACEPTA el impedimento manifestado por el doctor Jaime Bernal Cuéllar.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA EN EL CAMPO PENAL MILITAR

La dependencia jerárquica es el factor predominante para el señalamiento de la competencia en el campo penal militar

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 18 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 15.

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias, suscitado entre el Comando del Departamento de Policía "Sucre", y el Comando del Departamento de Policía "Bolívar", en su condición de jueces de primera instancia castrenses, respecto del proceso seguido contra el agente de policía, Daza Segundo Belisario, y los agentes auxiliares Córdoba Mena Luis Carmelo y Moncada Soto Alvaro, por el delito de homicidio en persona de Raimundo Mendoza Martínez.

Hechos

Así los relata el Comandante del Departamento de Policía "Bolívar" en el auto por medio del cual rechazó la colisión de competencias que le había sido planteada:

"Rezan los autos que el día 26 de febrero de 1981, hacia las veintitrés horas, salieron a montar un operativo, con el fin de lograr la captura de los sujetos que estaban sustrayendo unos tambores de combustible de la finca San Carlos, jurisdicción de Puerto Venecia del Municipio de Achí (Bolívar), el agente de la Policía, Daza Segundo Belisario y los agentes auxiliares Córdoba Mena Luis Carmelo y Moncada Soto Alvaro, quienes prestaban sus servicios en la Estación de Policía de Guarandá (Sucre). En desarrollo del operativo fue sorprendida una persona cuando procedía a llevarse un tambor, a quien le dieron las voces de 'alto', orden que el sujeto no acató, sino que al contrario procedió a enfrentarse con los agentes del orden, utilizando un arma corto-punzante 'machete' en contra del agente Daza Segundo Belisario, quien por el afán de defenderse cayó al suelo, circunstancia que iba a aprovechar el sujeto para atacarlo, razón por la cual los agentes auxiliares hicieron uso de sus armas de dotación oficial, resultando herido el individuo identificado como Raimundo Mendoza Martínez, quien fue conducido a la Estación de Policía de Guarandá, donde se produjo su fallecimiento a las once horas del día veintisiete" (Fls. 101 y 102).

Fundamentos de la colisión

El Comandante del Departamento de Policía "Sucre" los hace consistir en que los hechos sucedieron en el corregimiento de "Puerto Venecia", perteneciente al Municipio de Achí en el Departamento de Bolívar, de donde deduce, que por el factor territorial, le corresponde el conocimiento del negocio al Departamento de Policía "Bolívar" (auto de 5 de octubre de 1981, Fl. 89).

A su vez el Comandante del Departamento de Policía "Bolívar", argumenta, para rechazar la colisión de competencia, que los agentes estaban, cuando ocurrió el hecho, cumpliendo una comisión de servicio, consistente en montar un operativo para tratar de sorprender a quienes, se presumía, que estaban hurtándose unas canecas de A.C.P.M. de la finca de propiedad de Carlos Lizarazo Suárez, quien denunció estos hechos ante la Estación de Policía de Guarandá (Sucre), donde prestaban sus servicios los mencionados agentes (Fls. 18 y 20).

De allí, concluye que, por pertenecer estos orgánica y administrativamente al Departamento de Policía "Sucre", es a ese Comando al que le compete conocer de este proceso, en virtud de lo

dispuesto por el artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar.

Por ello, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 397 *ibidem*, remitió a la Corte el expediente para que se resuelva el conflicto planteado (Fls. 101 a 104).

Consideraciones de la Corte

Está acreditado en el proceso que los sindicados pertenecían a la Policía Nacional y que estaban asignados, cuando sucedieron los hechos, al Departamento de Policía "Sucre" (Fls. 59 a 68).

También está comprobado que su presencia en el sitio de los acontecimientos obedeció a una comisión de servicio que les fue encomendada el mismo día en que éstos acaecieron.

Del libro de información de la Estación de Policía de Guarandá (Sucre) se tomó, en diligencia de inspección judicial, la siguiente anotación: "Fecha. 26-II-81. Hora: 19:00. Servicio. Salieron los Agentes Daza y dos Auxiliares Moncada y Córdoba, con el fin de hacer un patrullaje por la población y su armamento de dotación oficial y finca San Carlos" (Fl. 20).

No se advierte, por tanto, factor alguno que permita afirmar que la dependencia jerárquica y funcional de estos agentes con su unidad operativa, se hubiera afectado, interrumpido o sustituido por el hecho de viajar transitoriamente a sector diferente de la jurisdicción territorial de su Comando para llevar a cabo la comisión de servicio que les fue impartida. Al contrario, el cumplimiento de ese encargo estaba acentuando su línea de dependencia con la unidad de policía de que dependían y cuyas órdenes estaban acatando.

Es cierto que entre los criterios para fijar la competencia enuncia el Código de Justicia Penal Militar el territorial (Art. 306), pero no lo es menos que, como lo ha sostenido la Corte, la dependencia jerárquica es factor predominante para su señalamiento en el campo penal militar.

Así lo expresó, entre otras decisiones, en la de 24 de marzo de 1981, cuando resolvió un caso similar. Dijo entonces:

"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 (Art. 306), 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".

No puede olvidarse tampoco que, al tenor de lo que dispone el artículo 367 del Estatuto Penal Militar, la comisión transitoria no afecta la competencia funcional. El texto de la norma es el siguiente:

"Artículo 367. 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".

Lo anterior significa que se compartan en lo sustancial, los planteamientos hechos por el Comando del Departamento de Policía "Bolívar" para desechar la competencia en este caso, pero con la observación de que no debió haberse dispuesto, como se hizo, la suspensión del trámite del proceso (punto 3º del auto de 15 de diciembre de 1981), pues éste se encuentra aún con etapa de sumario, y existen normas procedimentales que obligan a lo contrario (Art. 399 del Código de Justicia Penal Militar y 71 y 72 del Código de Procedimiento Penal).

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 Comandante del Departamento de Policía "Sucre". Comuníquese esta decisión al Comando de Policía del Departamento "Bolívar".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSION

Artículos 156 del Código Penal de 1936 y 140 del actual. El delito se consuma en el momento en que el agente realmente constriña o induzca a alguien a dar o prometer dinero o cualquiera otra utilidad al propio funcionario, o a un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan penetrado o no a la esfera de disponibilidad del actor

Estudio del ingrediente subjetivo del tipo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 14 de marzo de 1982.

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Bogotá su providencia del 2 de noviembre pasado, en virtud de la cual condenó al ex Juez Promiscuo Municipal de Tausa, señor Bonaerges Ramírez Castaño, a la pena principal de quince meses de prisión como responsable del delito de concusión.

Hechos

El 22 de abril de 1975 Bonaerges Ramírez Castaño, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Tausa, exigió a la señora Elvira García de Rincón y obtuvo de ella la cantidad de mil pesos para dejar en libertad a su hijo José Lisandro, sindicado por delito contra la propiedad en sumario que cursaba en su despacho.

Resultandos

1. La denunciante asevera que al conversar con el juez Ramírez sobre la situación de su hijo, éste inicialmente le sugirió los servicios de un abogado, y luego le pidió la cantidad de mil pesos para dejarlo en libertad, dinero que le entregó en diez billetes de cien pesos en el corredor aledaño al juzgado junto a los baños; como pasaran los días sin que José Lisandro fuera liberado, regresó al despacho del juez y supo entonces que Ramírez ya había dejado el cargo.

2. De este hecho se enteraron Manuel Reyes —empleado municipal—, quien al ver que la señora de Rincón conversaba con el juez Ramírez le preguntó de qué hablaban y ella le dijo que acababa de entregarle a éste mil pesos para la libertad de su hijo; el propio José Lisandro Rincón al declarar que estando en la cárcel su madre le pidió mil pesos para entregárselos al juez a cambio de su libertad, y Luis Antonio Rincón, padre del detenido, quien indica, además, que el dinero lo sacaron de las prestaciones sociales que su hijo había obtenido en actividades laborales.

3. Abdías Triviño Montaño, Anselmo Triviño Sierra y Dioselina Rodríguez de Ramos aseveran en sendas deposiciones que a ellos también les exigió dinero el juez Ramírez para resolver situaciones jurídicas que los afectaban (Fols. 77/81).

4. El procesado, cuya calidad de juez fue debidamente comprobada, no compareció al proceso y por tal razón hubo de ser declarado reo ausente, durante el juicio fue representado por defensor de oficio.

5. Fundamenta el Tribunal su decisión condenatoria en que las pruebas recaudadas demuestran fehacientemente la autoría y responsabilidad del procesado en el delito de concusión por el cual fue llamado a juicio.

6. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del fallo por razones idénticas a las expresadas en la providencia que ahora se consulta.

Considerandos

1. *Adecuación típica. De conformidad con el artículo 156 del Código Penal de 1936 —vigente para la época de los hechos y aplicable a este caso por razones de favorabilidad—, hay concusión cuando un funcionario público abusivamen*

te constriñe o induce a alguien a dar o prometer a él mismo o a otra persona, dinero o cualquiera otra utilidad. Calidad de funcionario o empleado público en el actor, abuso del cargo o de la función que se ejercen, y constreñimiento o inducción sobre alguien para obtener con beneficio personal o de terceros por entrega o promesa, dinero u otra ventaja personal, son pues, los elementos integradores de este hecho punible.

La concusión, tanto en el Código Penal anterior como en el actual, se consuma en el momento en que el agente realmente constriña o induzca a alguien a dar o a prometer dinero o cualquiera otra utilidad al propio funcionario o a un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan penetrado o no a la esfera de disponibilidad del actor; tal conclusión se desprende no sólo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador —constreñir e inducir, y además, solicitar en el nuevo Código—, sino de que el interés jurídicamente tutelado, que es el de la rectitud y probidad de la administración pública, queda vulnerado en el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos; la efectiva entrega del dinero o de la utilidad afectan ya bienes jurídicos de otra índole —ordinariamente patrimoniales— en cabeza de la persona concusionada, cuya vulneración no es elemento integrador de este delito. La expresión legal de constreñir o inducir a alguien "a dar o prometer" que utilizan uno y otro códigos (Arts. 156 del anterior y 140 del actual), significa tanto como coaccionar o persuadir a otro para que este dé o prometa, lo que quiere decir que tal expresión es realmente un ingrediente subjetivo del tipo, una de cuyas características es la de que para la plena adecuación de la conducta a esta clase de tipos basta que el agente actúe con la finalidad en él indicada, sin que sea necesario que a la postre logre su propósito.

En el presente caso el procesado utilizó el mecanismo del constreñimiento psíquico para lograr dinero de la madre del detenido, en cuanto la colocó en el dilema de sufrir por la permanencia de su hijo en la cárcel si no satisfacía la exigencia monetaria o lograr su liberación si cedía ante el reclamo perentorio, proveniente de quien tenía poder para decidir en uno cualquiera de los dos sentidos; su condición de madre se inclinó ante la amenaza.

Demuestran plenamente la materialidad de esta conducta en la persona del procesado, el claro, enfático y circunstanciado relato que del hecho en cuestión hace la señora de Rincón, la confirmación que de él suministran su hijo, su esposo y el empleado oficial del municipio, y los testimonios (con valor dindicial en este caso) de quienes manifiestan haber sido víctimas de igual proceder por parte del mismo funcionario.

2. *Antijuridicidad.* Con su comportamiento el ex Juez Promiscuo Municipal de Tausa vulneró sin justificación jurídica alguna el interés del Estado en una administración pública y en un dispensamiento de justicia dignos y ejercidos por funcionarios honestos y de recto proceder, bienes éstos que el legislador pretendió tutelar mediante el tipo penal de concusión y que el procesado ilícitamente lesionó.

3. *Culpabilidad.* La actuación del funcionario acusado en la forma en que lo precisa la investigación lo muestran ejecutando el hecho con plena conciencia de su ilicitud y con clara voluntad de realizar el comportamiento, cuya típica antijuridicidad no podía desconocer dada su condición de juez de la República; por eso ha de concluirse que actuó dolosamente.

4. *Punibilidad.* Bien dosificada está la pena principal de 15 meses que le impuso el Tribunal, si se considera que la existencia de tres procesos penales en su contra, uno de ellos con auto de proceder (Fol. 235), evidencian una personalidad proclive. En cuanto a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por período igual al de la pena principal, resultan igualmente correctas.

Ha de ratificarse también la condenación en abstracto al pago de perjuicios y la negativa a conceder condena de ejecución condicional en razón de la personalidad del procesado.

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

CONFIRMAR la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE RESPONSABILIDAD

Para que pueda configurarse un delito de responsabilidad, es necesario que la acción delictiva se desarrolle, así sea en forma deficiente, en virtud de la función oficial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 15 de 18 de marzo de 1982.

Vistos

Este sumario se le adelantó al doctor Alvaro Murillo Gélvez, por la supuesta comisión de un delito "contra la inviolabilidad de domicilio", cometido cuando se desempeñaba como Intendente Nacional de Arauca, según denuncia formulada por Félix María Bottía.

Clausurada la etapa de investigación, corresponde pronunciar la calificación de fondo.

Hechos

El señor Félix María Bottía, como empleado oficial, había recibido autorización del doctor Murillo para residir en la casa intendencial, en un sector aislado del que ocupaba el sindicado. El día 18 de noviembre de 1979, el doctor Murillo regresó de una gira oficial, con algunos amigos y amigas, algo alicorado. De un momento a otro, violentamente venció la separación material que independizaba la habitación utilizada por Bottía, quien se encontraba allí con otros amigos. De inmediato comenzó a lanzarle sus pertenencias a la calle, destino que también corrieron elementos de propiedad de Armando Daza y Edison Pérez. Luego, en la calle, se trabó en lucha a puñetazos con Bottía.

Consideraciones de la Sala

Con el cierre de investigación y el consiguiente estudio de fondo de la conducta del doctor Murillo Gélvez, surge un aspecto inquietante y es el relacionado con la calificación del ilícito por el cual debe responder, concretamente si se trata o no de un acto cumplido en ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo.

Resulta fácil entender que no se da la primera hipótesis. Igual conclusión negativa, aunque el asunto revista inicial complejidad, cabe respecto de la segunda. La modalidad del hecho, en sí, no ofrece aspectos confusos. La incertidumbre aparece a expensas de estas circunstancias: la pieza o apartamento ocupado por Bottía, Daza y Pérez, formaba parte, aunque con cierta independencia, al momento de los sucesos, de la Casa Intendencial, residencia del Jefe Administrativo de este territorio nacional; su ocupación sólo podía efectuarse por autorización de este funcionario y, a no dudarlo, éste la extendió para personas que ostentaban carácter de empleados públicos y que tenían algo que ver con la administración intendencial; la acción tuvo su realización, obviamente, en este lugar caracterizado de inmueble público, y por persona revestida del carácter de funcionario y pretendiéndose poner término a una situación que había sido creada por acto oficial.

No obstante estas apariencias, el proceder del doctor Murillo Gélvez no debe mirarse como la actividad pública propia al ejercicio de funciones de esta naturaleza. Muy distinto hubiera sido que, como tal, exigiera la devolución del apartamento o que su intervención fuera la conclusión de un trámite administrativo, policivo o judicial, que involucrara en algo su carácter de Intendente. Nada de esto aconteció y así lo indican las probanzas allegadas.

De otro lado, si la ocupación inicial de parte del inmueble en referencia se debió a la autorización emitida por el Intendente Murillo Gélvez, la acción final, supuestamente arbitraria, ajena

al más mínimo procedimiento de legalidad, no puede emparentarse legítimamente con ese primer comportamiento oficial y tenerla dentro del concepto de "por razón del cargo". Una valoración distinta resulta concepto exagerado.

Lo que se advierte, ante la ausencia de todo trámite legal procedente o la falta de íntima relación con decisiones oficiales previas, es la actuación de un particular que, por un ajuste de cuentas de inimaginadas diferencias partidistas y en notable estado de alicoramiento, acudió a una vía de hecho, sin que esta conducta comportara, en momento alguno, el ejercicio de una atribución oficial.

*La modalidad de este delito contra la libertad individual y otras garantías (*nomen juris *que se conserva tanto en el Código Penal de 1936 como en el de 1980), conforme a su construcción típica exige para ser considerado como delito de responsabilidad, en ambos estatutos, que el funcionario o empleado público sujeto activo del mismo, actúe con abuso de sus funciones. Esto quiere decir, que se posea una atribución oficial y que al ejecutar la misma, deficiente o imperfectamente, se incurra en una acción delictiva que vulnere la habitación de alguna persona. Mientras no exista el desarrollo, así sea deficiente, de la función oficial, que en su desdibujamiento implique un abuso de la misma, no puede hablarse de este comportamiento delictivo, a cargo de un empleado público. Estando ausente este requisito, la conducta se tiene que considerar como cumplida por un particular, así ostente por diferente motivo una titularidad oficial.*

No basta, pues, que la acción se cumpla por empleado oficial para aludir a una violación de domicilio ejecutada por persona que exhiba esta calidad. Es necesario que ponga en movimiento una atribución pública y que al ejecutarla se aparte del modelo de corrección que le señala la ley.

En el caso *sub examine*, como ya se dijo, el doctor Murillo Gélvez era el Intendente Nacional de Arauca, cuando se introdujo violentamente a la habitación que en ese momento, a título legítimo aunque precario, ocupaban Bottía, Pérez y Daza. Pero no ejercía función alguna inherente a ese cargo. Actuaba como un particular y de ahí que no pueda atribuírsele la comisión de este presunto delito contra la inviolabilidad del domicilio, como actuación propia y exclusive de una función oficial y por tanto es imposible aludir a una infracción catalogable como de responsabilidad, generante del fuero que el artículo 32, numeral 7, del Código Penal consagra para los Intendentes Nacionales.

El Juzgado Penal de Circuito es el organismo al cual está adscrito el conocimiento de estos hechos, cuando su posible autor carece de fuero.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declare que NO ES COMPETENTE para conocer de este negocio. Como consecuencia de ésto, se declara nulo el auto de cierre de investigación, fechado el catorce de septiembre del año próximo pasado. Remítase este expediente al Juez Penal de Circuito de Arauca para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE HURTO

La expresión 'cosa mueble' que se emplea en la descripción del tipo penal que define el hurto, debe entenderse en sentido realístico, sin que corresponda al concepto civilista, y comprende aún cosas que el Derecho Civil considera inmuebles por naturaleza o por incorporación, cuando es posible la movilización material

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Magistrado auxiliar: doctor *Miguel Chaves Rey.*

Aprobado: Acta número 14, marzo 18/82.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior Militar de 27 de agosto de 1979, que condenó a los Cabos Segundos de la Policía: Julio Alfredo Niño González y Alfredo Pulido Pulido a las penas de 42 y 24 meses de prisión, respectivamente, y a las accesorias de rigor por los delitos de hurto y abandono del puesto el primero; y, hurto el segundo; fallo que reformó el de primer grado de 17 de abril de 1979, emitido por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comandante del Departamento de Policía Bogotá.

Hechos

La noche del 22 de julio del año de 1977 se cometió un robo en uno de los almacenes Everfit, situado en la calle 13 N 28-14, denominado "La Llave", de esta ciudad, motivo por el cual el Subteniente de la Policía, Alberto Tarazona Quintero, para proteger un saldo de mercancía para hombre que no se habían llevado los antisociales, estableció un puesto policial fijo en el local, para tal efecto designó a los agentes Ricardo Silva Ibáñez y Luis Gabriel Lancheros y dispuso para supervigilar al Cabo Segundo, Julio Alfredo Niño González, quien tenía como compañero de patrulla al Agente Jorge Elías Bernal Rodríguez.

En las horas de la madrugada del día siguiente, el Cabo Supervisor y el Agente Bernal Rodríguez, en compañía de las mujeres María Segunda Rengifo y Rocío Barrera, en un Jeep de la Defensa Civil del sector, se sustrajeron dos viajes de mercancía, la que trasladaron a la residencia del agente Bernal Rodríguez, situada en la carrera 22 Nº 10-24; también los Agentes Benjamín Morales Rodríguez y Antonio Cordero Cáceres se apropiaron de mercancías del mismo establecimiento comercial. Y, para rematar, los Cabos Segundos Alfredo Pulido Pulido y Efraín Antonio Ortiz Agudelo, como el Agente José Germán Arévalo Guerrero, terminaron saqueando el mencionado almacén.

El proceso

Con base en las diligencias preliminares realizadas por el Grupo de Contrainteligencia del F-2 del Departamento de Policía Bogotá, se inició el proceso por el Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar, mediante auto del 29 de julio del mismo año, y se vincularon a la investigación mediante indagatoria a los Cabos Segundos Julio Alfredo Niño González, Alfredo Pulido Pulido y Efraín Ortiz Agudelo y a los Agentes Gil Antonio Cordero Cáceres, Benjamín Morales Rodríguez, Ricardo Silva Ibáñez, Jorge Elías Bernal Rodríguez, José Antonio Jaramillo, Drigelio Payanese Yora, Luis Gabriel Lancheros y José Germán Arévalo Guerrero.

Luego de los incidentes propios de la investigación y clausurada ésta, el Comando General de las Fuerzas Militares, mediante Resolución número 010 de 2 de febrero de 1979, designó juez

único al Comandante del Departamento de Policía Bogotá, quien previo concepto de auditoría de que trata el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, mediante Resolución número 019 del 21 del mismo mes y año convocó a Consejo de Guerra Verbal para el juzgamiento de los procesados. Una vez instalado el Consejo, el abogado Julio César Santos Herrera, apoderado de los sindicados, Cabo Segundo Julio Alfredo Niño González, Cabo Segundo Alfredo Pulido Pulido y Agente Gil Antonio Cordero Cáceres, recusó al Vocal Capitán Manuel Roberto Neira Bermúdez, aceptada la recusación por el Presidente del Consejo de Guerra, el Capitán Neira Bermúdez fue reemplazado como Vocal por el Teniente Julio César Montes Ospina.

Tuvo lugar la audiencia el 20 de marzo de 1979 y acogiendo el veredicto mayoritario el Presidente del Consejo de Guerra Verbal dictó la sentencia condenatoria contra todos los procesados. El Tribunal Superior reformó aumentando las penas y confirmó en lo demás, mediante sentencia de 27 de agosto de 1979, que es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Guillermo Mora Cancino, mediante poder especial de Julio Alfredo Niño González y Alfredo Pulido Pulido.

La demanda

Impugna la sentencia por la causal cuarta de casación (Art. 580-4 C. P. P.), formula dos reproches en contra de la providencia, a saber:

1. Afirma el recurrente que la sentencia es nula por haberse pronunciado en un proceso viciado de nulidad, prevista en el numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, que prevé como motivo de nulidad la elaboración del cuestionario o pliego de cargos en forma diferente a lo indicado por el artículo 559 del mismo Código "esto es con el lleno de los elementos tipificadores del delito".

Y, precisa: "... El artículo 397 del Código Penal reúne, si como requisito esencial del resto de hurto, la calidad de mueble para el bien sustraído, pero el cuestionario impugnado no se refirió a ese aspecto del tipo, sino que aludió a 'mercancías'; sin que se pueda inferir por cuanto a la luz del Código Civil, artículos 655 y 658, unos mismos elementos pueden jugar jurídicamente como muebles o inmuebles.

Concluye diciendo que tal situación conlleva el desconocimiento de las disposiciones constitucionales que regulan el debido proceso.

2. En sentir del recurrente la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad legal, pues, igualmente, se violó el artículo 441-5 del Código de Justicia Penal Militar, toda vez que uno de los vocales fue reemplazado ilegalmente. De acuerdo con el artículo 402 *ibidem,* sobre impedimentos y recusaciones de los miembros de los Consejos de Guerra, conoce el juez de primera instancia.

Puntualiza el censor: "... Al aceptar la recusación presentada por uno de los apoderados, el Presidente de la audiencia marcial incurrió en la expresamente prevista causal de nulidad ...". Esta situación procesal vulnera igualmente las normas constitucionales reguladoras del debido proceso.

Concluye solicitando: "... se case la sentencia y en su lugar se decrete la nulidad por todo lo actuado, a partir de la formación de los cuestionarios ... o a partir de la providencia que aceptó la recusación del Capitán Manuel Roberto Neira Bermúdez ...".

El Ministerio Público

El Procurador Delegado para la Policía Nacional opina que "debe desecharse la demanda y mantener la sentencia recurrida". Refuta los argumentos del censor, en la siguiente forma:

a) Con relación a la nulidad por la redacción del cuestionario en términos de individualización, expresa:

"... Y pretender que los artículos o cosas u objetos relacionados en las actas que constituyen los folios 6 a 10 del primer cuaderno original, por ser mercancías no son cosas muebles, es ir más allá de la realidad objetiva del proceso ... En síntesis las mercancías son cosas comprendidas en la denominación genérica de bienes muebles que viene en el fondo a ser término idéntico al de 'cosa mueble' utilizada en el artículo 397 del Código Penal".

Tales cuestionarios se confeccionaron conforme a las pautas señaladas en el artículo 559 del C. P. M., por tanto, deberá desestimarse este primer cargo. No cabe duda alguna de que la defensa entendió perfectamente que las mercancías sustraídas por los sindicados en las circunstancias de que da cuenta el proceso, constituían la "cosa mueble" hurtada, en el sentido que debe dársele a esta expresión del tantas veces citado artículo 397 del Código Penal. De ello da fe el acta de sesión del Consejo de Guerra:

b) Con respecto al reemplazo de un vocal ilegalmente, manifiesta:

"... Esta disposición no distingue (Art. 402 C. P. M.) entre Consejos de Guerra Ordinarios y Consejos de Guerra Verbales, que haciendo abstracción al procedimiento señalado en el artículo 590, del mismo Código, son las dos formas únicas del juzgamiento por la jurisdicción Penal Militar. Es por consiguiente indispensable examinar las normas que regulan el procedimiento correspondiente a los Consejos de Guerra Verbales, señalado en los artículos 566 y 587, del estatuto castrense. Conforme a su artículo 567 en la resolución de convocatoria se indicarán los nombres de los sindicados, el o los delitos por los cuales van a ser juzgados, los nombres del personal que integra el Consejo y la indicación del lugar donde éste deberá celebrarse. Ahora bien: del artículo 569 se desprende que de las causales de excusa o de impedimento de los integrantes de los Consejos de Guerra Verbales conocerá quien haya hecho la convocatoria, ante quien se alegarán".

"... Como en este caso la recusación del vocal Capitán Manuel Roberto Neira Bermúdez, fue planteada por el abogado Julio César Santos Barrera, ante el juez de primera instancia, éste dio traslado al Presidente del Consejo al tenor del artículo 569, quien la tramitó aceptándola y disponiendo el traslado del expediente al juez de primera instancia para efecto de su reemplazo y éste siguiendo lo dispuesto en el artículo 402, invocado por el apoderado especial del recurrente, procedió a designar mediante Resolución 029 de 7 de marzo al Teniente Julio César Montes Ospina, en reemplazo del Capitán Neira. Fue pues correcta la actuación para reemplazar al vocal recusado y correcto el trámite dado al memorial de recusación ...".

Se considera

Evidentemente ninguno de los raciocinios del censor tiene la virtud de invalidar el fallo recurrido.

En efecto:

a) *La precisión del concepto "cosa mueble" no tiene solamente carácter teórico, sino que se proyecta al caso concreto. Se ha, en efecto relievado que, la distinción entre (cosas, más que en bienes) muebles e inmuebles obedece en derecho Penal, a exigencias que no concuerdan plenamente con aquellas que se encuentran en el Derecho Civil. En particular, y especialmente, respecto del hurto, donde se considera cosa mueble "aquella que", en el momento del reato es capaz de ser* trasladada *de un lugar a otro, cualquiera sea su naturaleza o destinación anterior a la sustracción (son por lo tanto) muebles: los árboles, los frutos, como las partes de una edificación: puertas, ventanas, tejas, etc.*

Entonces "cosa mueble" para los fines del delito de hurto, debe entenderse en sentido realístico, sin que corresponda al concepto civilista, y comprende aún cosas que el Derecho Civil considera inmuebles por naturaleza o por incorporación, cuando es posible la movilización material.

De lo anterior aparece que ninguna confusión existe entre el concepto de "cosa mueble" para el derecho civil con el Penal; por lo mismo cuando en el cuestionario sometido a los vocales se les preguntó sobre la responsabilidad de los procesados por haberse sustraído "mercancías" del almacén "La Llave", aquellos entendieron lógica y objetivamente que eran artículos que se encontraban allí para la venta al público y "vieron" intelectualmente que la "cosa mueble" tutelada por el Derecho, tenía las características esenciales de "mercancías" y no podía expresarse en forma más clara "los elementos que lo constituyen" artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, el reproche carece en absoluto de fundamento;

b) Tiene razón el Ministerio Público cuando observa "en este caso la recusación del vocal Capitán Manuel Roberto Neira Bermúdez, fue planteada por el abogado Julio César Santos Herrera, ante el juez de primera instancia, éste dio traslado al Presidente del Consejo al tenor del artículo 569, quien la tramitó aceptándola y disponiendo el traslado del expediente al juez de primera instancia para efecto de su reemplazo, y éste siguiendo lo dispuesto en el artículo 402, invocado por el apoderado especial del recurrente, procedió a designar mediante la Resolución número 029 de 7 de marzo al Teniente Julio César Montes Ospina ...".

Ciertamente que, el censor confundió el procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios con el de los Consejos de Guerra Verbales, pues, en estos últimos no hay sorteo sino señalamiento inmediato por la correspondiente resolución del juez de primera instancia, quien designó al Teniente Julio César Montes Ospina, mediante la Resolución número 029 de 7 de marzo de 1979, en reemplazo del Capitán Neira Bermúdez, conforme a lo dispuesto en los artículos 567, 568 y

402 del Código Castrense. Como esto fue lo que sucedió en el caso que se examina, fue pues correcta la actuación para reemplazar al vocal recusado y legal la tramitación del incidente de recusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, 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 Militar, el 27 de agosto de 1979, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

El recurso obedece a una lógica jurídica que exige que si se alegan causales excluyentes, por lo menos se haga siempre en la misma línea de la acusación o de la defensa, pero no combinándolas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 16.

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín contra la sentencia proferida por esa Corporación el 3 de mayo de 1980, mediante la cual condenó a Heriberto Hincapié Alvarez a la pena principal de *cinco años de presidio,* reformando de esa manera el fallo de primera instancia de 21 de febrero de 1980, por medio del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos le había impuesto la pena de tres años de presidio, por haberlo encontrado responsable del delito de lesiones personales, cometido en Juan Pablo Alvarez Alvarez. Con las obvias reformas mantuvo el Tribunal la pena de multa, las sanciones accesorias de rigor y la condenación, *in genere,* al pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado con el delito. De la sentencia recurrió también el defensor del procesado, pero no fundamentó su pretensión, por lo cual, respecto de él, vino a la postre a ser declarado desierto. La demanda del Fiscal recurrente fue declarada ajustada a las prescripciones formales de ley, por medio de auto de 11 de junio de 1981. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal no coadyuvó sus pretensiones (Fls. 53 y 54 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El Tribunal relata los primeros de la siguiente manera:

"El 28 de diciembre de 1978, Juan Pablo Alvarez Alvarez de 42 años de edad y su cuñado Orlando de Jesús Acevedo Delgado de 19 años de edad, cada uno en su bestia cabalgaban rumbo a la casa del primero con el fin de visitar al padre de Juan Pablo que se encontraba enfermo. En una fonda caminera tomaron algunos tragos de aguardiente, puesto que el primero tenía resaca de la noche anterior. Prosiguieron la marcha y cuando cruzaban la finca 'La Argentina', de propiedad de Vicente Jaramillo, ubicada en la vereda 'San Antonio', corregimiento San Pablo, Municipio Santa Rosa de Osos, se encontraron con Heriberto Antonio Hincapié Alvarez, de 19 años de edad, a eso de las cuatro de la tarde, quien iba de su trabajo para su casa y les increpó que si llevaban unos terneros que iban adelante para San Antonio, que si se iban a robar ese ganado. Juan Pablo le contestó que él no le quitaba nada a nadie y luego de corta discusión Alvarez Alvarez le tiró con una peinilla a Hincapié a quien abrió una pequeña herida en el dedo pulgar y un poco en el anular de la mano derecha. Según las afirmaciones de Juan Pablo y Orlando de Jesús, el incidente se canceló y prosiguieron su camino mientras que Heriberto Antonio tomó el camino que conduce a casa de un familiar suyo. Más adelante, el nombrado Heriberto, ya provisto de una escopeta, desde la vera del camino llamó la atención de Juan Pablo y cuando éste se devolvió hacia él, el procesado le disparó con el arma causándole graves heridas en la cabeza que le produjeron como consecuencia el 'estallido de ambos globos oculares' con pérdida total de la visión 'en ambos ojos'. Además una incapacidad mayor de quince días que no fue fijada definitivamente en este proceso. Pero frente a esas dos declaraciones y en relación con el disparo de la escopeta, el acusado afirma que después de que Juan Pablo le tiró con la peinilla 'me iba a tirar con un

revólver, lo sacó para tirarme y entonces yo ya de asustado le tiré con una escopeta que yo llevaba del trabajo y yo le tiré por asustarlo y le logré dar en la cabeza' '' (Fls. 152 y 153 del cuaderno principal).

El sindicado se presentó voluntariamente a la autoridad tres días después de ocurridos los hechos, pues desde el momento mismo en que lesionó a Alvarez había desaparecido. Al serle resuelta su situación jurídica, se le dejó en libertad bajo caución, pero posteriormente se revocó esta determinación para ordenar nuevamente su captura, la que vino a hacerse efectiva pasados seis meses de encontrarse libre (Fls. 4, 14 a 19 Vto., 56 a 58 y 90 del cuaderno principal).

De acuerdo con el dictamen médico, el lesionado quedó con una "perturbación funcional permanente consistente en la ceguera total por el estallido de ambos globos oculares" (Fl. 50 *ibidem*).

Clausurada la investigación, fue llamado a responder en juicio y durante la etapa probatoria de la causa fueron practicadas algunas de las pruebas solicitadas por la defensa. Celebrada la audiencia pública, en la cual el defensor sostuvo la tesis de la legítima defensa para exculpar la conducta de su patrocinado, el juzgado profirió la sentencia condenatoria que, apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal, mediante la sentencia que es objeto del recurso que al presente se resuelve. El Fiscal Décimo sostuvo entonces como ahora en su demanda de casación que el procesado actuó en legítima defensa de su vida.

La demanda

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia, dos dentro del ámbito de la causal primera y uno al amparo de la causal cuarta (artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). Se analizarán en el orden en que fueron propuestos.

Causal primera

Cargo primero. (Lo presenta como principal): Violación de la ley sustancial por error de hecho, consistente en haber apreciado mal la confesión del sindicado.

Lo enuncia de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia como violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, proveniente de haber apreciado torcidamente la confesión del procesado Heriberto Antonio Hincapié Alvarez, lo que constituye un grave error de hecho que, a su vez, determinó el desconocimiento de su legítima defensa, consagrada en el artículo 25 del Código Penal. Esto condujo al establecimiento del artículo 375 del Código Penal y a la afirmación de responsabilidad". Como normas violadas cita, en esta parte del libelo, los artículos 215, 216 y 264 del Código de Procedimiento Pesal y los artículos 25 y 375 del Código Penal.

Para fundamentar la censura recuerda, como lo hizo en su vista fiscal ante el Tribunal, que el procesado confesó haber sido el autor de las lesiones sufridas por Pablo Alvarez, pero explicó su comportamiento como ineludible reacción ante la grave e inminente amenaza de éste, quien primero lo lesionó con un machete y luego intentó accionar un revólver en su contra. Confronta las afirmaciones del sindicado con las atestaciones del ofendido y del testigo Orlando de Jesús Acevedo Delgado, para restarles su valor a éstos y otorgárselo a aquéllas, en virtud de las contradicciones que encuentra en los dos deponentes y el respaldo que halla para las aseveraciones del procesado en las declaraciones de José Aníbal Herrera Hincapié y Leonel Giraldo (Fls. 75 y 113 Vto. y 114 del cuaderno principal), quienes manifiestan, el primero, que Heriberto Antonio Hincapié no entró a su casa el día en que ocurrieron los hechos, ni menos se proveyó allí de una escopeta; y el segundo, que Juan Pablo Alvarez, le dio a guardar ese día un revólver sin dotación y que lo reclamó ya de regreso hacia el lugar adonde se encaminaba esa tarde.

De este acervo probatorio deduce que los hechos se sucedieron en un mismo lugar, que Hincapié sí portaba en esos momentos su escopeta y que Alvarez llevaba, además de su peinilla, el revólver con el que también intentó agredir al procesado. En otros términos, que la confesión cualificada de éste no fue desvirtuada y, por tanto, debió habérsele dado entero crédito para fundamentar en ella una sentencia absolutoria.

Después de transcripciones tanto de piezas procesales como de apartes de la sentencia acusada y de citas de tratadistas, concluye de la siguiente manera la fundamentación de este primer cargo:

"El honorable Tribunal Superior de Medellín, cuando se limitó a fórmulas conjeturales, oposiciones testificales sin apreciación científica y conclusiones de simple autoridad, sin fundamentos diversos a enunciados empíricos, en realidad, jurídicamente, dejó incólume la confesión del sindicado y su valor probatorio: su presunción de veracidad.

"Y si ello es así, entonces, el fallo es acusable porque lesionó el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal con error que es manifiesto en los autos. Y este grave error de hecho, en la apreciación probatoria, condujo a la negación de su legítima defensa, derecho que se afinca en el artículo 25 del Código Penal y con ello se abrió camino a la sentencia condenatoria, que dadas estas consideraciones constituye infracción directa del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 375 del Código Penal, por aplicación indebida".

Causal cuarta

Cargo Unico, que lo propone como segundo. Nulidad de la sentencia por errada denominación jurídica de la infracción y, por ende, incompetencia del Juez de Circuito para conocer de esta (artículo 210, numerales 1º y 5º del Código de Procedimiento Penal). Propone el cargo como subsidiario del anterior.

Lo fundamenta sobre la hipótesis de que se acepte que el Tribunal tuvo razón en los planteamientos que lo condujeron a un fallo adverso a Hincapié.

En este supuesto, expresa que, como lo dijo en su concepto ante el Tribunal, si se llega a tener por cierto que los hechos ocurrieron al tenor de lo descrito en la sentencia de primer grado (la que vino luego a ser confirmada por esa Corporación), esto es, que Hincapié actuó "movido por la venganza que lo indujo a resarcir por su propia cuenta la humillación que momentos antes había padecido cuando fue acometido a planazos", y se adelantó a Juan Pablo Alvarez para ir a conseguir una escopeta y dispararla luego "alevemente", la calificación debió haber sido no de lesiones personales, sino de tentativa de homicidio por lo menos simplemente intencional, pues él mismo se encarga de refutar la posibilidad de una tentativa de homicidio agravado, ya que, expresa: "Lo que el juzgado llama venganza sería en realidad una ira que pudiera estimarse con timbre del artículo 28 del Código Penal y aquello de la alevosía no sería aceptable en razón del llamamiento frontal que Hincapié hiciera a Alvarez".

De allí deduce, siempre dentro de la hipótesis en que enmarca la censura, que el competente para conocer del proceso sería el Juez Superior, no el de Circuito, por lo cual se incurrió en nulidad y se afectó el juzgamiento.

Cargo tercero. Que lo propone dentro de la causal primera, como segundo cargo.

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 37 del Código Penal e inaplicación de los artículos 38 y 39 del mismo estatuto. La formula como subsidiario de los dos cargos anteriores.

Lo fundamenta en el siguiente aparte que transcribe de la sentencia, pero que, obviamente, no comparte: "Si bien es cierto que en contra del sindicado no puede predicarse ninguna circunstancia de mayor peligrosidad (sic), si su buena conducta anterior como circunstancia de menor peligrosidad, según el ordinal primero del artículo 38 del Código Penal, también es verdad que las circunstancias modales del hecho y sus resultados, pérdida del órgano de la visión, dan una inmensa gravedad al delito, por lo que no es justo ni equitativo imponer el mínimo. Por el contrario, es justo y equitativo aumentar ese mínimo a cinco años de presidio y ésta será la pena que se impondrá al acusado".

Argumenta que si el propio Tribunal admitió que no se presentaban circunstancias de mayor peligrosidad y sí de menor peligrosidad, el mínimo de la sanción, que era de tres años en el anterior Código Penal, no debió haber sido aumentado. Objeta, además, como criterio individualizador de la pena, el resultado o la secuela de la lesión, "porque la respectiva agravación, tomando esa base, ya la hizo la ley en los respectivos tipos penales".

Para concluir esta censura manifiesta que la sentencia acusada "así no lo cite, tácitamente dio aplicación indebida al artículo 37 del Código Penal; de manera cierta, y aquí sí expresa, no dio la aplicación debida al artículo 38 del mismo Código y esta falta de aplicación, consecuencialmente produjo infracción directa del artículo 39 del Código Penal. Todo estuvo, si se quiere, en el desconocimiento del artículo 36".

Pide que se case la sentencia y se adopten las determinaciones del caso, de acuerdo con la causal que llegare a prosperar.

Consideraciones de la Corte

De los tres cargos formulados, forzosamente habrá de prescindirse del análisis en concreto de los dos primeros, pues razones de técnica imponen su desestimación.

En efecto, *aunque la censura por nulidad que se le hace a la sentencia se formula de manera*

hipotética y como subsidiaria, entre ella y la que se presenta como cargo primero, existe una contradicción no meramente formal, sino sustancial, pues al paso que para fundamentar este último se plantea una determinada realidad procesal, que es la que se basa en la confesión del procesado, en cambio para sostener la tacha por nulidad se pasa a admitir, así sea hipotéticamente, otra realidad fáctica, diametralmente opuesta, o sea la que se deriva de aceptar la ocurrencia de los hechos del modo como los relatan el ofendido y el testigo Acevedo.

Las conclusiones a que conduce este doble planteamiento son igualmente inconciliables, pues del uno debería seguirse la absolución del sindicado por haber obrado en legítima defensa de su vida e integridad personal, y del otro se concluiría en la anulación de lo actuado para considerar en forma más desfavorable la situación del procesado.

El recurso obedece a una lógica jurídica que exige que si se alegan causales excluyentes, por lo menos se haga siempre en la misma línea de la acusación o de la defensa, pero no combinándolas.

Fuera de lo anterior, tampoco hay claridad en la formulación y sustentación del cargo presentado como un error de hecho, pues en el fondo lo que el recurrente pretende probar es que no se dio a la confesión cualificada y no desvirtuada del procesado el valor que la ley le otorga, cuando dispone que, en tales condiciones, se le tenga por verídica (artículo 264 del Código de Procedimiento Penal).

Es así como afirma en uno de los apartes de la demanda que el Tribunal "en realidad, jurídicamente, dejó incólume la confesión del sindicado y su valor probatorio: su presunción de veracidad". "Y si ello es así, entonces, el fallo es acusable porque lesionó el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal con error que es manifiesto en los autos. Y este grave *error de hecho,* en la apreciación probatoria, condujo a la negación de su legítima defensa, derecho que se afinca en el artículo 25 del Código Penal".

En esas condiciones, lo que se está planteando es un error de derecho, no de hecho, en el cual se incurre cuando se le niega a una prueba el específico valor de convicción que la ley le atribuye, que parece ser lo que se desprende del párrafo que acaba de transcribirse.

Lo anotado es suficiente para desestimar ambos cargos. No obstante y como, aunque en forma contradictoria se alegó una nulidad, conviene agregar que ésta no se presenta, pues la manera como ocurrieron los hechos, inclusive llamándole la atención a Alvarez antes de dispararle y renunciando en esa forma Hincapié a circunstancias propicias que en ese momento se le presentaban para actuar en forma diferente, evidencian que procedió con dolo de lesionar, no con propósito homicida.

Los cargos primero y segundo no prosperan.

Causal primera

Cargo segundo, que lo propone como tercero y último del libelo.

Violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 37 del Código Penal e inaplicación de los artículos 38 y 39 del mismo estatuto.

La censura se centra en que, al elevar el Tribunal a cinco años el mínimo de tres que fue la pena impuesta por el juzgado, siendo que no concurren en el comportamiento de Hincapié circunstancias de mayor peligrosidad, y sí de menor como su buena conducta anterior, violó en forma directa la ley sustancial al no haber aplicado el artículo 39 del Código Penal, de acuerdo con el cual ha de imponerse el mínimo cuando se presentan únicamente circunstancias de menor peligrosidad.

Es cierto que la norma citada contiene el precepto a que alude el recurrente y también lo es que el Tribunal estimó que no existían, en este caso, circunstancias de mayor peligrosidad y en cambio sí una de menor peligrosidad, pero no lo es menos que *el citado artículo 39 debe ser aplicado en consonancia con lo que dispone el 36 del mismo Código, pues las circunstancias de mayor o menor peligrosidad son apenas uno de los varios criterios que éste consagra para la dosificación de la pena. Al lado de ellas, se establecen también, como factores de regulación de la sanción,* la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, *los motivos determinantes y la personalidad del delincuente.*

En otros términos, se fijará el mínimo de la pena cuando sólo concurran circunstancias de menor peligrosidad (artículo 39), pero siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 36 como determinante de incremento punitivo.

Las normas del nuevo Código Penal mantienen esa misma orientación (Arts. 61 y 67), solamente que el nuevo estatuto aclaró por vía legislativa, lo que venía siendo fruto de la correcta interpretación. Es así como en su artículo 67 dispone: "Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo cuando concurran exclusivamente de atenuación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61". *Y este artículo dice en su inciso 1º: "Dentro de los límites señalados por la ley el juez aplicará la pena según la* gravedad y modalidades del hecho punible, *el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente" (subrayas fuera de texto).*

En el presente caso, el Tribunal estimó con acierto que las circunstancias modales del hecho y su gravedad no permitían imponer como sanción únicamente el mínimo, como lo había hecho el juzgado, sino que se hacía necesario elevarlo a cinco años.

Es cierto, como lo anota el recurrente, que la sanción establecida para cada tipo penal refleja en sí misma la gravedad que el legislador quiso asignarle. Es la llamada "individualización legislativa de la pena", la cual consulta la gravedad abstracta del reato. Pero al lado de ella, opera la denominada "individualización judicial de la sanción", que está a cargo del juez en el momento en que hace la valoración jurídica del caso concreto en orden a determinar la específica sanción para el mismo, y es entonces cuando tiene que acudir, para hacerlo, a los criterios señalados en las citadas normas. Es que, ya dentro del marco de su realización, el hecho adquiere una concreta y propia gravedad que es la que el juez tasa dentro de los límites mínimo y máximo fijados en el respectivo dispositivo penal.

La sanción fue, por tanto, correctamente fijada.

El cargo no prospera.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, 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, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD POR ABANDONO DEL EMPLEO. PECULADO Y FALSEDAD

Artículo 178 del estatuto penal de 1936. No basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo. La firma de la nómina cuando no se ha laborado, genera un concurso entre los tipos de falsedad y peculado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 18.

Vistos

Corresponde decidir el recurso de apelación propuesto por el defensor del procesado Eduardo Lozano Rivera contra el auto de 18 de febrero de 1981, mediante el cual el Tribunal Superior de Popayán residenció a aquél en juicio por delitos de abandono del empleo, falsedad documentaria y peculado cometidos en ejercicio del cargo de Juez Territorial de la Isla Prisión Gorgona.

La sustentación del recurso está encaminada a demostrar que "no pudo realizarse la conducta punible de abandono del cargo por falta de adecuación al tipo" y que "reconocer la falsedad y el peculado sería, por lo tanto, dar ingreso a un ilícito consecuencial, externo a los resortes psicológicos de la conducta, fuera de todo factor culpabilista", en tanto que en sentir de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, si bien "procede revocar el llamamiento a juicio en cuanto al delito de abandono del cargo", debe confirmarse "en cuanto a los delitos de falsedad y peculado", en los casos que señala.

Antecedentes

1. El Director de la Isla Prisión Gorgona, Mayor José William Bermúdez Zapata, dio cuenta a la Procuraduría Regional de Popayán que el Juez Territorial de ese lugar, doctor Eduardo Lozano Rivera, con notorio perjuicio de la administración de justicia, se ausentó por cuatro ocasiones "de su sede de trabajo abusando de la bondad y confianza" a él concedidas "aludiendo encontrarse con permiso".

La misma dirección penitenciaria envió copia de esa comunicación al Tribunal Superior de Popayán, el cual el 8 de noviembre de 1978, después de algunas diligencias preliminares, dispuso la iniciación del sumario, quedando establecido en la investigación que el doctor Eduardo Lozano Rivera detentó el empleo de Juez Promiscuo Territorial de la isla Gorgona, desde el 1º de octubre de 1977 hasta el 30 de diciembre de 1978, y, como con acierto lo relieva la providencia impugnada, "vistas las distintas pruebas que obran en el proceso, en especial el acta de inspección judicial (Fl. 75), practicada al libro de anotación de entradas y salidas del personal de la isla; las certificaciones del Tribunal Superior sobre los permisos concedidos al doctor Lozano Rivera (Fl. 51) y la confesión (Fls. 55 y ss.) se tiene que, en verdad, el señor Juez Promiscuo Territorial de Gorgona se ausentó 4 veces de la isla en el año de 1978, así:

"*Primera salida,* del 5 al 12 de febrero. El 5, día de su salida, fue domingo y el 12 cuando regresó era también festivo. Vale decir que la ausencia del funcionario, dejando de atender sus funciones de juez, se prolongó del lunes 6 al sábado 11 del citado mes de febrero ... el señor

juez disfrutó de permiso para los días miércoles 8 a viernes 10, o sea que en últimas dejó de asistir, sin debida autorización, los días lunes 6 y martes 7 y el sábado 11.

"*Segunda salida,* del viernes 10 de marzo, en las horas de la mañana (inspección judicial de folio 75) al 18 de ese mes. Vale decir que estuvo ausente durante 9 días, sin autorización alguna.

"*Tercera ausencia,* del 23 de abril (domingo) al 7 de mayo, lo que significa que estuvo ausente durante 15 días, así: el día de su salida, festivo (domingo); el 26, 27 y 28 (miércoles, jueves y viernes) con permiso, los demás días (24, 25 y 29 de abril al 8 de mayo) (lunes, martes y sábado) y la semana siguiente hasta el 7, o sea 11 días sin autorización.

"*Cuarta ausencia,* del 30 de mayo al viernes 16 de junio: los 3 primeros días fueron autorizados con permiso y el 4 festivo (viernes 2 de junio), o sea que el actor se colocó en abandono del cargo desde el sábado 3 de junio hasta el 16, o sea un total de 14 días ...".

El Procurador Delegado, ceñido así mismo a la realidad procesal, destaca:

"... De la prueba documental fidedigna aportada a los autos, representada en un acta de inspección judicial y certificación expedida por la Recaudación Nacional de Impuestos en Guapí, resulta igualmente comprobado que el imputado percibió los sueldos completos durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 1978 y que, así mismo, para ese efecto presentó las respectivas nóminas, atestando en ellas haber permanecido al frente del juzgado ininterrumpidamente por todo el tiempo mencionado (Fls. 97 a 103, 287).

Emerge también evidente que el valor de los sueldos devengados por el Juez Territorial de la Isla Prisión Gorgona y su Secretario era situado por el Ministerio de Justicia en la Oficina Recaudadora de Impuestos Nacionales, localizada en el Municipio de Guapí sobre la costa del Pacífico, situación que se prolongó hasta principios de enero de 1979, pese a las complicaciones de todo orden que estaba creando, cuando los fondos siguieron siendo radicados en Buenaventura. Aquella circunstancia, como es apenas obvio, obligaba a que los beneficiarios, por lo menos uno de ellos, tuviera necesidad de movilizarse periódicamente en días laborables hacia la distante oficina pagadora con el objeto de gestionar la cancelación de las correspondientes nóminas o correr el riesgo de confiar la misión a un tercero otorgándole poder, solución esta última que tampoco hacía desaparecer el problema, ya que las sensibles dificultades de comunicación existentes entre el continente y la isla hacían imposible la llegada oportuna de los dineros a sus destinatarios, con las correspondientes dificultades para éstos, quienes dependían de su salario.

De acuerdo con sinnúmero de declaraciones vertidas por personas que en una u otra forma tuvieron que ver con los medios de transporte que para la época de los hechos servían entre Buenaventura y la Isla Prisión Gorgona, lo mismo que entre esta región y el Municipio de Guapí, se deduce sin la menor duda que el servicio de transporte marítimo era dificultoso, se prestaba esporádicamente desde aquel puerto y duraba en condiciones normales aproximadamente doce horas y lo propio ocurría cuando se trataba de viajar directamente a Guapí, pues era necesario realizar la travesía a un costo superior a los tres mil pesos en pequeñas embarcaciones y desafiando graves peligros. Sin mucha regularidad en el servicio, pero en aras de la economía de dinero, el funcionario debía transportarse en el segundo caso por la vía aérea hasta Cali, retornando por Buenaventura al sitio de origen. Entre estos testimonios cabe destacar los de Hernando Herrán, Asesor Jurídico del centro carcelario (Fl. 69); el profesor de dicho establecimiento Jorge Eliécer Campo Pizarro (Fl. 70); de los ex Jueces de Gorgona Gerardo Julián Velasco (Fl. 151), Antonio Ordóñez Aragón (Fl. 166) y Jaime Orozco Jordán (Fl. 192); Juan Segundo Quiñones Perea (Fl. 228 Vto.); Neftalí Valencia Jiménez, Pagador de la Cárcel de Buenaventura y durante algún tiempo simultáneamente de Gorgona (Fl. 230); doctor Arturo Torres, Auditor asignado a las cárceles de Buenaventura y Gorgona (Fl. 231 Vto.); Jaime Martán, representante en Guapí de las empresas de aviación "Satena" y "Tana" (Fl. 250); y el Capitán del Puerto de Buenaventura, Augusto Prieto Pabón (Fl. 266) ...".

II. El recurrente, después de aludir a la situación fáctica y a la opinión de connotados tratadistas nacionales respecto a los alcances de la descripción típica de la delincuencia de abandono del cargo en los términos del artículo 178 del Código Penal de 1936, vigente a la época de los hechos, sienta la premisa de que éste "introdujo un elemento restrictivo en el tipo, pues no se refirió al abandono en cualquier situación, sino únicamente cuando se produjera 'antes de

que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo' (el empleado), siendo necesario 'el nombramiento del sucesor y que éste se encontrara en posesión del cargo' '', para luego concluir:

''La situación procesal revela nítidamente que el ex juez nunca quiso separarse definitivamente del cargo, ni dejarlo durante tiempo considerable. También revela que no hubo posibilidad de perjuicios, según el acta de la diligencia de inspección practicada por la funcionaria de instrucción criminal en las oficinas del Juzgado Promiscuo Territorial de Gorgona, exactamente en las fechas a que se contraen las ausencias del doctor Lozano Rivera.

La voluntad de abandonar el cargo está negada así mismo por las peticiones de licencia, por la concesión de éstas en el Tribunal de Popayán y por la brevedad de los excesos. Nadie se propone dejar una posición de servicio si previamente solicita permiso para separarse durante el término que permite la ley. Esa es la prueba básica de la inexistencia de dolo, forma de culpabilidad que sería la reconocible en el procesado. Los esfuerzos del ex juez estuvieron dirigidos en sentido inverso: reintegrarse cuanto antes a sus labores, vencidas las dificultades de transporte, que también acepta el auto de proceder, aunque sólo sea para declarar la inculpabilidad en una quinta ausencia del doctor Lozano.

El cargo de juez no quedó, pues, vacante, y no podía quedar porque siguió funcionando el despacho, porque las separaciones eran cortas y estaban presididas por el ánimo de regresar una vez vencidas las dificultades de transporte ...

Si no pudo realizarse la conducta punible de abandono del cargo por falta de adecuación al tipo, y si no concurrió ninguna forma de culpabilidad, aún admitiendo graciosamente la existencia del hecho, según quedó expuesto, no son posibles jurídicamente las infracciones concurrentes de falsedad y peculado. Si las ausencias de la localidad no constituyen abandono, las certificaciones sobre los sueldos devengados y el cobro de esos sueldos no son falsas ni representan formas ilícitas de apropiación. Todo lo contrario, son consecuencias legítimas de una labor que apenas se suspendió unos días, sin el ánimo de paralizar el funcionamiento del juzgado y sin afectar, por consiguiente, la administración pública.

Además, en el caso de admitirse la realización práctica del modelo y el dolo, representado en el propósito de abandonar el cargo, la falsedad y el peculado serían apenas formas residuales de la primera conducta, es decir, del abandono. Querría decir que el ex juez dejó el cargo en las varias oportunidades, quedando reducido a eso su incriminación. Sólo se propuso en esa hipótesis dejar la oficina, volver la espalda a sus deberes oficiales, sin que persiguiera ninguna otra finalidad, ni menos la de quebrantar la fe pública o defraudar el patrimonio del Estado. La voluntad tomó una sola dirección, fue unívoca y al incumplimiento de sus obligaciones estuvo encausada de manera privativa. Jamás a contrariar la verdad en un documento público, ni al aprovechamiento de los dineros oficiales, sin causa legal para ello.

Reconocer la falsedad y el peculado sería, por lo tanto, dar ingreso a un ilícito consecuencial, externo a los resortes psicológicos de la conducta, fuera de todo factor culpabilista. En palabras distintas, eso significaría aceptar la responsabilidad objetiva, también proscrita del sistema colombiano por el artículo 5º del estatuto represor.

Si son válidos los elementos del delito de abandono, tampoco pueden considerarse los de falsedad y peculado.

Estos ... los puntos de vista de la defensa para reiterar la demanda del sobreseimiento definitivo en favor del procesado ...''.

III. El Delegado de la Procuraduría, al referirse concretamente a las cuatro ocasiones en que el funcionario acusado supuestamente abandonó en forma indebida la sede del juzgado a su cargo, expresa:

Que prohíja la conclusión del Tribunal respecto de la primera, porque la evidencia procesal conduce a admitir ''la excusa del sindicado consistente en que empleó los dos primeros días para cobrar el sueldo de enero en Guapí'', por lo que, como lo sostiene el *a quo,* ''obró con la convicción errada e invencible de que tenía facultad de tomarse dos días para trasladarse al sitio en donde se le pagaba'' y ''cuanto al último, por las dificultades presentadas en el transporte y tratarse de corto término''.

Que la segunda ausencia ''tenía causa justificada'', porque ''es un tanto excesivo exigir que con posterioridad a la comunicación telefónica que requería la presencia del ex juez en Cali se pruebe la verdadera gravedad que en su salud aquejaba a la señora Galíndez de Lozano, para darle la razón al funcionario sobre la necesidad de acudir en auxilio de ésta, pues sólo él, en su

objetividad, podía apreciarla, teniendo en cuenta los factores externos que en un momento verdaderamente necesario le impedían un rápido desplazamiento''.

Que respecto de la tercera, ''no son suficientes las explicaciones suministradas por el acusado en este caso, para explicar su ausencia; es cierto que subsistían dificultades para el envío del dinero del sueldo a la isla, como se desprende del dicho de la religiosa Sor Escolástica Jaramillo Galvis, pues esta situación hasta ese momento no había sido corregida; sin embargo, cabe anotar que, como lo advierte el Tribunal, el día dos (2) de mayo en que se vencía el permiso y ya debía estar en su sede, el funcionario se proponía apenas viajar, no obstante conocer las dificultades que representaba el transporte entre Buenaventura y la isla, lo cual suponía que con anterioridad debía procurar su traslado, para evitar el vencimiento del término concedido como permiso, especialmente si había salido con anterioridad al día en que se autorizó el mismo''.

Que tocante a la cuarta, ''tampoco encuentra suficientemente demostrada ... la explicación suministrada, por cuanto el acusado, cuyo permiso vencía el 1º de junio, sólo el 2 se trasladó a Buenaventura; si bien alega problemas de salud, no se explica por qué no se presentó a consulta a dicha ciudad, en los correspondientes despachos o servicios médicos de la Caja de Previsión y aunque puede admitirse que se sometió a examen médico particular, esto ocurrió sólo el cinco (5) siguiente y no obstante haberse prolongado su incapacidad hasta el 15 del mismo mes, no hizo solicitud alguna de licencia, ni envió ninguna comunicación al Tribunal en cuanto a la situación referida; debe admitirse como lo alega el inculpado, que existe considerable distancia entre Buenaventura y Popayán, sede del Tribunal; sin embargo, resulta obvio que podía comunicarse telegráficamente con la Corporación citada para advertir la situación existente o buscar los remedios consiguientes, omisión que no ha explicado suficientemente el acusado hasta el momento ...''.

Pero aunque en su sentir la evidencia procesal no demuestra que fueran justificadas las dos últimas ausencias, termina por admitir el argumento de la defensa sobre la atipicidad de las mismas. Sin embargo, disiente de aquella al considerar que la inexistencia del delito de abandono del empleo no comporta la de los de falsedad y peculado, por cuanto en éstos está incurso el juez sindicado ''al certificar las nóminas que son documentos públicos, para hacer constar que había trabajado días en que estuvo ausente sin justificación suficiente, en forma contraria a la verdad'' y ''al percibir mediante las mismas nóminas los sueldos correspondientes''. De ahí que solicite la revocación del enjuiciamiento en lo concerniente al delito de abandono del cargo y su confirmación por las concurrentes infracciones de falsedad y peculado.

Se considera

No se remite a duda que el doctor Eduardo Lozano Rivera, en el carácter de Juez Territorial de la Isla Prisión Gorgona, por lo menos en los dos últimos meses que se le imputan, hizo dejación de los deberes que el cargo le imponía en cuanto a la debida asistencia a él. Es que comprobada está la falta de asistencia a la oficina pública. Sin embargo, *para la existencia jurídica del delito de abuso de autoridad por abandono del empleo, en los términos del artículo 178 del estatuto penal de 1936, que es el pertinente a consecuencia de su vigencia al momento de los hechos y por razón de favorabilidad, no basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo. Pero en el caso de autos, si bien es verdad que el juez acusado se ausentó ilegalmente en algunas ocasiones de la sede del despacho, tales ausencias no comportan el propósito de abandonarlo, pues la posterior reasunción de las funciones inherentes denotan todo lo contrario, amén de que tampoco la prueba recogida muestra que se hubiese paralizado la marcha de la oficina judicial o lesionado algún interés legítimo.*

Así, pues, la inexistencia del delito de abuso de autoridad por abandono del empleo, como con acierto lo pregonan recurrente y colaborador fiscal, es manifiesta. Sin embargo, aunque la inasistencia del juez a la oficina judicial no responda al supuesto típico del delito en referencia, no por ello son descartables las hipótesis punibles de falsedad documental y peculado, porque como es apenas obvio un hecho puede no ser específicamente constitutivo de determinada infracción penal, pero sí de otra.

En este evento, y en relación con las dos últimas salidas atribuidas al juez sindicado, probada está la materialidad de los punibles de

falsedad y peculado, puesto que con inmutación de la verdad respecto del tiempo realmente servido dio su visto bueno a las nóminas de cobro de sueldo para luego presentarlas, como efectivamente lo hizo, a la respectiva Oficina de la Administración de Impuestos Nacionales para de ese modo obtener un indebido pago. Empero, como no basta la objetividad del hecho punible para residenciar en juicio, puesto que es menester además acreditar la culpabilidad en la forma indicada por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, débese concluir que mientras la investigación no demuestre que el funcionario sí contó con los medios de transporte que le permitían reintegrarse a sus labores después de concluidos los permisos de ausencia en los meses relacionados como tercero y cuarto, la temporal omisión en el cumplimiento del deber de trabajar esos días no podría serle imputada penalmente, puesto que nadie puede estar obligado a lo imposible ni a superar lo que per se *constituye una fuerza mayor.*

Es más, en lo que concierne a la cuarta ausencia hácese necesario establecer, con los medios probatorios adecuados, si la enfermedad aducida por el procesado pudo impedirle el desplazamiento oportuno a la isla Gorgona después de agotarse el permiso remunerado. Si así no fuere, estaríase reprochando la conducta del juez con fundamento en la simple omisión, siendo que para ello es imprescindible el extremo de la culpabilidad.

En consecuencia, si bien en lo relacionado con las dos primeras ausencias del acusado procede el sobreseimiento definitivo (Art. 491 del Código de Procedimiento Penal), tocante a las dos últimas importa sobreseer temporalmente, a fin de que durante el término de reapertura de la investigación (Art. 493, *ibidem*), se amplíe la indagatoria del acusado para que suministre los nombres de las personas a quienes conste la alegada imposibilidad de transporte para las fechas a que se contraen las ausencias que no aparecen justificadas, recibir luego testimonios a esas personas, así como a todas aquellas a quienes conste la enfermedad que dijo padecer el ex juez Eduardo Lozano Rivera y las demás que se estimen conducentes a llenar los vacíos anotados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el Procurador Delegado, REVOCA el auto recurrido y, en su lugar, primero, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE al ex juez Eduardo Lozano Rivera del delito de abuso de autoridad por abandono del cargo, así como de los de falsedad y peculado en relación con las dos primeras ausencias; y, segundo, en cuanto a las dos últimas lo SOBRESEE TEMPORALMENTE, a fin de que dentro del término legal de reapertura de la investigación se practiquen las diligencias a que alude la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Son procedentes en la etapa de indagación preliminar

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 18 de 25 de marzo/82.

Vistos

El doctor Gregorio Rodríguez Vásquez manifestó impedimento para conocer del presente asunto y le fue rechazado por la Sala Dual que debía calificarlo.

Los hechos que han dado lugar al incidente se resumen así:

Existe un proceso de lanzamiento radicado en el Juzgado Doce Civil Municipal, en el cual es demandante representado por el doctor Daniel Suárez Hernández el señor Emilio Vargas Castro y demandados Amparo Arbeláez de Camacho y Juan Francisco Camacho Castillo. Este último denuncia, según textualmente se copia: "contra el Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá, situado en la calle 17 Nº 4-95 piso 4º y contra las personas que aparezcan responsables en la comisión del delito o delitos que resulten".

La denuncia se presentó en el Tribunal Superior de Bogotá el 27 de julio de 1979 y por repartimiento del día 30 siguiente correspondió al Magistrado doctor Rodríguez Vásquez, quien por dos ocasiones (autos de agosto 6 de 1979 y enero 14 de 1981) ordenó la práctica de diligencias de indagación preliminar (Art. 320 bis del Código de Procedimiento Penal). Cumplidas estas diligencias el Magistrado declaró su impedimento el 29 de octubre de 1981, así: a) la denuncia se refiere a la conducta del doctor Jaime Echandía Botero, Juez Doce Civil Municipal, por presunta parcialidad hacia el demandante que representa el doctor Daniel Suárez Hernández, y b) se sugiere que asumió el conocimiento del proceso de lanzamiento dicho juzgado, porque allí trabaja la señorita Hilda Suárez Hernández (Escribiente 1ª como queda comprobado), hermana del doctor Daniel Suárez Hernández, pero no se ha establecido que cursen varios procesos del mismo abogado en dicho juzgado. Sobre tales bases concluye:

"De todos modos, lo que se decidiera en este momento procesal en que es pertinente abrir o no investigación penal y ordenar eventualmente otras medidas, podría tener que ver con el doctor Daniel Suárez Hernández. Ocurre que él y su esposa, la Magistrada Edilma Cely de Suárez, me han distinguido con su amistad hasta el punto (de) que por ellos me hice miembro del Club de Abogados y he departido frecuentemente con dicha pareja. En tales condiciones, me siento inhibido, porque la amistad es estrecha, para actuar como juez en un caso en que el doctor Suárez tiene relación".

La Sala Dual efectúa, para calificar el impedimento, algunas consideraciones acerca del alcance de las palabras "amistad íntima" que la causal de impedimento invocada (Num. 5º del Art. 78 del C. de P. P.), trae y deduce, por las propias expresiones del doctor Rodríguez Vásquez, que no se trata de la "relación íntima" prevista por la ley, sino de una simple amistad "condicionada a las normas de cortesía que rigen ordinariamente en las relaciones sociales". Agrega, para rechazar el impedimento alegado que no aparece como parte ni como apoderado de parte en el caso concreto el doctor Suárez Hernández y que lo relativo al hecho de que la hermana de éste preste sus servicios en el juzgado a cargo del denunciado doctor Echandía Botero nada tendría que ver con el impedimento, pues no se investiga la conducta de ella sino la del juez. Lo demás, en la manifestación de impedimento, se refiere a eventualidades y aspectos

de futuro que no dan lugar a la inhibición, dice la Sala Dual.

Sobre la base de los antecedentes resumidos y en parte transcritos, la Sala considera:

La jurisprudencia decidió ya que los incidentes de recusación o de impedimento tienen cabida, si se dan las condiciones previstas por las normas que rigen su planteamiento, trámite y solución, en esa etapa de preludio investigativo que la Ley 17 de 1975 creó con el nombre de "indagación preliminar", que incorporó al Código de Procedimiento Penal como su artículo 320 bis y que antecede a las decisiones alternativas de pronunciarse por la inhibición mediante desestimación de los cargos de la denuncia, o de la querella en su caso, o de abrir la sumaria con la emisión de un auto cabeza de proceso, con apoyo en los artículos 320 y 319 respectivamente. Dicha situación se presenta en el presente asunto.

El incidente gira en torno a una manifestación de impedimento por "amistad íntima", pues a ella equivaldría, en sentido figurado, la palabra "estrecha" que utiliza el Magistrado al calificarla. Amistad de tan acusada característica debe mediar entre alguna de las partes, o su defensor o apoderado, y el Juez o Magistrado a quien le corresponde conocer del proceso.

Obviada por vía de jurisprudencia la dificultad que representa el hablar de parte, defensor o apoderado, antes del nacimiento del proceso, *debe observarse aquí, para el caso concreto, que la denuncia pese al hecho de dirigirse contra el Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá, persona jurídica que no podría delinquir como es obvio, está enderezada en primer término contra el titular de dicho despacho y que resulta éste persona distinta del abogado, para el cual abriga estrechos sentimientos amistosos el Magistrado que pretende se le retire del conocimiento; además, el hecho de que dicho profesional represente los intereses económicos de un tercero en proceso radicado en la oficina del juez denunciado ni lo identifica con éste ni lo torna en defensor o apoderado suyo. Este solo aspecto resulta suficiente para desechar el impedimento sin necesidad de penetrar en el examen de la magnitud del sentimiento que como causal de inhibición se invoca.*

Los temores del Magistrado, tal vez no suficientemente apreciados por la Sala Dual, se refieren más que todo a la posibilidad de beneficiar o perjudicar al amigo involucrado en la denuncia, o a la hermana del mismo que aparece aludida, cualquiera que sea la decisión que como Sustanciador adopte o a su adopción contribuya cuando deba decidirse si se abre o no investigación al juez denunciado. Esos temores fácilmente se disipan si se comprende que no es el Magistrado quien les formula cargos, pues ellos, junto con los que al juez corresponden, ya vienen en la denuncia. Por otra parte la conducta que se atribuyen al abogado amigo y a su hermana, que no tienen fuero alguno de juzgamiento se considerarían en proceso distinto a éste que sólo en el caso de una hipotética segunda instancia podría permitirle al Magistrado, allí sí, plantear un impedimento posiblemente atendible.

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

Resuelve

DIRIMIR la cuestión en el sentido de impartir confirmación a la providencia de la Sala Dual que rechazó el impedimento del Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez en el presente caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. MOMENTO CONSUMATIVO

Es un tipo penal en dos actos que requiere la concurrencia de dos hechos sucesivos diferentes: la falsificación del documento que ha de servir de prueba y su uso posterior. La infracción se consuma en el lugar donde se haga uso del medio probatorio falsificado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de marzo de 1982.

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

Aprobado: Acta número 018.

Vistos

El señor Juez Segundo Superior de Buga se declaró incompetente para calificar este sumario, que envió al Tercero de la misma categoría de Pereira, fundado en la consideración de que los cheques materia del proceso fueron entregados, ya debidamente confeccionados, en la capital de Risaralda, de donde concluye que "es pues, a las autoridades judiciales de esa ciudad, a quienes corresponde juzgar y fallar las presentes diligencias, con razón a que los actos preparatorios se llevaron a cabo en ese lugar en donde se cumplirían los actos consumativos, al cobrarse los cheques" y por tanto, en el supuesto de que "en Buga sólo se iba a realizar la entrega de la mercancía, lo cual '—a su juicio—' jurídicamente no constituye acto ejecutivo de la infracción".

El Juez Tercero Superior de Pereira estimó, por el contrario, que "aparece diáfanamente establecido que los dos cheques fueron llevados a la ciudad de Buga y entregados para pagar los pollos comprados, o sea, que los mencionados títulos fueron usados para el fin propuesto al elaborarlos", de donde concluye que "demostrada la existencia del documento privado y evidente su uso, debe hablarse, únicamente, de la falsedad en documento privado como entidad punible, independiente, que, de otra parte, no concurre con la estafa".

Considerando

La disposición penal que define y sanciona el delito de falsedad en documento privado, de acuerdo con la legislación actualmente vigente exige, como bien lo señala el señor Juez Superior de Pereira, la concurrencia de dos hechos sucesivos diferentes, la falsificación del documento que ha de servir de prueba y su uso posterior (Art. 221 del Decreto 100 de 1980), de modo que la falsedad, en escritos de esa calidad, en sí misma considerada, carece de la relevancia jurídica que adquiere al hacerse uso del medio de prueba falsificado, momento en el cual queda consumada la infracción y determinada, por consiguiente, la competencia territorial para la investigación y fallo del proceso.

Acierta, por tanto, el señor Juez Tercero Superior de Pereira cuando afirma que la falsedad en documentos privados se consumó en Buga, porque fue allí donde se utilizaron los cheques y se obtuvo, además, la entrega de la mercancía de este modo ilícitamente adquirida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME la colisión negativa de competencias planteada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento para la investigación y fallo del proceso corresponden al Juzgado Segundo Superior de Buga, al que, en consecuencia, se enviará el proceso, a tiempo que se remitirá copia de esta decisión al Tercero Superior de Pereira.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DOCUMENTOS PUBLICOS

Conforme a nuestro sistema procesal, todo documento que expide un funcionario en ejercicio de sus funciones, tiene naturaleza de público y por ende contra él sólo es viable la prueba que acredite la falsedad del documento mismo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de marzo de 1982.

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

Aprobado: Acta número 018.

Vistos

A virtud de consulta, corresponde a la Corte revisar la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de 14 de julio del año pasado, por medio de la cual absolvió al procesado Pablo Emilio Trujillo de los cargos que le fueron formulados dentro de los procesos acumulados adelantados en su contra, ambos por los delitos de falsedad en documentos públicos y, de conformidad con los respectivos autos de proceder, cometidos por el procesado cuando ejerció, transitoriamente, las funciones de Juez Segundo Penal Aduanero de aquella ciudad.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha manifestado su conformidad con la decisión consultada y ha solicitado a la Corte, en consecuencia, que le imparta su aprobación.

Resultando

1. La actuación procesal y los hechos plenamente acreditados en cada uno de los dos procesos acumulados, correctamente reseñados por el Tribunal en la sentencia consultada, son los siguientes:

La actuación procesal

"... La Procuraduría Regional de Barranquilla remitió a este Tribunal copia de las actas de visita practicadas a varios juzgados de aduanas que funcionan en Barranquilla, para que esta superioridad determinara si era el caso o no abrir investigación penal contra los Jueces Segundo del Distrito Penal Aduanero de Barranquilla, Pablo Emilio Trujillo; Segundo Penal Aduanera, doctora Nelly Rincón, titular; y Primero de Instrucción Distrital Aduanero Rafael Cotes Acosta, titular ...".

"... Escindidas las diligencias pertinentes a las actuaciones de cada uno de los funcionarios antes mencionados, dado que se trataba de distintos hechos, se ordenó adelantar por separado las correspondientes investigaciones ...".

"... 2. Contra el señor Pablo Emilio Trujillo, inicialmente, se adelantó una investigación por esta misma Sala hasta la celebración de la audiencia pública. Mas el Tribunal al momento de poner término a la primera instancia mediante sentencia, observó que se había incurrido en una nulidad de carácter constitucional, porque en el expediente se investigaron 7 delitos de falsedad cometidos en distintas fechas y en diferentes procesos por contrabando, atribuidos a Pablo Emilio Trujillo, ex Juez Encargado del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero de Barranquilla y tales delitos no eran conexos, por no tener relación unos con otros y, por ende, debieron investigarse por separado ...".

"... 3. Como consecuencia de esta decisión se ordenó, por la Secretaría de la Sala Penal compulsar, por duplicado, lo pertinente para investigar por separado cada uno de los 7 hechos delictuosos atribuidos al procesado Pablo Emilio Trujillo, ordenación que cumplió cabalmente la Secretaría ...".

"... 4. De estos 7 procesos correspondió uno al honorable Magistrado Amado Blanco Castilla, como ponente y otro fue repartido al Magistrado Carlos Campo Donado y radicados bajo las re-

ferencias números 41046 y 41075, respectivamente ...".

"... Abiertas las dos investigaciones y después de haber dictado sendos sobreseimientos temporales, se calificó el mérito de las sumarias en ambos —como se anotó en el encabezamiento de esta providencia— y por auto de fecha 11 de agosto de 1980 se decretó la acumulación del proceso bajo referencia 41046, en el que era ponente el honorable Magistrado Blanco Castilla con el que es ponente el Magistrado Carlos Campo Donado, de referencia número 41075 y se ordenó la suspensión de este último, que era el más adelantado, hasta ponerlos en estado de proseguirlos conjuntamente ...".

"... 5. Después de numerosas diligencias, tendientes a capturar al enjuiciado Pablo Emilio Trujillo, éste fue aprehendido y puesto a disposición de la Sala por el Director Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad del Atlántico, mediante oficio número 190 de enero 18 del presente año (Fl. 435, Cuad. Princ. Ref. 41075). Como el enjuiciado presentó una certificación en donde consta que ejercía el cargo de Secretario del Juzgado Civil Municipal de Viotá (Cundinamarca), la Sala ordenó la libertad del procesado y ofició a las autoridades correspondientes para que tomaran las medidas del caso, a fin de evitar que el sindicado eludiece la acción de la justicia ...".

"... En enero 22 del presente año, el procesado Pablo Emilio Trujillo hizo presentación personal ante el Juzgado Penal Municipal de Viotá (Cundinamarca) de un escrito que obra a folios 446-448, en el que trata de explicar su conducta y estima que el Procurador a quien le correspondió adelantar las visitas en el Juzgado de Aduana, en el que laboró en esta ciudad le tenía animadversión, pues esperó que se ausentara de Barranquilla para investigar su conducta y entablar denuncias sin adelantar previamente procesos disciplinarios y escucharlo en descargos, si hubiera sido del caso ...".

"... Mediante providencia calendada el 10 de febrero del año en curso (Fls. 5-6, Cuad. número 2A), la Sala negó la libertad que había solicitado Pablo Emilio Trujillo ...".

"... Así mismo, mediante auto de fecha 10 de marzo (Fl. 467 Cuad. Princ.), el Tribunal no accedió a decretar la prescripción de la acción penal ...".

"... 6. Finalmente, el 21 de abril del año en curso (Fls. 481-482 id.), se celebró la audiencia pública sin intervención de jurado de conciencia, cuya acta corre a folios 481 y 482 del cuaderno principal. Y durante el debate oral el defensor del enjuiciado solicitó la absolución de éste por cuanto estimó que 'no existe la plena prueba del cuerpo del delito ni de la responsabilidad penal de Pablo Emilio Trujillo' ...".

(Fls. 487 a 489).

Los hechos materia del proceso

"... a) Respecto al proceso bajo referencia 41046, aparecen narrados en el auto de vocación a juicio en la siguiente forma: ...".

"... 3º Por oficio número 186 de fecha 1º de septiembre de 1972, el mismo señor Pablo Emilio Trujillo, actuando en su calidad de juez encargado, ordenó la entrega definitiva a los señores Alfonso Abreu Díaz, Eduardo Redondo y Germán Enrique Rodríguez González, la mercancía relacionada en la Contraloría con el número 4308, 'transcribiendo la parte resolutiva de un auto de agosto 18 de 1972, en que dicho juzgado se abstiene de abrir investigación penal en contra de los anteriores y consecuencialmente, determina la devolución de la respectiva mercancía, a excepción de los cigarrillos que deben pasar directamente al Fondo de la Dirección General de Aduanas' ...".

"... Según la constancia visible al folio 52 vto., dicha mercancía tenía un avalúo de ciento tres mil cuatrocientos dieciséis pesos ($ 103.416.00) moneda corriente, pero al irse a entregar se comunicó al juzgado que se había comenzado a describir las entregas ilegales de mercancía y entonces se envió al Almacenista del Fondo Rotatorio el oficio número 192 de septiembre 7 de 1972 (folio 50 Fte.) en el cual encargado del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero, señor Pablo Trujillo, solicitó que se devuelva el oficio 186 de septiembre 1º de 1972 (Fl. 48 Fte.), por haber incurrido en equivocación del respectivo juzgado y con el número de Contraloría dife (sic) a la mercancía. Si bien es cierto que se frustró la entrega, también lo es que empleando el mismo 'sistema' ya observado en anteriores casos se pretendió hacerse en esta oportunidad (Fls. 316 y 317, Cuad. Princ.) (Fls. 358 y 359, Cuad. *ibídem*) (Fl. 414, Cuad. Princ.) ...".

"... b) Los relacionados con el proceso bajo referencia 41075 están expuestos de esta manera:

"... 4. Por oficio número 190 de septiembre 1º de 1972, dirigido al señor Pablo Trujillo,

en su carácter de encargado del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero al Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduana ordena la entrega de la mercancía con Contraloría Nº 4334 a los señores Antonio María González Murillo, Andrés Núñez y Julio Pombo, transcribiendo un auto de agosto 23 de 1972, dictado por el juzgado en que se inhibe de abrir investigación penal contra los anteriores ...".

"... Respecto a esta actuación, el Procurador del Distrito hizo las anotaciones siguientes, que en lo pertinente se transcriben:

"... Verificadas las diligencias del caso se comprobó: a) La investigación a la cual está vinculada la mercancía por Contraloría número 4334 se encontró en el Juzgado Primero Penal Aduanero de esta ciudad (diligencia previa 021), cuyo titular es el doctor Blas García Daza. El parte de retención correspondiente se envió por el Comando del Resguardo de Aduanas al Juzgado Superior del ramo en esta ciudad, siendo allí recibido de acuerdo con las diligencias practicadas con fecha 14 de septiembre 72 (folios 114 y 115 Fdo.) ...". "...b) No existe providencia del Juzgado Superior de Aduanas que ordene remitir la actuación al Juzgado Primero Penal Aduanero y de acuerdo con lo anotado en el acta de visita de septiembre 15 de 1972 (folios 134 a 135 Fte), fue llevado directamente por el Secretario del Juzgado Superior, señor Francisco Domínguez V., quien ejerce actualmente un cargo similar en Cartagena ...". "... c) La actuación del Juzgado Primero de Aduanas estuvo a cargo del Secretario, señor José Ignacio Franco C., en ese momento a cargo del juzgado en referencia, y quien en la actuación ocupa la Secretaría del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero. El referido Secretario ... d) La mercancía en referencia, por consiguiente estaba *sub judice,* dado que no me había determinado su remate o devolución y lógicamente a órdenes del Juzgado Primero Penal Aduanero, quien en forma irregular conocía del asunto, disponiendo por auto de agosto 23 del 72 que antes de abrir la correspondiente investigación, se practicaran algunas diligencias con carácter previo ...".

"... e) Así las cosas el encargado del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero, señor Pablo Trujillo, transcribiendo un auto inexistente que obviamente se relacionaba con diligencias también inexistentes pretendió entregar mercancía por un valor total de ciento sesenta y cinco mil ciento cincuenta y cinco pesos ($ 165.155.00), según la relación obrante al folio 52 Fte. Portuosamente (sic) no se alcanzó a entregar, ya que cuando se iba a proceder de conformidad se descubrieron las maniobras correspondientes. (Informe del señor Procurador, folios 10 y 11 y folios 321-322, Cuad. Princ.) (Fls. 361-362 id.) ...".

(Fls. 485 a 486).

2. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al emitir concepto sobre la sentencia consultada, ha considerado acertada la decisión del Tribunal por estimar, de acuerdo con éste, que no se halla demostrado plenamente que el autor de los oficios ideológicamente falsos hubiese sido el juez acusado:

"... A la imposibilidad absoluta de establecer hoy quién fue el autor de las firmas estampadas en los oficios enviados el 1º y el 7 de septiembre de 1972 al almacenista del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas de Barranquilla ordenando las entregas de unas mercancías decomisadas como de contrabando, con base en inexistentes autos inhibitorios transcritos, se suma el silencio del contumaz procesado, quien a pesar de haber sido localizado a última hora, se cuida de suministrar explicación concreta alguna de los hechos, y deja, tal vez sin pensarlo, su definición a la deficiencia y lentitud de las investigaciones y al manto protector del tiempo transcurrido desde su lejano encargo como Juez de Distrito Penal Aduanero de Barranquilla ...".

"... La duda sobre el elemento subjetivo de las infracciones atribuidas al ex Juez Trujillo, acogida en el fallo de primer grado es razonable y desde luego atendible por imposible de eliminar para este momento procesal; y como el principio de la favorabilidad consagrado en la ley a este respecto —artículo 216 del Código de Procedimiento Penal— es imperativo, resulta procedente la confirmación de la sentencia absolutoria sometida a consulta, como así se solicita de manera comedida a la honorable Corte Suprema de Justicia ...".

(Fls. 5 a 6).

Considerando

1. No se remite a duda que el señor Pablo Emilio Trujillo, fue encargado de las funciones de Juez Segundo del Distrito Penal Aduanero, mientras se posesionaba el titular del juzgado, cargo que ejerció entre el 1º de septiembre de 1972 (Fl. 130) y el 11 de los mismos mes y año

(Fl. 131), ni que durante el ejercicio transitorio de sus funciones judiciales ordenó, en dos (2) diferentes ocasiones, devolución de mercancías decomisadas, por contrabando, transcribiendo en los oficios correspondientes, con ese propósito, providencias inexistentes en el juzgado de cuyas funciones estaba encargado.

Tampoco se remite a duda, finalmente, que tales oficios no fueron materialmente falsificados, y que aparecen suscritos por el juez encargado, con su antefirma y con la impresión del sello de su oficina, ni ignorarse que ese proceder ilícito suyo no se contrajo a la época en la que actuó como juez encargado, a la cual está circunscrito este proceso, sino a otras diferentes, en las que actuaba como simple secretario.

El doctor Alfonso Madero Donado dice, en efecto, refiriéndose a los procedimientos utilizados por el señor Pablo Emilio Trujillo en una de las numerosas ocasiones en las que, como Secretario, incurrió en las mismas falsedades que cometió como juez encargado:

"... *Preguntado.* ¿Recuerda usted doctor, por orden de qué juzgado y en qué fecha se le hizo a usted entrega por parte del Almacenista del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, de la mercancía que se hizo antes mención? *Contestó:* La orden de entrega fue hechá por orden de un Juzgado Distrital de Aduanas, si mal no recuerdo creo que fue el Primero, donde está la doctora Rincón de Juez titular y el Secretario, un señor Trujillo; de eso hace 20 o 25 días que se me hizo la entrega, pero el oficio tenía fecha anterior, porque yo duré varios días con él en el bolsillo. *Preguntado:* ¿Quién le entregó a usted el oficio para el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas? *Contestó:* El señor Trujillo ...".

(Fl. 35).

El doctor Rafael Cotes Acosta, Juez Primero Distrital de Aduanas de Cartagena para la fecha de su declaración, dice, igualmente, refiriéndose a las actividades del señor Trujillo:

"... la señorita empleada del Fondo Rotatorio, cuyo nombre no sé, parece que insinuó, no estoy seguro de ello, que otras notas redactadas en la misma forma y con el mismo fin habían sido dirigidas (por Trujillo) al almacenista del referido Fondo. Entonces, atando cabos, deduje que al estar encargado del Juzgado Segundo Distrital de Aduanas el señor Trujillo y al tener conocimiento el suscrito de las trapisondas y de los trucos de que se había valido como Secretario del mismo juzgado, para sacar mercancías sin el lleno de los requisitos legales, podía ser el autor de tales ilícitos. Evidentemente yo estaba informado por un señor de apellido Peralta, cuyo nombre no estoy seguro si es Fernando, que él había servido de testaferro al señor Trujillo ya mencionado, para sacar con un simple papelito dirigido al almacenista del Fondo Rotatorio una mercancía que concretamente no sé en (qué) consistía, ni cuál era su valor. Esa información la obtuve de boca del mismo señor Peralta ...".

(Fls. 212 a 212 Vto.).

Luis Carlos Núñez Rondón, propietario de un local en San Andresito donde, como es bien sabido, se vende mercancía de contrabando, dice, por su parte:

"... *Preguntado:* ¿Diga el declarante si a usted le consta que realmente en el Juzgado Segundo Distrital de Aduanas de esta ciudad, se hubiese levantado el proceso en relación con la mercancía que a usted le fue decomisada? *Contestó:* A mí no me consta, porque yo no conozco la mecánica de los juzgados, a mí me dijeron que fuera al Juzgado Segundo Distrital de Aduanas para averiguar por mi mercancía y allá me atendió un señor Trujillo y él me recibió una declaración, yo la firmé y él me dio un oficio para el Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana para que allá me entregaran la mercancía y allá me la entregaron y allá debe estar el oficio que me entregó el señor Trujillo en un sobre cerrado, y después que ese oficio sufrió los trámites de rigor en la Aduana me entregaron la mercancía y allá levantaron un acta de devolución que yo firmé ...".

(Fl. 221).

El doctor Rafael Mattos Núñez, finalmente, corroborando las informaciones de referencia suministradas por otros declarantes, afirma:

"... el señor Uribe no me contó en detalles el tipo de la negociación, ni la clase de mercancías realizada entre él y el señor Trujillo. Sí me manifestó que se trataba de una mercancía que le habían adjudicado a él, pero que resultó, refiriéndome a sus propios términos, 'chimba' la negociación, por cuanto el valor negociado no equivalía a su correspondiente valor económico en los mercados de esta plaza. Creo que el valor de la negociación fue de siete mil pesos; de los cuales el señor Trujillo le había devuelto a mi cliente Uribe la suma de cinco mil pesos, pero se

negaba a entregarle los dos mil pesos restantes. De ahí que el señor Uribe buscara mis servicios profesionales ...".

(Fl. 245 Vto.).

2. Aún haciendo total abstracción, si se quiere, de este vigoroso haz probatorio, que contiene las declaraciones bajo juramento rendidas por dos destacados abogados de la región, por un juez de Aduanas, víctima de las maniobras delictuosas de Trujillo y por uno de sus "beneficiarios", pruebas a las que no pueden oponerse las declaraciones interesadas de Neli Rincón y de Fernando Peralta, es indiscutible, en todo caso, que los oficios ideológicamente falsos a que se contrae este proceso aparecen suscritos con el puño y letra del juez encargado Pablo Emilio Trujillo, con su antefirma y con la impresión del sello del juzgado entonces a su cargo, sin que en parte alguna del proceso aparezcan tachados de falsedad material los documentos, ni puesta en tela de juicio la autenticidad de la firma del procesado y la del sello oficial impreso en ellos.

A este respecto *ha dicho reiteradamente la Corte en varias ocasiones, resaltando la calidad de documento público que tienen los oficios o comunicaciones de los funcionarios judiciales:*

"... 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 ...".

(Auto de 11 de agosto del año pasado, Acta número 77).

Y sobre el valor probatorio de tales documentos:

"... una diligencia que se practica por un empleado público en ejercicio de sus funciones, es un documento que por este motivo tiene el carácter de público, contra el cual sólo es viable la prueba que acredite la falsedad del documento mismo, según mandato del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal".

(Sent. 6 de junio de 1957, LXXXV, 445).

3. *La sentencia obsolutoria proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla se funda, exclusivamente, en el supuesto equivocado de que los documentos expedidos por los funcionarios, en ejercicio, así sea transitorio, de sus funciones públicas, suscritos y sellados por ellos, cuya falsedad no se ha demostrado y cuya autenticidad no ha sido, siquiera, objetada legalmente, requieren, no obstante, la práctica de pericias grafológicas o de otra índole para acreditar que, efectivamente, la firma del juez es la suya y el sello impreso en el documento, el oficial, con olvido de que el perito no es juez, sino auxiliar de éste; de que, por consiguiente, el dictamen sólo vale en cuanto el Juez o Magistrado lo acoja y de que, por ello, a la postre, el verdadero perito es el propio Juez o Magistrado; y con olvido, además, de que, como se deja dicho, en los procesos acumulados se imputó al procesado los delitos de falsedad ideológica, lo que supone que los documentos son auténticos, esto es, ciertamente expedidos por el juez, pero su contenido falso.*

Por ello, la sentencia absolutoria consultada habrá de ser revocada por la Corte, para, en su lugar, declarar, como aparece en el proceso, plenamente demostrada la responsabilidad del procesado Pablo Emilio Trujillo, como autor responsable de los delitos de falsedad ideológica, por los cuales fue llamado a juicio.

4. La pena imponible al procesado es la misma, sea que se aplique el artículo 231 del Código Penal anterior, ya se acuda a la disposición del artículo 219 del actual, salvo en cuanto a la naturaleza de la sanción, que es de prisión en el actual y no de presidio como aparece en el Código anterior.

A este respecto, también ha dicho la Corte:

"... 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 ...".

(Auto citado).

Esta pena, cuyo mínimo es el de tres (3) años de prisión, deberá aumentarse en una tercera parte por razón del concurso de infracciones que se juzgaron en el proceso (Art. 33 del Código de 1936 y 26 y 27 del actual) y además aumentarse en otra sexta parte por razón de la circunstancia de agravación punitiva que aparecen contra el procesado, consistente en el hecho de

haber ejecutado su acción criminosa sobre objetos custodiados en dependencias oficiales o en oficinas públicas (numerales 15 del artículo 66 del Decreto 100 de 1980 y 16 del artículo 37 de la Ley 95 de 1936, respectivamente), para un total de pena imponible de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, que le será impuesta en esta sentencia.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

1. REVOCAR, como revoca la providencia consultada, en cuyo lugar CONDENA al procesado Pablo Emilio Trujillo como autor penalmente responsable de los delitos de falsedad ideológica que le fueron imputados en los autos de proceder proferidos en los juicios acumulados a que se contrae este proceso, cometidos durante el ejercicio transitorio de sus funciones como Juez Segundo Penal Aduanero (encargado) de la ciudad de Barranquilla y le impone, en consecuencia, la pena privativa de la libertad de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, que comenzará a cumplirse luego de la pena principal.

2. REVOCAR, como revoca, la libertad provisional concedida al procesado, y

3. ORDENAR, como ordena, la captura del sentenciado para hacer efectiva su detención y el cumplimiento de la pena que le ha sido impuesta.

Háganse las comunicaciones de rigor.

Notifíquese y devuélvase el expediente para la ejecución de la sentencia.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

Violación indirecta de la ley por error de hecho o de derecho. La labor crítica tiene que ser completa y por ende el recurrente está en la obligación de destruir no solamente los elementos probatorios que sirvieron de base al fallo impugnado, sino también las probanzas desechadas, porque ellas podrían servir para fundamentar el respectivo fallo de sustitución

---

NOTIFICACION DE PROVIDENCIAS JUDICIALES

Las providencias no tienen una ejecutoria sectorizada; este término es común para todas las partes, y empieza a contarse una vez haya finalizado la labor de enterarlas del contenido de la decisión

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 17 de 23 de marzo de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 30 de abril de 1981 y con base en el Decreto 1188 de 1974, impuso tres (3) años de prisión a Fabio Roberto Walter Loaiza Mejía y Marina Amparo Rodríguez García, manteniendo para éstos el subrogado de la condena condicional.

En favor de Loaiza Mejía se interpuso en tiempo oportuno recurso de casación, debidamente admitido en auto de dos de agosto. La correspondiente demanda se declaró ajustada a las formalidades de ley, en proveído de 29 de septiembre de 1981.

Corresponde ahora la definición de fondo.

Hechos

El 11 de octubre de 1979, Fabio Roberto Loaiza, su compañera María Amparo Rodríguez y dos pequeños hijos de ésta, Alejandra Patricia y Franklin Martínez, abordaron el vuelo 204 de Air France, en Eldorado, con destino a Pointe a Pitre, isla de Guadalupe. Como los agentes de policía judicial (Carlos E. Figueroa y Luis Hernández) advirtieran una maleta sospechosa, procedieron a su inspección, encontrando en ella una considerable cantidad de cocaína (1.242 gramos). Esto les llevó a indagar por los pasajeros dueños de la misma y a tratar de localizar el resto del equipaje, si existía. Fue así como se dio captura a Loaiza, a la Rodríguez y a Doriam Evelyn De Villa (sobreseída definitivamente). Ayudó a este doble efecto (señalamiento de equipaje y dueños), la información suministrada por un extranjero de apellido Muller (en tránsito de Lima a París), quien recogió del piso del avión las etiquetas 095377, 095378, 095385 y 095386, precisamente en el lugar ocupado por el grupo que formaba Loaiza y la Rodríguez. Dos maletas, de éstas cuatro, continuaron en el vuelo y días más tarde fueron devueltas, hallándose en una de ellas (AF-095386) otra apreciable cantidad de cocaína (1.845 gramos).

El Juzgado Noventa y Dos de Instrucción Criminal adelantó el correspondiente sumario, del cual conoció luego el Juzgado Veinticuatro Penal de Circuito de Bogotá. El auto de proceder y la sentencia de primera instancia aparecen

fechados, en su orden, mayo 19 de 1980 y 23 de febrero de 1981. El llamamiento a juicio fue revisado por el Tribunal, en auto de 25 de septiembre de 1980.

La demanda

1. La sentencia impugnada viola los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal. Se afirma que no obra en autos la prueba plena o completa de la responsabilidad del procesado Loaiza Mejía, pues a algunas de las pruebas aportadas se les negó la estimación legal que les correspondía.

En demostración de este cargo se anota:

a) "Las maletas con tiquetes AF-095377 y AF-095378, de propiedad indubitada de los Loaiza Rodríguez, no contenían droga alguna, habiendo sido incautada la primera en el Aeropuerto Eldorado y la segunda, el maletín, regresado de Pointe a Pitre. En contraste las maletas con los tiquetes AF-095385 y AF-095386, incautada la primera en Eldorado y regresada de Guadalupe la segunda, sin propietario conocido, eran portadoras de estupefacientes. Son dos series de tiquetes, correspondientes a dos turnos bien distintos en la cola de remesantes en el aeropuerto. De este modo la afirmación de la sentencia en su resultando y considerando III de que *las dos* maletas 'al ser devueltas e inspeccionadas se encontró dentro de las mismas cocaína', contradice la realidad, porque el maletín de los Loaiza Rodríguez no contenía ni briznas de estupefaciente";

b) El reconocimiento atribuido al niño Franklin, ante los agentes Figueroa y Hernández, de algunos juguetes suyos (una lancha y un jeep) en la maleta incautoda en Eldorado y que contenía el alcaloide, fue aspecto considerado en la sentencia de condenación, pero desestimada por el Tribunal al confirmar el auto de proceder ("... la Sala ... no da valor de indicio ..."), el cual también excluyó del ámbito acusatorio "la afirmación de que las llaves decomisadas a la sindicada sirvieron a la maleta donde se halló la cocaína";

c) Tomar la anotación "4/80 XY" del pasaje de Loaiza Mejía, como indicativa de haber aforado *cuatro* maletas, constituye una deducción contraria a las probanzas. A este respecto se comenta que "el empleado de la empresa Air France, señor Luis Francisco Martínez Martínez, rindió al respecto declaración en el término probatorio del juicio (Fl. 579) y preguntado sobre la interpretación que debe darse a la cifra puesta sobre el tiquete de Fabio Roberto Loaiza, manifestó: "Yo diría que son cuatro *personas* con ochenta kilos".

"A la empresa de aviación poco le interesa el número de valijas, porque los aviones no están hechos para transportar un número mayor o menor de maletas, sino cierta cantidad de kilos de peso. Tampoco a los pasajeros se les cobra por las unidades que compongan su equipaje, sino por el peso del mismo, existiendo un límite autorizado que se carga al valor del tiquete y, cuando de ahí pase, recibe el tratamiento de exceso de equipaje. Si Fabio Roberto Loaiza hubiera aparecido llevando consigo ochenta kilos, tenía que pagar un enorme exceso de equipaje, pero con la aclaración de que los ochenta kilos eran llevados por *cuatro pasajeros* el exceso desaparecía. Ese peso de ochenta kilos debía referirse, sin ningún recargo, a cuatro tiquetes, a saber: el número 0579470580628, de Roberto Loaiza; el número 0579470580629 de Marina Amparo Rodríguez y los números 0579470580626 y 0579470580627, correspondientes a los niños Franklin y Alejandra Patricia Loaiza Rodríguez.

"Por ser lo anterior así, la empresa Air France, con la firma del verdadero Jacquez Muller, quien es gerente de escala, pudo manifestar en la comunicación del folio 100, dirigida a la Juez Noventa y Dos de Instrucción Criminal, 'que en el vuelo AF-204 no se presentó ningún pasajero con exceso de equipaje en el trayecto de Bogotá a Pointe a Pitre'.

"Grande fue la insistencia del Tribunal sobre el argumento de las supuestas cuatro maletas, en vez de las dos declaradas por los sindicados Loaiza Mejía y Rodríguez García, otorgando a la inventada historia de las cuatro valijas el carácter de indicio. 'Esto se refuerza (la prueba indiciaria), con el comportamiento procesal que asumieron los sindicados, incurriendo en contradicciones respecto de asuntos fundamentales, el desconocimiento de hechos probados (?) (como el de que llevaban cuatro maletas y no dos o tres)', se sostiene en el auto confirmatorio del enjuiciamiento, acogido en la sentencia que lo transcribe.

"Lo 'probado' respecto de las cuatro maletas se reduce a la caprichosa e ilógica interpretación dada a la cifra 4/80, para hacerla expresar lo contrario de lo que quería decir conforme queda expresado";

d) El agente aprehensor Carlos E. Figueroa, en diligencia de careo con Loaiza Mejía —Fl. 222— termina por reconocer que "no se ha podido establecer directamente dentro de las diligencias que yo adelanté *de que esa maleta* sea del señor Loaiza ... *Yo en ningún momento he dicho* que los cuatro tiquetes (entregados por el supuesto Jacques Muller o Bruno Tolentino), pertenecían a la familia Loaiza";

e) Aunque la sentencia no se apoya en el argumento de considerar algunas prendas de vestir, encontradas en la maleta en la cual se halló en Eldorado el estupefaciente, como propias al señor Loaiza, el recurrente recuerda que el dictamen que aparece en los folios 164 y siguientes, indica que tales elementos son propios de persona que no corresponde a las condiciones físicas de Loaiza.

2. La sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Sobre este particular se remite a algunas de las acotaciones hechas en el anterior acápite (pruebas de incriminación desestimadas).

3. Destaca lo que para el impugnador constituye una nulidad manifiesta.

Al respecto comenta que al notificarse el auto de proceder interpuso, únicamente, el recurso de apelación, el cual, cuando se surtía el enteramiento a la otra enjuiciada, Amparo Rodríguez, mudó por uno de reposición, agregando como subsidiario el de alzada. Su sustentación fue desatendida con la tesis de haber aprovechado, en forma inadecuada, el tiempo de notificación y ejecutoria previsto para la procesada Rodríguez.

Al entender que "el término de ejecutoria, para la interposición de recursos, sólo empezaba a correr a partir de la última notificación, que había sido la del doctor Barrera Domínguez, efectuada el día 7 de julio, está absolutamente claro que el día 10 era uno de los tres siguientes al de la notificación, esto es, un momento idóneo para la impugnación por cualquiera de los medios establecidos.

"El artículo 193 del Código de Procedimiento Penal señala los tres recursos utilizables contra las providencias judiciales en materia penal, y que son: el de reposición, el de apelación y el de hecho. El artículo 194 dispone que el recurso de reposición 'se interpondrá y sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil'. Este Código se ocupa de la materia en los artículos 348 y 349.

"Ordena el artículo 348 que el recurso de reposición 'deberá interponerse *dentro de los tres días* siguientes a la notificación del auto' materia de la impugnación. Como la notificación del auto de proceder terminó de hacerse el 7 de julio de 1980, el 10 de julio inmediato fue uno 'de los tres días siguientes a la notificación' ".

De donde deduce que su "defendido quedó privado de una posibilidad de defensa, con lo cual se incurrió en nulidad constitucional manifiesta en cuanto se la ha juzgado y condenado", sin la observancia plena de las formas propias de cada juicio "que garantiza a todas las personas el artículo 26 de la Constitución Nacional".

También se invoca, como motivo de invalidación que Marina Amparo Rodríguez, durante la tramitación de la segunda instancia propia a la consulta de la sentencia pronunciada en la primera, careció de defensa, puesto que el doctor Novoa Guzmán renunció al poder otorgado y tanto el Tribunal como el Juzgado Veinticuatro Penal de Circuito, no remediaron esta situación, pese a que la sentenciada solicitó de la primera de las entidades que se le designase un defensor de oficio.

Consideraciones de la Sala y del Delegado Segundo en lo Penal

Corresponde, como es de uso judicial, entrar a considerar las alegaciones que pueden conducir a la anulación del trámite cumplido.

De ahí que se diga en relación a la última de las argumentaciones lo siguiente:

Causal cuarta (tercer cargo). El recurrente tiene razón para criticar la resolución tomada por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito cuando sólo se refirió, para responder de manera concreta, al alegato de reposición introducido por el defensor de Marina Amparo Rodríguez. *Mientras no se haya integrado totalmente el trámite de notificación de una providencia, todas las personas intervinientes en el proceso, legitimadas para recurrir, pueden presentar las impugnaciones que estimen conducentes, variar su sentido y cambiar la sustentación de las mismas. No ha señalado el estatuto procedimental, ni penal ni civil, un ámbito exclusivo para cada una de ellas, que aisle a las demás de esa conjunta intervención. Las providencias no tienen*

una ejecutoria sectorizada, esto es, para aquellos que vayan recibiendo notificación, sino que ese término es de aplicación común y empieza una vez haya finalizado la labor de enterar a las partes de lo decidido. Esta verdad procesal aparece más de bulto cuando se recuerda que, un recurso, no es posible desatarlo tan pronto se presente sino cuando haya concluido la notificación a todos los interesados. La espera indica, entonces, cuán factible es mudar, durante este período, la naturaleza de los recursos y el contenido de las alegaciones propias a este fin. En síntesis, tenía él derecho a sustituir el recurso de apelación, interpuesto como único en un principio, por uno de carácter subsidiario dependiente del de reposición.

Pero no quiere decir lo anterior que ahora ese aspecto definido en forma deficiente, repercuta en un fenómeno de invalidación de lo actuado, tal como lo pretende el memorialista. El trámite por el trámite, la nulidad por la nulidad, no es consideración que admita el legislador ni la doctrina. Las formas propias del juicio a que alude nuestra Constitución y que la jurisprudencia ha desarrollado intensivamente, no es cualquier violación del rito, pues ella debe constituir aspecto de importancia y refluir hacia la exposición o realidad de un daño. Existen numerosas violaciones de reducida entidad que no pueden tomarse como "forma propia del juicio". Y, así mismo, abundan los aspectos trascendentales que, en determinadas ocasiones, así merezcan calificarse como forma adecuada, propia y necesaria del juicio, no implican la invalidación de lo actuado, porque no reflejan una sensible mengua del debido proceso. En otras palabras, éste ha logrado mantenerse a expensas de otras actuaciones, sin depender exclusivamente de la norma o normas omitidas o mal interpretadas.

En el caso *sub examine* es necesario considerar un aspecto de suma importancia, cual es la intervención del recurrente en el Tribunal, cuando se trató la apelación del llamamiento a juicio. En esta oportunidad no insistió, en debida forma, en el efecto anulatorio de la defectuosa forma como le fue definido el recurso de reposición comentado. Al respecto anotó en su memorial de folio 502: "... Pero no es mi propósito hacer un capítulo de este *accidental insuceso*, limitándome a decir al honorable Tribunal que ahí está ese memorial de los folios 453 y siguientes, sin que se lo haya examinado hasta ahora, *el cual debe entenderse como parte de la sustentación de este recurso de alzada* ...". Sin subrayas en el original.

Fácilmente puede tomarse esta manifestación como el adecuado y oportuno saneamiento de lo actuado anteriormente, si se aprecia este trámite como vicioso o irregular.

No es el caso, ahora, de mudar el sentido de esa apreciación ni otorgar al aspecto denunciado un alcance desmedido, para lograr con fundamento en el mismo una improcedente anulación.

Cuanto a las referencias incidentes en la situación de Marina Amparo Rodríguez (su abogado no actuó hasta el final de la segunda instancia), es cuestión que sólo devendría en favor suyo, sin aprovechar al sentenciado Loaiza Mejía. Aquella no ha acudido en casación y por tanto sobra comentar el asunto con mayor amplitud.

el cargo no prospera.

Causal primera. Cargo primero. Son notables, en este punto, los defectos de la demanda.

El memorialista no especifica, como bien lo anota la Procuraduría, la índole de la violación de la ley. Por su referencia a la desestimación legal que debía otorgarse a la prueba recaudada y al análisis probatorio que realiza, debe deducirse que se trata de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este aspecto bastaría este comentario del colaborador fiscal: "la disposición citada por el demandante como infringida por la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá —artículo 215 del Código de Procedimiento Penal—, es en verdad una norma de derecho sustancial, pero de contenido general y abstracto, de donde resulta que el actor ha debido concretar la acusación señalando con precisión las normas del Código Penal que tuvo en cuenta el juez de segunda instancia para dictar la sentencia de condena contra Loaiza, y que habrían resultado violadas por razón de la equivocada apreciación de la prueba de indicios".

Pero la Sala quiere complementar el análisis con las siguientes glosas:

Para prosperar una acusación con base en un error de derecho (o de hecho), éste debe merecer la característica de "manifiesto" u ostensible. Esto es, que a su sola enunciación se comprenda el dislato en que ha incurrido el sentenciador al proferir su fallo, sin el cual no podría explicarse la existencia de ese pronunciamiento. Sólo así se elimina la doble presunción de acierto y justicia que acompaña a toda decisión judicial. Y, ade-

más, es necesario destruir no sólo todos los elementos de apoyo consignados en ese fallo, puesto que de subsistir algunos de ellos, suficientes para ser estimados como plena o completa prueba, la decisión no iría a manos, sino también los que el fallador en sede de casación podría tomar como propios para mantener el fallo, o sea los considerados en el auto de proceder y en la sentencia del Tribunal (piezas procesales que constituyen una unidad), así se les haya desestimado en una u otra resolución. Esto porque en caso de prosperar una impugnación sobre los elementos estimados en las mismas, la Corte podría entrar a revalorizar las probanzas desechadas y apoyar en ellas el respectivo fallo de sustitución. Entonces, pudiendo éste coincidir con la sentencia censurada, aunque motivándose de manera diferente, resultaría contradictorio aceptar la prosperidad del cargo por razón de las incompletas razones del recurrente y rechazarlo, a su vez, atendiendo a las pruebas repudiadas en el auto de proceder o en la sentencia y que la Corte, como se deja indicado, restituye a su verdadero mérito y eficacia. La labor crítica tiene que ser completa, en la forma dicha, ya que su imperfección puede dar lugar a consecuencias alejadas de la pretensión del impugnador.

Conviene, entonces, afirmar brevemente estos fundamentales aspectos:

a) Las contraseñas de aforo de equipaje (4 unidades) aparecieron en el suelo cuando se difundió la noticia de dar con el dueño de la maleta en la cual se había hallado cocaína (AF-095385) y perseguir la localización de otras valijas. El sitio de este descubrimiento fue el lugar en el cual el grupo Loaiza Rodríguez tomó puesto en el avión.

Este indica, a las claras, que los procesados intentaron deshacerse de los documentos que podían incriminarlos, los mismos que les presentaban como propietarios de cuatro maletas, dos de las cuales, en definitiva, contenían apreciable cantidad del alcaloide mencionado.

Y aquí es donde hay una circunstancia que desde el principio adquiere un valor incriminante excepcional. La defensa ha insistido en una hipótesis: el supuesto Muller (Bruno Tolentino), que presentó las contraseñas, pudo ser el dueño de la cuestionada maleta. Pero, entonces, ¿cómo explicar que a más de las suyas tuviese las de los Loaiza-Rodríguez, las que éstos reconocen como identificación de las maletas suyas y que estuviesen todas aprisionadas por el mismo gancho sujetador? De haber exhibido los sentenciados sus dos contraseñas (para dos maletas, o mejor una maleta y un maletín) o protestado su explicable pérdida, la tesis que pretende imponer el recurrente sería aceptable. Pero nada puede su argumentación ante el hecho comentado, el cual elude tratar de fondo;

b) El testimonio de Francisco Fernández Garay, Director de la Unidad de Policía Judicial en Eldorado, principalmente en su careo con Loaiza —folios 343 y siguientes—, tiene un valor decisivo que no puede desconocerse con interpretaciones forzadas y eminentemente subjetivas, acomodadas a un simple afán de defensa. El valor primordial que se le debe otorgar para fundamentar un fallo condenatorio, no merece reparo. En este punto, por la significación misma de la prueba, se tiene que apoyar más la valoración del fallador que estar del lado de la interpretación expuesto por el impugnante, quien al respecto sólo puede exteriorizar un particular punto de vista, sin más abono que su propia estimación.

Este declarante conserva una inflexible posición incriminante. A grandes rasgos ha sostenido siempre que Loaiza, en un principio, rechazó ser el dueño de la maleta explorada en el aeropuerto Eldorado y en la cual se transportaba cocaína. Pero luego dijo que era de su compañera, Marina Amparo Rodríguez para concluir, ante las súplicas y rechazos de ésta, aceptando su pertenencia.

Debe aludirse también al desconcierto de los Loaiza-Rodríguez, quienes unas veces aseguraban portar dos maletas y otras tres valijas. Nótese, además, que a folio 10, Loaiza dijo que sólo llevaba *dos* maletas. Pero a folio 52 vuelto, se le pregunta: "¿Diga usted cuál era su equipaje, es decir, de qué constaba y qué objetos portaba en el mismo? *Contestó:* Bueno este constaba de tres maletas, de color blanco, la otra era negra, casi igual a la otra y una maleta más pequeñita de color azul ...". De donde resulta apenas lógico suponer que las dos remitidas desde Isla Guadalupe (AF-095378 y 095386, esta última también con cocaína), le pertenecían, ya que sólo admitió como suya una (AF-095377) de las dos retiradas del avión en el Aeropuerto Eldorado;

d) Los agentes de policía judicial que actuaron como aprehensores, Carlos E. Figueroa —folio 37 vuelto—, y Luis Hernández C. —folio 39 vuelto—, afirman que interrogado el niño Fran-

klin, reconoció como suyos dos juguetes, los mismos que aparecieron en la maleta en donde se camufló la cocaína. Si bien el Tribunal, como lo recuerda el recurrente, desestimó este valioso elemento probatorio, la Corte, en esta decisión, tiene que afirmar una posición totalmente diferente y otorgarle a tal elemento de convicción el elevado mérito de acusación que representa. Como tendría que hacerlo, en exigida revaloración, respecto de la acomodación de algunas prendas al cuerpo de Loaiza, encontradas en la maleta azul clara, la de la cocaína, en virtud de la comprobación directa y a los pocos días de los hechos, efectuada por la instructora y que figura al comienzo del folio 53.

Estas razones, por fuera de las muchas más que podrían escrutarse en esta investigación, fundamentan sobradamente un fallo condenatorio como el que se impugna.

La censura tampoco prospera.

Causal segunda. Cargo segundo. El recurrente vinculó la suerte de esta crítica a lo anotado en el precedente cargo. De ahí que la refutación anterior implica, obviamente, la de éste.

Pero además, como con acierto lo señala la Delegada, la disonancia que destaca y efectiviza la mencionada causal del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se refiere, en especial, a la forma de redacción de la parte resolutiva, concretamente por no atender ésta lo dispuesto en el texto final del numeral 4º del artículo 483 de la obra citada. O por aparecer la sentencia pronunciándose por delito que no fue objeto de determinación, en la forma indicada, en el auto de proceder.

Lo que el recurrente trata de acomodar, al objetivo de la invalidación, es la mención de pruebas omitidas en el auto de cargos, o su distintiva valoración. En ésto no le acompaña razón, ya que tanto en favor como en contra de un procesado, la prueba considerada en el proveído de llamamiento a juicio, no fija un derrotero definitivo ni excluyente. Así como puede coincidirse con las deducciones probatorias establecidas en dicha pieza, igualmente se puede modificar su condición y alcance. Lo importante es que figuran en el proceso debidamente producidas y su nuevo análisis corresponde a lo que la ley manda al respecto.

Se desecha el cargo.

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

Resuelve

NO CASAR, como en efecto NO SE CASA, el fallo mencionado ya en su fecha, origen y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION

Violación indirecta de la ley sustancial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 26 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 18, marzo 25/82.

Vistos

Cumplido el trámite legal, se pasa a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de abril de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Penal de la misma ciudad, el 18 de agosto de 1979, que condenó a Edgar Fierro Córdoba a la pena principal de dos años de presidio (hoy prisión), como autor responsable de un delito de peculado.

Historia de los hechos y actuación procesal

El Procurador Primero Delegado en lo Penal los refiere en la siguiente forma:

"Edgar Fierro Córdoba desempeñaba el cargo de Almacenista del Municipio de Campoalegre (Huila) y en tal condición recibió unas tejas de Eternit procedentes de la Galería Local. En el mes de agosto de 1977, Fierro Córdoba vendió algunas tejas al agrónomo Luis Ernesto Acosta, por la suma de $ 21.000.00; sin embargo, ellas fueron reintegradas cuando la Contraloría comenzó a indagar sobre lo ocurrido".

Una vez adelantada la investigación, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva llamó a responder en juicio criminal a Edgar Fierro Córdoba por el delito de peculado previsto en el Decreto 1858 de 1951 y le confirió el beneficio de libertad provisional bajo caución.

Previo el cumplimiento de los trámites de ley, se produjeron las sentencias de primera y segunda instancia, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

Demanda de casación

Al amparo del inciso 2º de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula un solo cargo: "por haberse proferido sentencia con violación indirecta, por deformación del hecho juzgado, puesto que la prueba que la constituye se valora erróneamente", produciéndose la condena con violación de la ley sustancial que exige para dictar la plena prueba de la infracción y de la responsabilidad del procesado; y, en caso de duda, la absolución (artículos 215 y siguientes del Código de Procedimiento Penal).

Al respecto, dice que las pruebas que sirvieron para condenar a Edgar Fierro Córdoba se han interpretado erróneamente, pues éste asegura que no vendió las tejas eternit, sino que se trató únicamente de un simple y provisional préstamo autorizado por la Alcaldía Municipal, lo cual se demuestra así:

1. Por el testimonio del Alcalde Municipal de Campoalegre, quien manifiesta que efectivamente el permiso para prestar las tejas al agrónomo le fue concedido al procesado, lo cual podía hacer como Jefe de la Administración Municipal.

2. "La existencia de las tejas 'vendidas' en el depósito municipal, antes de iniciarse la investigación, lo que acredita que no fueron vendidas sino prestadas".

3. La declaración del agrónomo Luis Ernesto Acosta, quien niega reiteradamente haber comprado las tejas al procesado, y aunque posteriormente se retractó, ello se debe seguramente a las presiones de que fue objeto por "la virulenta pugna política", y

4. Declaración de Ignacio A. Gutiérrez, Contador de la firma "Campoagro", quien afirma que "el 2 de agosto del 77, aparecen dos recibos por dos cheques girados a Edgar Fierro Córdoba por la suma de $ 21.000.00 en total por concepto de compra de 30 tejas de eternit", y que al "preguntarle el Gerente de la firma Luis Ernesto Acosta le manifestó que dichos giros eran realmente un préstamo y que dicho señor le había entregado unas tejas en garantía del préstamo ...".

"Este cúmulo de pruebas —agrega—, señalan la inocencia del procesado en el cargo que se le hace, y las contradicciones en las cuales incurre el agrónomo Acosta, no pueden dar como resultado una sentencia condenatoria, puesto que del plenario se deduce una explicación coherente y favorable a los intereses del procesado. En toda ocasión (sic) semejante o incluso más comprometedora, la duda favorece al procesado. A Adgar Fierro Córdoba se le ha negado tal principio de derecho ...".

Termina el casacionista, después de criticar la ausencia de análisis de estas pruebas, solicitando que se case la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a su defendido.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal contesta la demanda en el sentido de que "el cargo propuesto no está llamado a prosperar" en virtud de las siguientes razones:

Respecto del "cargo único", dice que es incompleto y por ello antitécnico, "pues de acuerdo con lo preceptuado por el inciso segundo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuando se aduzca apreciación errónea o falta de apreciación de alguna prueba, es necesario que alegue sobre ello, demostrando el error de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el juzgador".

Afirma el Procurador Delegado que el casacionista omitió señalar la clase de error en que se incurrió en la sentencia, en cuyo evento la Corte no puede complementar las demandas oficiosamente. Por otra parte, el error de hecho o de derecho debe ser manifiesto, según la causal invocada. Y en cuanto a la duda planteada, no puede servir a la vez como error protuberante y como fundamento para resolverla en favor del procesado, pues lo único que resulta claro es que no está de acuerdo con la valoración de las pruebas hechas en la sentencia, pues "la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que no constituye error en la valoración de la prueba que dé lugar a la prosperidad del recurso extraordinario, la disímil apreciación que de ella tengan el censor y el Tribunal, divergencias de opinión que son de la esencia de los problemas jurídicos ...".

Tampoco señala el casacionista "la forma de violación, esto es, no se dijo si la violación ocurrió por infracción directa, por aplicación indebida o por errónea interpretación". Y finalmente, observa que el Tribunal sí "realizó un estudio juicioso de la realidad probatoria que lo llevó a la conclusión de que el procesado había vendido los objetos de que se da cuenta, cuando los tenía a su disposición en virtud de la actividad funcional que para entonces desempeñaba", por lo cual "en manera alguna se ha demostrado el error sobre el cual pretende fundamentarse el cargo para pedir la anulación de la sentencia". Como conclusión solicita que no se case la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala

De acuerdo con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

"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 los autos".

Afirma el casacionista que hubo violación indirecta de la ley sustancial, pero no manifiesta qué clase de error medió: si de derecho o de hecho.

De las indicaciones que sobre pruebas hace, ya que no puede afirmarse que formula la respectiva crítica, parece que se trata de una infracción indirecta por apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas. Entonces, ante este último planteamiento, se tiene: que ha debido precisar si se está frente a un error de hecho o de derecho. Pero, aún admitiendo que es de aquella especie, su argumentación no es suficiente para decir que aparece de modo manifiesto en los autos, clase ésta de error que es la única que hace próspero el recurso propuesto.

Porque esa protuberancia del error, no puede surgir, como aquí se pretende, del mero entrenamiento del criterio propio del censor, al estampado por el juzgador en la providencia impugnada. Sino que debe estructurarse de tal manera, que a la Corte no le quede la menor duda acerca de que aparece de modo manifiesto en los autos.

No obstante la carencia de técnica que se deja apuntada, lo cual, por sí solo sería suficiente para desechar el recurso, ha de observarse: que la duda que plantea el libelista, no constituye protuberante y manifiesto error, sino un criterio de valoración probatoria enfrentado a otro. Mas, en vía de discusión y con el fin de disipar cualquiera que pudiera albergarse, cabe destacar:

La prueba indicada en la demanda de ninguna manera establece que el procesado prestó con autorización del Alcalde las tejas de eternit, pues el mismo comprador afirma lo contrario, lo cual encuentra perfecto respaldo en el testimonio del Contador respecto de los recibos de los cheques por $ 21.000.00, que el procesado firmó, "por concepto de la compra de 30 tejas de eternit", y también en las demás pruebas citadas en la sentencia, sumas que fueron consignadas en su cuenta corriente. También la secretaria del agrónomo Acosta, Isabel del Carmen Díaz Barreiro, dice que aquél le dio orden de hacer esos cheques a nombre de Edgar Fierro, "por concepto de la compra de treinta tejas de zinc, aclarando que Acosta no le prestaba nunca a Fierro ninguna suma de dinero porque no era agricultor". Además, Acosta se contradijo, conducta que se ordenó investigar, y sobre la cual el Tribunal dice: "explica aquí (Acosta) por qué razón ocultó la verdad e incurrió en mentira en exposiciones anteriores, manifestando que el propio Fierro le pidió que cuando lo llamaran a declarar dijera que las tejas no se las había vendido, sino simplemente prestado, y que no estaba interesado en que se cometiera alguna culpabilidad de delito contra el señor Edgar Fierro ...". En nueva ampliación Acosta expuso: "La verdad es que en un principio se acordó de que había sido un préstamo o garantía prendaria para beneficiar la situación del señor Fierro sobre la desaparición de las tejas, pero la realidad es que esas tejas fueron vendidas". Por otra parte, el Tribunal tuvo en cuenta también los testimonios de Liborio Cuéllar, Omar Perdomo Cortés, Orlando Almanza Morales y Luis Angel Dussán, el primero testigo presencial de la venta de las tejas al agrónomo Acosta por parte del Almacenista, el segundo un obrero del municipio, a quien el procesado le dio orden de transportar las tejas vendidas a Acosta, el tercero dice que le consta que las tejas eran para techar un molino o secadora de tabaco del doctor Acosta, y que devolvieron la mitad cuando se dieron cuenta de que estaban investigando, y el último, como mayordomo de Acosta en la finca "Las Granjas", afirma que él recibió las referidas tejas, pero que no las utilizaron porque las reclamaron y se las llevaron.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

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 de 7 de abril de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, contra el condenado Edgar Fierro Córdoba, por el delito de peculado.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario

LIBERTAD CONDICIONAL

No puede otorgarse en sede de casación. Valor de las certificaciones expedidas por las autoridades penitenciarias para efectos de la concesión de la libertad provisional, por pena cumplida

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 29 de marzo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 19.

Vistos

Por quinta vez solicita el procesado Daniel Duarte Cañizales, que se le otorgue libertad condicional.

Resultandos y considerandos

1. Reitera el memorialista que reúne todos los requisitos que el artículo 72 del Código Penal exige para el reconocimiento de su libertad condicional, porque ha descontado las dos terceras partes de la pena que se le impuso, ha observado conducta ejemplar y está dedicado al trabajo en la penitenciaría, como se desprende de las certificaciones de las autoridades carcelarias.

2. En acta del 8 de marzo pasado el Consejo de Disciplina de la Penitenciaría Central de Colombia califica como ejemplar la conducta del recluso Duarte Cañizales, y en certificados del 27 de enero y del 10 de marzo del año en curso las autoridades carcelarias le abonan en total 68 días de trabajo.

3. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal reitera su opinión negativa respecto de la solicitud de libertad formulada por el procesado, pues considera que no se ha modificado la situación del recluso en cuanto a su eventual rehabilitación.

4. *Aunque la Corte en sede de casación no tiene competencia para decidir sobre otorgamiento de libertad condicional, sí puede y debe ocuparse de resolver peticiones de libertad provisional, por pena cumplida, para lo cual ha de examinar si se dan los supuestos legalmente exigidos en punto a libertad condicional y a rebaja de pena por trabajo o estudio (Art. 453, Nº 6 C. de P. P.); en tal sentido ha de seguirse entendiendo la reiterada petición de libertad condicional que hace otra vez el procesado* Duarte Cañizales.

5. *Para el reconocimiento de la libertad condicional, el artículo 72 del Código Penal exige, además del cumplimiento de las dos terceras partes de la pena privativa de la libertad a que fue condenado el solicitante (arresto mayor de tres años o prisión superior a dos), que "su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social". Por cuanto respecta al tiempo de pena descontado y a su conducta en la cárcel durante los últimos meses, estarían satisfechos dos de aquellos requisitos, pues ha cumplido ya 45 meses y su comportamiento ha sido calificado de ejemplar; pero en cuanto a su personalidad y a los antecedentes relacionados con la naturaleza del delito cometido, a las circunstancias en que lo perpetró y a la dinámica que le imprimió, lo mismo que respecto de otras actividades supuestamente delictivas (está reclamado por el Juzgado Dieciocho Superior de Bogotá), siguen siendo válidas las apreciaciones hechas por la Sala en providencias del primero de diciembre del pasado año, y del diez de febrero del presente como que las nuevas y rutinarias certificaciones de las autoridades penitenciarias que acompañan esta solicitud de libertad —en las que sus signatarios se han limitado a llenar algunos espacios vacíos de formularios preimpresos en los que aparecen afirmaciones tan genéricamente categóricas y, por lo mismo, desconfiables, como la de que el*

recluso que trabaja demuestra por ese solo hecho "que está obteniendo su completa rehabilitación", afirmación que, además, constituye indebida intromisión conceptual en una esfera que legalmente es del exclusivo resorte del funcionario judicial que debe decidir sobre otorgamiento o no de la libertad solicitada— no aportan nuevos elementos de juicio que permitan modificar el criterio de la Sala sobre la inconveniencia de disponer en este caso la libertad tan insistentemente reclamada por el peticionario.

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

Resuelve

NEGAR la libertad solicitada por el procesado Daniel Duarte Cañizales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario

DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA DEL INDAGADO

Contra el auto por medio del cual se dispone la libertad del indagado en el caso del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, no procede el recurso de apelación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 1º de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 20.

Vistos

Ha llegado a la Corte el presente negocio por apelación interpuesta por el doctor Luis Carlos Duque Marín contra el auto de quince de septiembre, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán se abstuvo de decretar la detención preventiva de la doctora Libia María Agredo Pérez, Juez Primero Penal del Circuito de Popayán, por los delitos de prevaricato y detención arbitraria denunciados por el apelante.

Resultandos

Los hechos denunciados los relata el Tribunal, así:

"El abogado Luis Carlos Duque Marín presentó denuncia criminal contra la Juez Primero Penal del Circuito de Popayán, doctora Libia María Agredo Pérez, por los delitos de prevaricato y detención arbitraria.

"Manifiesta el denunciante Duque Marín que como tuvo conocimiento de que en el Juzgado a cargo de la doctora Agredo Pérez se le había denunciado por un delito contra la libertad y el pudo sexuales, se presentó en forma voluntaria a ese despacho judicial a fin de que se le oyera en indagatoria. Como no fue posible que tal diligencia se hiciera en la fecha de su comparecencia, al día siguiente se llevó a efecto, y, concluida ella, nada se le manifestó, a pesar de lo cual continuó presentándose a ese juzgado periódicamente mañana y tarde, 'inclusive para averiguar acerca de varios negocios que allí llevaba como apoderado de otras personas'.

"Añade que días después fue capturado por orden del Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán, a pesar de que no se había proferido en su contra auto de detención preventiva, acto que se produjo con posterioridad, motivo por el cual considera que su 'captura' se llevó a cabo en un momento procesal en que no podía hacerse de ninguna manera, por cuanto que, ya había rendido indagatoria por presentación voluntaria, y no existía en mi contra auto de detención, de donde se deduce que la señorita Juez Libia María Agredo, incurrió en el tipo penal que consagra el artículo 272 del Código Penal denominado privación ilegal de libertad y debe responder conforme al mismo artículo de este delito.

"Expresa también el profesional del derecho Luis Carlos Duque Marín, que tan pronto se le notificó personalmente el auto de detención, en horas de la tarde del viernes 19 de junio de 1981, interpuso el recurso de apelación. Sin embargo, solo el día 30 del mismo mes y año se remitieron las copias del expediente al superior para que revisara esa medida, por lo que cree que la juez 'se ubicó dentro del tipo penal que consagra el artículo 150 del Código Penal, llamado prevaricato por omisión, por haber retardado indebidamente el envío de las copias del expediente al honorable Tribunal Superior para que se tramitara lo de mi apelación', puesto que, en síntesis, no se dió estricto cumplimiento a lo que al respecto dispone el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal.

"Ante la anterior denuncia, el Tribunal, previa una investigación preliminar, abrió investigación penal contra la funcionaria denunciada, por auto de diecisiete de agosto de mil novecientos ochenta y uno, iniciándose así un proceso susceptible de todos los recursos previstos por el Código de Procedimiento Penal, tanto para la sindicada

como para la parte civil dentro de los límites legales para cada uno.

"El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado respectivo, conceptuó:

"Encuentra esta Procuraduría Delegada en lo Penal que la Corte aún no ha adquirido competencia y que, en consecuencia, debe abstenerse de hacer pronunciamiento de fondo, por cuanto el auto que concedió el recurso aún no ha sido notificado y por ello no cobrado (sic) la ejecutoria necesaria para permitir que el *ad quem* pueda ocuparse de resolver la alzada.

"... ... ...

"A pesar de que en el auto en que se concedió el recurso se dan las razones de la ausencia de notificación, el Ministerio Público es de opinión contraria por los siguientes motivos:

"a) El artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, establece una excepción al trámite previsto por la ley para la concesión del recurso de apelación. Ahora bien, como las excepciones deben ser de aplicación restrictiva, es evidente que la citada disposición solo es aplicable a los casos expresamente previstos en ella.

"b) El artículo 456 *ibidem*, forma parte del capítulo 'libertad del procesado', pero concretamente a la libertad que se concede a un procesado respecto de quien está o ha estado vigente un auto de detención. Tales son los casos de libertad provisional y revocatoria del auto de detención previstos en este capítulo. No comprende, por lo tanto, la situación de quien debe quedar en libertad luego de la diligencia de indagatoria (Art. 437 del C. de P. P.), contemplada en capítulo distinto, y para el cual no rige la disposición excepcional del artículo 466 citado.

"c) Como la situación de excepción a que se ha aludido no es aplicable al caso presente, lo pertinente es aplicar la regla general prevista en el artículo 200 del ordenamiento procesal penal que en su inciso segundo dispone que cuando la apelación se concede en el efecto devolutivo 'se remitirá al superior, previa notificación a los interesados, copia del expediente'.

"La finalidad de la notificación en estos casos es evidente, pues a través de este medio se permite a las otras personas que intervienen en el proceso que se opongan a la concesión del recurso, que pudo haber sido interpuesto extemporáneamente o por quien no tenía legitimación para ello, haciendo uso del recurso de reposición".

Consideraciones de la Corte

De acuerdo con doctrina de esta Sala, el auto que resuelve poner en libertad a un capturado por no encontrar mérito para detenerlo precautelativamente, no es de carácter interlocutorio sino de sustanciación.

En providencia de dos (2) de mayo de 1980, al resolver sobre un caso semejante al actual, la Corte dijo:

"No existe norma, cuando no hay mérito para detener, que ordene expresamente al funcionario resolver la situación jurídica del capturado por auto con motivaciones especiales que sustenten tal decisión. En el caso contrario, procede resolver mediante auto debidamente fundado en el cual deben consignarse las razones que lo determinan a dictar la medida precautelativa (Arts. 169, 437, 439, 441 del C. de P. P.)".

Esta doctrina debe ser reiterada pese a las objeciones que se le han hecho por alguno de los Magistrados que componen la Sala.

En efecto, ellas dicen relación, fundamentalmente, con el hecho de que si para detener se requiere auto interlocutorio, lo mismo debe ser para poner en libertad.

En realidad, así sucede cuando se trata de revocar un auto de detención o de conceder la libertad provisional, en los casos autorizados por la ley.

Porque en todos ellos se obra sobre una decisión judicial que crea una situación no solo en el proceso sino para el procesado, cual es la de hacer cesar el estado de detención en que se encuentra por haberse cumplido los requisitos que la ley señala para privarlo de libertad mediante un auto, ese sí de carácter interlocutorio y, por lo tanto, debidamente fundamentado.

Pero en los casos en que el sindicado se encuentra no sujeto a una detención preventiva sino simplemente bajo orden de captura, la situación es distinta. Porque esta no es propiamente una medida de carácter judicial sino policivo, así sea dictada por el mismo juez.

Se trata de una privación de libertad que, en determinados casos, puede ser llevada a cabo aun por los simples ciudadanos y si se decreta dentro de un proceso no crea otras obligaciones para el funcionario que lo está instruyendo que la de definir la situación mediante el correspondiente auto de detención o hacerla cesar.

Pero estas dos situaciones no son iguales: al paso que la detención debe ser razonada porque

así lo impone el hecho de formalizar, si así puede decirse, la privación de libertad, esta última no requiere más que de una orden en ese sentido.

Se ha dicho que en este último caso se priva de intervenir en la determinación tanto a la parte civil como al Ministerio Público. Ello no es cierto: Tanto la una como el otro pueden solicitar se dicte auto de detención si se dan los requisitos para ello. Y el hecho de haberse ordenado y aun ejecutado la orden de libertad, no es óbice para que aquellos intervengan.

También se ha observado que tanto el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal como el 466 del mismo ordenamiento, permiten calificar de interlocutorio el auto por el cual se ordena la libertad de un capturado. Aquél relaciona entre tal clase de providencias "el que dispone o niega su libertad" (se refiere al procesado) y el segundo concede el recurso de apelación a los autos que "decidan sobre la detención o la libertad del procesado".

Debe observarse que ambas disposiciones mencionan al "procesado" y si bien esta expresión no debe tomarse en su sentido literal de persona contra la cual se ha abierto proceso penal, tampoco puede llevarse hasta comprender al simple capturado.

Una interpretación racional de estas normas sería la de que se refieren a aquella persona contra quien se ha dictado un auto de detención por encontrarse en él las pruebas para tomar esa medida. Sería excesivo pretender que se refiera al simple indagado sobre todo si no se encuentra motivo para mantenerlo capturado.

Finalmente se ha dicho que los cinco días de término que el artículo 437 concede para definir la situación jurídica del indagado están indicando que tanto la detención preventiva como la libertad deben decretarse mediante auto y que este es de carácter interlocutorio. Pero no hay razón para pensar en que esa sea la única causa de la norma porque bien puede haber otras, por ejemplo, que ese sea un tiempo prudencial para recoger otras pruebas que permitan al instructor tomar una determinación con mejor fundamento o esperar a ver si al capturado lo reclaman otras autoridades etc.

De todo lo anterior se llega a la conclusión, aplicable al presente caso, de que contra el auto por medio del cual se dispone la libertad del indagado en los del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, no cabe el recurso de apelación.

Quiere decir que esta Sala carece de competencia para conocer del recurso concedido por el Tribunal Superior de Popayán contra la providencia que se deja mencionada al comienzo de la presente.

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

Resuelve

ABSTENERSE, por las razones anotadas, de conocer el recurso a que se refiere la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Se ha planteado nuevamente en Sala, el problema de la naturaleza jurídica del auto que dispone la libertad de persona indagada y éste ha sido resuelto otra vez, mayoritariamente, en el sentido de que es de mera sustanciación. Por eso reitero ahora lo que en aquella oportunidad (auto de 2 de mayo de 1980), consigné como criterio disidente:

"Sostiene la mayoría de la Sala que conforme al artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, solamente cabe auto motivado (interlocutorio), cuando el juez decide decretar la detención preventiva del indagado. Yo considero —es esta la razón de mi disentimiento— que el auto en que el juez se abstiene de decretar la detención cautelar de persona indagada a quien se ha privado de libertad mediante captura, es también interlocutorio.

He aquí las razones en que fundo tal posición:

1. "El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal se ocupa de la forma como el juez debe definir 'la situación jurídica del indagado' y al concretarla le señala dos caminos: o decreta la detención preventiva u ordena su inmediata libertad; ahora bien, para decidirse por uno u otro extremo de la disyuntiva debe realizar estudio del material probatorio hasta entonces aportado al sumario; su valoración lo llevará a emitir auto

detentivo si reúnen los requisitos del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal o a proferir decisión liberatoria si tales presupuestos faltan. Es indudable que la primera determinación exige auto interlocutorio, y si esto es así, ¿cómo no considerar de la misma entidad la providencia en que se abstiene de tomar tal determinación, pues que en ambos casos ha debido razonadamente ocuparse de definir la situación jurídica de una persona que está privada de su libertad?

2. "El mismo legislador ha indicado en la disposición que se comenta que cuando el juez considere que no hay mérito para detener al indagado pero subsiste 'algún indicio grave' en su contra, podrá tomar medidas para garantizar su efectiva vinculación al proceso, pues bien, el examen sobre la inexistencia o no de prueba indicial supone razonamientos jurídicos que son propios de autos interlocutorios.

3. "Auto de sustanciación es aquel que dispone un trámite que la ley establece para dar curso a la actuación; interlocutorio es, en cambio, el auto que decide un incidente o cuestión importante del proceso; sobre esta base podría sostenerse que la providencia en la que se toma determinación respecto de la libertad de una persona capturada constituye mero trámite para dar curso a la actuación procesal o que, por lo contrario, decide sobre punto de notable importancia. Yo me inclino hacia la segunda respuesta porque considero que la libertad ciudadana es derecho inalienable constitucionalmente garantizado de tal manera que, cuando sobre ella hay pronunciamiento judicial, éste toca con materia de vital importancia para el ordenamiento jurídico, así se trate de determinaciones provisionales, como las que se profieren en este momento procesal.

4. "El numeral 2º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, al enumerar algunos autos como interlocutorios cita expresamente el que 'dispone o niega' la libertad del procesado; comoquiera que la disposición no está condicionada a que se haya dictado previamente auto detentivo, necesario es concluir por deducción lógica que el auto en que el juez ordena la libertad de persona capturada porque no existe mérito para decretar su detención es interlocutorio precisamente porque en él *ha dispuesto su libertad.* Frente a tan amplia y clara dicción, el intérprete no puede restringir su alcance ya que, como bien lo dice el conocido apotegma latino *ubi lex non distingue non distinguere debemus.*

5. "Verdad es que el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal dispone que el juez decrete la detención preventiva del indagado u ordene su 'inmediata libertad', pero no lo es menos que esa liberación inmediata se refiere al momento a partir del cual ha dictado el auto en que decide no detener preventivamente; eso es tan evidente, que la norma le da al juez hasta cinco días de término para decidir en uno cualquiera de estos dos sentidos; no es correcto interpretar caprichosamente este texto legal a fin de hacerle decir que el instructor tiene hasta cinco días de plazo para dictar auto de detención y solo un instante después de la indagtoria para no detener y consecuencialmente para disponer la libertad del indagado; esto supondría el absurdo de que el juez puede pensar durante ese lapso siempre que decida finalmente detener, pero que carece de él si se inclina por liberar; como si para tomar una u otra determinaciones no necesitara realizar la misma indagación procesal ni formularse idénticos juicios de valor.

6. "Si se admitiese que el auto en mención es de mera sustanciación, su consecuencia jurídica inmediata es la de que no requiere notificación alguna y no es susceptible de recurso de apelación (Arts. 179 y 195, C. de P. P.). Significa esto, que aspecto de tanta trascendencia como el que se refiere a la libertad del sindicado no se pone en conocimiento de las partes ni puede ser revisado en segunda instancia, eliminándose así la posibilidad de que el Ministerio Público y parte civil puedan plantear ante un juez de segundo grado yerro cometido por el de primera instancia, con lo que se colocaría a estas partes en situación desventajosa frente a las demás, con desmedro de la equidad procesal y sustantiva que ha de regir la administración de justicia.

"El que parte civil o Ministerio Público puedan solicitar en cualquier momento detención preventiva para el indagado, no modifica esta situación, porque es el juez *motu proprio,* quien debe resolver la situación jurídica de quien ha llamado a rendir indagatoria y no aquellas partes las que han de formular razonada petición para que el juez se pronuncie en el sentido de la detención preventiva.

7. "Distinta es la situación que se presenta cuando alguien ha sido aprehendido por delito que tenga prevista pena de arresto o no detentiva porque en tal hipótesis la captura solo es posible por renuencia a cumplir la citación que ha de hacérsele a quien el juez considere que debe rendir indagatoria; en tal caso, cumplida esta diligencia, el capturado 'será puesto en libertad', como imperativamente lo ordena el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, aquí sí me-

diante auto de mera sustanciación, ya que la aprehensión constituyó simple medio coercitivo para rendir indagatoria ante el incumplimiento de la citación que se le hizo; por manera que cumplida dicha actuación cesa la razón de la captura. No ocurre así en el caso del artículo 437, pues en él le ha sido dado al juez término de cinco días para que, estudiada en tal lapso la situación jurídica del capturado, decida sobre su libertad. Así, pues, aunque en uno y otro casos el juez pone en libertad al aprehendido, en el primero (Art. 426, C. de P. P.) debe hacerlo imperativa e inmediatamente mediante auto de cúmplase, so pena de incurrir en delito de detención arbitraria, a tiempo que en el segundo (Art. 437 *ibidem*) dispone de cinco días para decidir, al cabo de los cuales puede optar por decretar su detención u ordenar su libertad, en ambas hipótesis mediante auto interlocutorio".

8. A las consideraciones precedentes debo agregar otras que me sugiere la lectura del auto mayoritario de la Sala:

a) Dice la providencia que al considerar como de mera sustanciación el auto en el que se dispone la libertad del indagado no se conculcan los derechos de ministerio público y parte civil porque "tanto la una como el otro, pueden solicitar se dicte auto de detención si se dan los requisitos para ello"; lo que no se aclara con esta afirmación es si cuando tal petición ha sido hecha el auto en que el juez la resuelve negativamente es de sustanciación o interlocutorio; si lo primero, seguiríase considerando como de mero trámite o impulso procesal una providencia que está decidiendo sobre la libertad de una persona capturada cuya detención es reclamada por parte legítima, pese al alcance que a esta clase de decisiones da el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal; si lo segundo sería como afirmar que el auto en cuestión es de sustanciación o interlocutorio según que se dicte *motu proprio* por el juez o como respuesta a una petición de parte, con lo que se estaría calificando ilógicamente la naturaleza intrínseca de una providencia no por su contenido sustancial sino por la circunstancia externa e incidental de un pedimento detentivo.

b) Si el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal señala que "el sujeto pasivo de la acción penal tiene la calidad de procesado", y si la acción penal se orienta respecto de la persona a quien se le ha recibido indagatoria porque el funcionario instructor la considera como probable autora o partícipe de la infracción (Art. 381 *ibidem*), síguese que resulta acomodaticia la interpretación que de aquel vocablo hace la mayoría de la Sala para referirlo a "aquella persona contra quien se ha dictado auto de detención"; de ser cierta esta aseveración habría de concluirse que los procesos por delitos que no tienen prevista pena privativa de la libertad y aquellos en que no se dicte auto detentivo carecen de *procesado;* parece más lógico darle a esta expresión el sentido unívoco y genérico que de ella se desprende; por manera que cuando los artículos 169 y 466 se refieren al "procesado", no lo están cualificando con la exigencia de que se trata de la persona contra quien se ha dictado auto de detención, sino que se están refiriendo en general "al sujeto pasivo de la acción penal".

c) Por manera que cuando el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, regula el trámite para el recurso de apelación "contra las providencias que decidan sobre la detención o la libertad del procesado", no está creando un especial procedimiento solamente para los casos en que luego de haberse proferido auto de detención se reclama su revocatoria, sino detallando el mecanismo que debe seguirse en todas aquellas hipótesis en las que se apela de un auto que decide privar de la libertad a un sindicado, mantenerlo en esa situación jurídica o disponer su liberación independientemente, en este último caso, de que sobre él pase providencia detentiva o se resuelva por primera vez sobre su libertad o detención.

9. De las consideraciones precedentes, despréndese, a mi juicio, que bien hizo el *a quo* al tramitar conforme al artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, la apelación del auto mediante el cual se abstuvo de decretar la detención preventiva de la procesada, y por consiguiente, que la Corte ha debido conocer de ella.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

COLISION DE COMPETENCIAS

Aplicación del Decreto 1923 de 1978 a particulares, cuando se trata de infracciones contra la vida o la integridad personal de los funcionarios públicos, por razón de su investidura o por causa del ejercicio de sus funciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 1º de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 20 de 1º de abril/82.

Vistos

Dirime la Corte la colisión de competencia negativa provocada por el Comandante de la Tercera Brigada, con sede en Cali, al Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, con sede en Buenaventura, en este proceso que se sigue al particular Guillermo López Pai, sindicado de homicidio imperfecto en Henry Hernando Ibarra, Agente de la Policía Nacional destacado en Tumaco.

Los hechos de sangre que dieron origen a la presente investigación se sucedieron el día 19 de julio de 1979 en una población llamada "La Guayacana" y cuando el policial herido prestaba servicios allí. El proceso se sigue, por consecuencia, ante la Justicia Penal Militar por aplicación del Decreto 1923 de 1978 que constituye el llamado Estatuto de Seguridad.

El Comandante de la Tercera Brigada dice que compete al Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico el conocimiento del presente proceso porque los hechos ocurrieron en Tumaco. Cita como normas pertinentes la Disposición número 005 de 19 de abril de 1978, aprobada por Resolución ministerial número 2846 de 5 de mayo del mismo año que tienen relación, según afirma, con el artículo 336 del Código de Justicia Penal Militar. El Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, en auto por demás lacónico y sobre la base que le presta un informe secretarial, que la competencia en el presente proceso corresponde al Comandante de la Tercera Brigada y su decisión de remitir el asunto a la Corte Suprema para que se determine quién es el verdadero competente indica su rechazo a los argumentos del provocador.

Sobre las bases que anteceden y previa consulta del expediente, la Sala considera:

El numeral 7º del artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar confiere a la Corte Suprema de Justicia la facultad de dirimir las coliciones de competencia que se susciten entre las distintas autoridades de la jurisdicción castrense.

El Estatuto de Seguridad —Decreto 1923 de 6 de septiembre de 1978—, en su artículo 9º permite el juzgamiento de particulares por dichas autoridades cuando se trata de infracciones contra la vida o la integridad personal de los funcionarios públicos por razón de su investidura o por causa del ejercicio de sus funciones. El Estatuto en cita fue declarado exequible, por dicho aspecto, mediante sentencia de la Corte de 30 de octubre de 1978 que produce efectos "erga y adversus omnes".

El artículo 336 del Código de Justicia Penal Militar otorga a los Comandantes de las Fuerzas y Bases Navales, al Director de la Escuela Naval de Cadetes y a los Comandantes de Infantería de Marina, el conocimiento en primera instancia de los juicios penales militares contra el personal de Suboficiales de la Armada y de la Infantería de Marina, Marinería, Grumetes, Tropa de Infantería de Marina, alumnos y empleados civiles sin categoría de Oficiales que estén bajo su dependencia y agrega: "Asimismo conocen de los juicios contra los particulares por delitos de competencia de la Justicia Militar que sean cometidos dentro del territorio de su jurisdicción".

"Para efectos de mando, justicia penal militar y dependencia administrativa" el artículo 1º de

la Disposición número 005 de 19 de abril de 1978 del Comando General de las Fuerzas Militares, fija como jurisdicción de la Armada Nacional en el Departamento de Nariño (literal f. del Art. 4º), "los Municipios de Tumaco, Mosquera, El Charco y Santa Bárbara". Esta Disposición fue aprobada mediante Resolución número 2846 de 5 de mayo de 1979, originaria del Ministerio de Defensa Nacional, rige a partir del 1º de mayo de 1978 y deroga las Disposiciones números 014 de 10 de mayo de 1976 y 019 de 7 de noviembre de 1977.

"La Guayacana", es una Inspección Departamental que se halla en comprensión del Municipio de Tumaco y, como consecuencia de lo dicho, la competencia para conocer del presente proceso está radicada en el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico a quien debe remitírsele el expediente que vino a la Corte.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

DIRIMIR la colisión de competencia negativa entre el Comandante de la Tercera Brigada de Cali y el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico de Buenaventura en el sentido de declarar que corresponde a este último el conocimiento del presente proceso.

Envíese el expediente al Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico y dése cuenta de lo aquí resuelto al Comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Prosperidad de la causal 4ª. No cabe nulidad, con fundamento en el artículo 210/5 del Código de Procedimiento Penal, cuando se imputa al procesado uno de los comportamientos alternativos que tipifican la infracción y luego se considera que es otro el que ha debido señalarse, pues en ninguno de esos eventos existe error en el nomen iuris del delito; decretar la nulidad, sin que exista en tal caso, conculca el debido proceso con ostensible detrimento de la situación jurídica del inculpado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 1º de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 20.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Décimo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Corporación, citada el 25 de agosto de 1980, por medio de la cual confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de Bello del 5 de julio del mismo año, que condenó a Martha Elena Ortiz por el delito de cohecho y además como infractora del Decreto 1188 de 1974, a la pena principal de treinta y ocho meses de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Quedaron resumidos por el Tribunal de la siguiente manera:

"...Con el fin de visitar al detenido Guillermo Ocampo González, se presentó en las horas de la mañana del diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (17-XII-78) Martha Elena Ortiz a la Cárcel Distrital de 'Bella Vista' y cuando sus pertenencias fueron sometidas a requisa minuciosa por parte del personal de vigilancia, se le encontró, debidamente camuflada, en el interior de un frasco, de 'choco listo' una pequeña bolsa de marihuana con cincuenta gramos. Una vez sorprendida, la dama ofreció al custodio Feliciano Gutiérrez Herrera, quien la requisó, la suma de quinientos pesos, entregándole en el acto la suma de doscientos y al terminar la visita la cantidad de trescientos, con el fin de que no diera a conocer lo sucedido y le permitiera el ingreso al establecimiento carcelario...".

Actuación procesal

Inició la investigación el Juzgado 24 de Instrucción Criminal el 20 de diciembre de 1978. Ese mismo funcionario dictó auto de detención contra la acusada Martha Elena Ortiz por suministro de marihuana en grado de tentativa.

El Juzgado del conocimiento, Penal del Circuito de Bello, declaró cerrada la investigación y, mediante auto del 10 de mayo de 1979, llamó a responder en juicio a la procesada por el delito de cohecho y por la conducta imperfecta de suministro de marihuana, en grado de tentativa, pronunciamiento que quedó en firme en esa instancia. Luego de transcurrir la causa, en legal forma, el mismo Juzgado emitió sentencia condenatoria contra Martha Elena Ortiz, de conformidad con ese pliego de cargos.

El Tribunal Superior de Medellín al conocer por vía de consulta de la condena anterior, no la revisó de fondo. En esta oportunidad decretó el 4 de marzo de 1980 la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive en adelante, al considerar que la infracción del Decreto 1188 de 1974 no se adecuaba a la tentativa de suministro de marihuana sino "...al delito consumado consistente en llevar consigo marihuana...".

Con fundamento en esta decisión se repuso por el Juzgado Penal del Circuito de Bello el

procedimiento, llamando a juicio a la acusada y, posteriormente, condenándola en la forma señalada por el superior. Esta nueva sentencia, al ser consultada, la confirmó el Tribunal el 25 de agosto de 1980.

La demanda

El Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín, aduce como única la causal cuarta de casación prevista en el artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia acusada fue "dictada en un juicio viciado de nulidad".

Al precisar la impugnación, la ubica dentro del artículo 26 de la Constitución Nacional por haber incurrido el fallador en la inobservancia de la plenitud de formas propias del juicio en este caso concreto.

Esa tacha de rango supralegal la edifica el actor sobre la determinación del Tribunal del 4 de marzo de 1980, por la cual decretó la nulidad del auto de proceder al entender que había error en la calificación genérica del delito ya que los hechos no indicaban una conducta tentada de suministro de marihuana, sino el ilícito consumado de llevar consigo esa hierba estupefaciente. Pronunciamiento que, según el recurrente, el Tribunal no podía hacer, pues advierte:

"...Es tan absoluto lo anterior que salta a la vista con demarcación mecanográfica: mirad la parte resolutiva de los dos autos de proceder, el anulado y el que pretendidamente hizo reparación del vicio, y encontraréis, lo que es apenas natural, dado que nunca hubo error en la denominación genérica de la infracción, que son absolutamente idénticas. No sería así si la causal de nulidad fuese cierta, auténtica...".

Y, para demostrar que, además, la pretendida nulidad no respondía a la realidad probada, observa:

"...Afirmar, por otra parte, como sí lo hiciera la providencia que de manera inmediata estamos comentando, que no puede darse acá la tentativa de suministro de marihuana, resulta una inconsecuencia ante la realidad. Ya lo comentábamos en este proceso: 'si negamos que la Ortiz transportaba marihuana para entregarle a un recluso, casi que suprimimos la razón de existencia de este proceso: de no haber sido ello así, es claro que no estuviera camuflado, en el chocolisto, el paquete de marihuana. Es evidente que cuando se decomisó ésta, alguien se quedó esperándola, precisamente, porque el delito no se consumó. No más. Extendernos, sería tributar a la necedad' ...".

Con relación a la conducta de la acusada y la cuestionada nulidad enfatiza:

"...su acto era complejo, escalonado, fraccionado y fraccionable y como tal admitía la tentativa de suministro que, efectivamente, se dio porque circunstancias ajenas a su voluntad interrumpieron la consumación delictual, quedando tan solo el delito tentado; empotrado, éste, en amplia base probatoria que sólo un paralogismo, que se nutre de la esterilidad de juicios simples, podía desconocer.

"Demuestro con lo anterior, con probanza máxima, que no era estrictamente necesaria en esta alegación, que el auto de proceder del 10 de mayo de 1979, al quedar ejecutoriado y siendo como era: una acertada calificación del mérito del sumario, no podía desconocerse con el pseudoargumento, caprichoso, de: error en la nominación jurídica de la infracción. Al contrario: debió aceptarse la armónica sentencia que se revisaba por vía de consulta.

"Y para retornar a la elipsis que hoy nos corresponde, podríamos, en gracia de discusión aceptar que la Sala Penal de Decisión tenía razón en pensar que la conducta de Marta Elena era la de 'llevar consigo' (que es tanto como llevar 'para sí'. Este es el núcleo paradojal que queremos olvidar). Bien: entonces, estrechando el círculo del análisis al decreto de nulidad que se produjo, pudiéramos decir que, aún así, esta conducta del honorable Tribunal, jurídicamente, resultaría contumaz ante la ley, porque la causal 5ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal está reservada, exclusivamente, para los errores en la denominación genérica y por ello el maderamen del auto de proceder aún equivocado en la especie, pero inobjetable en su género, una vez en firme, debía permanecer imperturbable e inmodificable en cuanto a su validez...".

Para terminar solicita que se case la sentencia y "...se ordene reponer el procedimiento legítimo que truncó la malhadada providencia, del mismo Tribunal que lleva por fecha el 4 de marzo de 1980...".

El Procurador Primero Delegado en lo Penal al recibir traslado de la anterior demanda de acuerdo con el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, la prohijó "en su totalidad".

La Corte considera

Al amparo de la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.) el demandante logró demostrar que, en este caso, se profirió sentencia

en juicio viciado de nulidad de rango supra-legal (Art. 26 de la C. N.), pues se habrían violado con antelación las formas propias del debido proceso.

Cuando el Juzgado del conocimiento llamó a juicio a la procesada por el delito de suministro de marihuana (Art. 38 del Decreto 1188 de 1974), en grado de tentativa, y la condenó bajo esa misma denominación y especie jurídica, al Tribunal que revisó por vía de consulta esa sentencia no le quedaba otra alternativa que confirmarla o revocarla para absolver, salvo que existiera, sin lugar a dudas, una nulidad legal o supra-legal que le impidiera fallar de mérito.

El Tribunal Superior de Medellín escogió este último camino bajo la creencia de que existía una nulidad en el proceso desde el auto de proceder, inclusive. Entendió que el juzgado equivocó la denominación jurídica del delito al llamar a juicio por el ilícito de suministro de marihuana cuando se trataba, lisa y llanamente, de la conducta de llevar consigo la hierba y cuando, de otro lado, la infracción no aparecía tentada sino que se había realmente consumado.

Con este enfoque ubicó la presunta nulidad en el artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, sin percatarse que sus propios razonamientos, antes que demostrar el error jurídico en la denominación genérica del delito, sólo alcanzaron a resaltar una posible falla en la adecuación de la conducta investigada con uno de los verbos rectores que especifican los comportamientos alternativos que tipifican la infracción prevista por el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Es decir, que no habiendo encontrado el Tribunal error en el nomen juris, *no estaba en la condición jurídica de decretar esa nulidad. Al hacerlo, cometió el desafuero de instaurar una nulidad inexistente y de conculcar el debido proceso que venía de la instancia, para ordenar su reposición con ostensible detrimento de la situación jurídica de la inculpada.*

Justamente este proceder revela violación de las formas propias del juicio en relación con la firmeza de las decisiones judiciales y el derecho de defensa que se apoya en esta seguridad jurídica garantizada con el debido proceso.

En definitiva, el cargo prospera.

Por fuerza 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, CASA la sentencia de que se ha hecho mérito y, en consecuencia, DECLARA NULO lo actuado en este proceso a partir del auto de 4 de marzo de 1980, inclusive en adelante, para que el Tribunal Superior de Medellín proceda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

APLICACION DEL ARTICULO 320 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La concreción de un criterio en la solución de un determinado asunto judicial, no es base para la iniciación de un proceso penal, así resulte comprobado que quien lo emitió no acertó en su decisión

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 1º de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 20 de 1º de abril/82.

Vistos

El abogado José de Calazans Mosquera, mediante memorial de 20 de agosto de 1981, denunció ante la Corte a los doctores Federico Barrios Ferrer y Absalón Lozano Asprilla, Magistrados en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Chocó, por un presunto delito de prevaricato. Realizada la indagación preliminar de que trata el artículo 320-bis del Código de Procedimiento Penal, se procede a decidir si existe o no base suficiente para abrir proceso en este caso.

Dice el denunciante que con fecha del 12 de diciembre de 1980 y en ejercicio de acción pública electoral formuló demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Chocó, para que se declarara nula la elección de Contralor General del Departamento recaída en el doctor Abraham Mayo Córdoba en noviembre anterior. En trámite dicha demanda el doctor Clímaco Maturana Pino, Contralor del Departamento agraviado con el acto acusado le confirió poder para que mediante acción de plena jurisdicción de carácter laboral demandara al Departamento para que se declarase la nulidad del acto mediante el cual se le destituyó y se nombró en su reemplazo al doctor Mayo Córdoba, y se le restableciera en su cargo enmendando así las arbitrariedades cumplidas por la Asamblea Departamental. Esta última demanda la presentó el 19 de diciembre de 1980.

La primera demanda que según dice debe tramitarse por el procedimiento especial de los juicios electorales (Capítulo 20 del Código Contencioso Administrativo y Ley 28 de 1979) correspondió al Magistrado Lozano Asprilla, y la segunda al Magistrado Barrios Ferrer. Los cargos que concreta en la denuncia, son los siguientes:

"Resulta ahora que los señores Magistrados determinaron acumular los dos procesos para fallarlos en una misma sentencia, cuando es elemental, y así lo tiene establecido el honorable Consejo de Estado, que procesos de esta naturaleza no se pueden acumular, ya que el uno tiene trámite especial y el otro trámite ordinario; actuación que necesariamente el honorable Consejo de Estado declarará nula para que se restablezca el procedimiento de cada uno de ellos con lo cual se retardará su pronunciamiento por razón deliberada de los honorables Magistrados toda vez que su acción dolosa se patentiza claramente, manifiestamente, a través del trámite de los dos procesos; esas actuaciones de ambos Magistrados son manifiestamente contrarias a la ley ya que ellos tienen bien sabido que estos dos procesos no son acumulables; así como saben muy bien que dentro de un mismo juicio no se pueden dictar en la misma instancia dos autos para mejor prover y sin embargo, ellos lo(s) han dictado en este juicio solo con el preconcebido fin de dañar y retardar el procedimiento y negarle a la postre los derechos que le asisten al demandante, pues a ellos conduce el que con base en los mencionados autos para mejor proveer se alleguen pruebas que nada tienen que ver con el derecho alegado...".

Como resultados de la indagación preliminar emprendida se comprobó el carácter de Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tienen los doctores Barrios Ferrer y Lozano Asprilla, según se ve a folios 46, 47, 48, 49, 51 y 52.

Por acusación del doctor Mosquera se levantó proceso disciplinario, por los mismos hechos, a los Magistrados aludidos. Ese proceso lleva el número 1880 y en su desarrollo se ordenó la

práctica de una visita al proceso de plena jurisdicción de carácter laboral al cual se refiere el denunciante. La doctora Nury López de Cuesta consideró al cabo del cumplimiento de su misión que no era del caso correrles traslado de cargos a los Magistrados vicitados. Dice el acta de visita que en los dos procesos las demandas son tan iguales que parece la una calcada de la otra y que todos los hechos sobre los cuales se fundamentan y los derechos que se invocan, son idénticos. Por esa misma identidad, puntualiza la Visitadora, el Secretario del Tribunal entró en confusión hasta el punto de que los memoriales enviados para un proceso los llevaba al otro, etc. Agrega: "De esa evidencia, fuera de las demás implicaciones procesales que los Magistrados conocían, resulta lógica la determinación que tomó el Tribunal en pleno, de acumular los dos procesos que tenían en común una acción electoral de nulidad contra la elección del Contralor Mayo Córdoba, y porque la finalidad de ambas acciones, tenían la única finalidad que el mismo demandante revela en la motivación de su libelo de lograr el restablecimiento del doctor Maturana Pino en la Contraloría del Chocó. Este planteamiento quedaba amparado con el numeral 3º del artículo 229 del C. C. A. que autoriza la acumulación cuando la finalidad de las demandas, o el objeto final de las mismas sea el mismo" (Fs. 25 y 26). La copia es textual.

Sobre las bases probatorias que anteceden, la Sala efectúa los siguientes análisis y razonamientos en orden a la sustentación de un auto desestimatorio (Art. 320 del C. de P. P.) de los cargos de la denuncia, tal como aparece a continuación.

Tiene razón el denunciante cuando afirma que *los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Chocó, equivocaron las cosas al acumular dos procesos que a pesar de contener algunos aspectos comunes resultan, en verdad, bien distintos.*

En efecto, el primero se refiere a un juicio electoral y el segundo a otro de plena jurisdicción y contenido laboral. Por su naturaleza son diferentes. Como es obvio. Y difieren también por el procedimiento por seguir en uno y otro porque para el de tipo electoral dicho procedimiento, previsto en el Capítulo XX, Título IV del Código Contencioso Administrativo, es especial, al paso que para el de plena jurisdicción se sigue procedimiento ordinario como lo prevé el Capítulo XV, Título III, del mismo Código.

El artículo 229 del Código Contencioso Administrativo que según la Visitadora de la Procuraduría utilizaron los Magistrados denunciados para ordenar que se acumularan los dos procesos es disposición inaplicable cuando son de diferente naturaleza y distinto procedimiento. Dicha disposición enclavada en el capítulo dedicado a los juicios electorales aplícase solamente cuando de los mismos se trata.

En el presente caso podía solucionarse cualquier problema por las vías de la prejudicialidad para evitar posibles decisiones contradictorias dada la similitud de los factores comunes a uno y otros procesos. Se optó por decretar su acumulación y, como se dijo al principio, se incurrió en un error de procedimiento.

Se trata, como bien se ve, de la exposición franca de un criterio sin perjuicio de considerarlo erróneo y criticable. Y no resulta forzado suponer que la identidad de demandas ("parecen calcadas una de la otra" dice la Visitadora) y la confusión que surgió en la Secretaría del Tribunal en relación con las piezas que debían ir a un proceso y se llevaban al otro pusiera desorden también en las mentes de los Magistrados.

La concreción de un criterio en la solución de un determinado asunto judicial no es base para la iniciación de un proceso penal así resulte comprobado que quien lo emitió no acertó en su decisión. Con tan amplia manera de apreciar las cosas cada vez que se declarara la nulidad de una actuación o se revocara una providencia sería preciso abrir una investigación en orden al establecimiento del por qué del error.

Lo anterior quiere decir que no hay fundamento en el presente caso para ordenar la apertura de una investigación y que debe aplicarse, por consecuencia, el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

ABSTENERSE de abrir investigación para los doctores Federico Barrios Ferrer y Absalón Lozano Asprilla, Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Departamento del Chocó, por no ser constitutivos de infracción penal los hechos a ellos imputados.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Siendo medio extraordinario de impugnación, al prosperar afecta la intangibilidad de la cosa juzgada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 1º de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 20.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado de Antonino Garcés Gómez, respecto del proceso en que fue condenado a veintitrés años de presidio (hoy prisión) mediante sentencias de 11 de junio de mil novecientos setenta y cuatro y cinco de agosto de mil novecientos setenta y cinco, proferidas, en su orden, por el Juzgado Primero Superior de Villavicencio y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, por el delito de homicidio agravado en persona de José Sebastián Betancourt Medina, por el cual fue también sentenciado José Capitolino Rincón, quien no recurrió.

Hechos y actuación procesal

En la noche del día 26 de diciembre de 1971, en la población de Guamal (Meta), fue muerto en forma violenta "por acción de arma blanca y herida seccionante en el cuello", José Sebastián Betancourt Medina.

Iniciada la investigación correspondiente, fue vinculado a la misma, entre otros, Antonino Garcés Gómez a quien luego se llamó a responder en juicio por el cargo de homicidio en forma agravada. Efectuada la vista pública el jurado de conciencia afirmó su responsabilidad y el juzgado de conocimiento dictó sentencia condenatoria la que, recurrida en apelación, fue confirmada en su totalidad por el Tribunal Superior de Villavicencio.

Interpuesto el recurso de casación, hubo de ser declarado desierto por la Corte, ya que no se presentó la correspondiente demanda en su oportunidad (Fl. 6 del cuaderno No. 4).

La demanda de revisión

Al amparo de la causal quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente afirma que existen pruebas nuevas, no conocidas en el desarrollo del proceso, que demuestran de modo fehaciente que el condenado Garcés Gómez la noche de los hechos, objeto de la investigación, se encontraba en lugar distinto de aquel donde ellos ocurrieron, departiendo con algunos amigos.

Para comprobarlo, aportó las declaraciones tomadas extra proceso de Julio César Solano Ramírez y Luis Alfonso Galindo, quienes coinciden en afirmar que la noche en que se dio muerte a José Sebastián Betancourt Medina (26 de diciembre de 1971, 10 p. m.) se encontraban en compañía del procesado Garcés Gómez ingiriendo licor en lugar diferente del escenario en que éste sucedió, y que permanecieron con él desde cerca de las ocho de la noche hasta las dos de la mañana, sin que durante todo ese tiempo se hubiese ausentado Garcés del lugar, ni se le hubiese arrimado a conversale nadie diferente de ellos dos y una muchacha de nombre Amparo, amiga de aquél (Fl. 5 y 6 del cuaderno de la Corte).

Durante el período probatorio del recurso se llevó a cabo la diligencia de ratificación de la declaración extra proceso rendida por Julio César Solano Ramírez. El testimonio de Luis Alfonso Galindo no pudo ser ratificado, debido a que no se obtuvo su comparecencia. Al parecer falleció, según información suministrada por el testigo Solano en la ratificación de su declaración (Fl. 76 a 79 *ibidem*).

En esta nueva versión repitió, en lo sustancial, sus afirmaciones de la declaración extra procesal.

pero sus respuestas al interrogatorio que se le formuló no son convincentes en cuanto a la razón de ser de sus aseveraciones.

Corrido el traslado de ley, y notificado personalmente del mismo, lo dejó vencer el apoderado del recurrente sin presentar el correspondiente alegato de conclusión (Fl. 85 vto. *ibidem*).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se niegue la revisión impetrada porque la que se presentó como prueba nueva no es tal, ni tuvo la eficacia suficiente para demeritar la presunción de verdad que ampara a la sentencia ejecutoriada.

Después de destacar que el hecho alegado como nuevo (coartada del procesado) fue ampliamente discutido en las instancias y que lo que se pretende es revivir el debate probatorio, anota en relación con el testimonio del declarante de última hora:

"El testimonio rendido por César Solano, no ofrece ninguna credibilidad, puesto que analizada la indagatoria del procesado Antonino Garcés Gómez, se observa que no lo nombra entre las personas que dice estuvieron con él en la noche de los acontecimientos. En ningún momento citó a quien ahora aparece declarando a su favor, tampoco lo mencionan otras personas como Amparo González, quien según el procesado y ésta lo acepta, lo acompañó durante toda la noche de ese mismo día, de lo cual apenas es lógico concluir que la declaración rendida por Julio César Solano Ramírez carece de veracidad, pues resulta inconcebible que hubiera olvidado el procesado en el momento oportuno, mencionarlo como testigo, cuando según Solano Ramírez, permaneció con él, desde las siete de la noche hasta las dos de la mañana tomando cerveza" (Fls. 84, y 85 *ibidem*).

Consideraciones de la Corte

Debe empezarse por recordar que, *dados los alcances del recurso de revisión, que más que eso es un medio extraordinario de impugnación, cuya prosperidad afecta la intangibilidad de la cosa juzgada, en cuya solidez descansa la seguridad de las decisiones judiciales, no basta con proponer las causales, sino que es necesario probar de manera convincente su procedencia.*

Analizado el hecho que el abogado se propuso probar, que no es otro que la ausencia de Antonino Garcés Gómez del lugar de los acontecimientos cuando estos ocurrieron, hay que concluir que su pretensión se concretó a presentar dos testimonios más para acreditar esa circunstancias, pues ella fue afirmada por el procesado en sus diversas versiones y figuran en el proceso pruebas para respaldarla o infirmarla.

No se trata, por tanto, de un hecho nuevo en el estricto sentido de su alcance jurídico, sino de un nuevo aporte probatorio para respaldarlo.

Ubicado así el tema de decisión, es preciso reconocer con el Procurador que el testimonio de Julio César Solano Ramírez no merece credibilidad, ni tiene fuerza de convicción para acreditar las circunstancias acerca de las cuales versa, pues ni a él, ni al otro declarante, cuyo testimonio no pudo ser ratificado, hacen la más mínima alusión el propio procesado, la mujer que dice que lo acompañaba esa noche, el otro condenado, quien afirma que también estuvo con ellos, ni los dueños de la cantina donde manifiestan que estuvieron tomando licor.

A la justificada extrañeza del Colaborador Fiscal de la Corte por ese silencio en cuanto a la presencia de los nuevos testigos, siendo que éstos afirman que departieron con Garcés y su amigo desde las siete de la noche hasta las dos de la mañana de ese domingo 26 de diciembre de 1971, se suma otra más, cual es la de que, solamente después de algo más de ocho años, vinieran a rendir su declaración (24 de junio de 1980, Fl. 5 del cuaderno de la Corte) y recordaran con tanta exactitud un episodio que, por las respuestas de Julio César Solano Ramírez, no revistió para ellos características excepcionales, como para mantenerlo vivo en la memoria.

Pero además de las precedentes consideraciones, milita, en este caso, otra para desestimar el recurso y es la carencia de alegato de conclusión por parte del apoderado del recurrente.

A este respecto ha expresado reiteradamente la Corte que la revisión "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 géneris 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 demostrarse 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, 17 de noviembre de 1977 y 10 de febrero de 1981).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión solicitada en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION. CAUSAL 5ª DEL ARTICULO 584 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Existencia de elementos de convicción de innegable fuerza, suficientes por sí mismos, para ordenarla

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 23 de 15 de abril de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, confirmó la sentencia condenatoria (quince meses de prisión y multa de doce pesos con cincuenta centavos) proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot (julio 3 de 1979), contra Pedro Pablo Gómez Ayala y Hernando Parrado Baquero, por el delito de estafa.

Agotado el trámite propio al recurso de revisión, se pronuncia la decisión de fondo.

La conducta delictuosa

Una persona que dijo llamarse Pedro Pablo Gómez Ayala, y que tenía la correspondiente cédula de identidad (19213799 Bogotá), se estableció como comerciante en Girardot, hacia finales del mes de abril de 1976, para lo cual abrió su cuenta en el Banco de Colombia de esa localidad. Para el mes de junio retiró del negocio de Andrés Beltrán, mercancía por valor de $ 46.775, los cuales cubrió con el cheque número 876435, que fue devuelto por cuenta cancelada.

La demanda

Puntualiza los siguientes aspectos:

1. El extravío de la cédula de ciudadanía, libreta militar y pase de conducción de Gómez Ayala, en el mes de abril de 1976, documento el primero de ellos que utilizó, quien se hizo pasar por éste sentenciado, para su proceder delictuoso.

2. Distintas características de la persona denunciada por Andrés Beltrán, a las que verdaderamente corresponden a Gómez Ayala.

3. Para la época de los hechos, Gómez Ayala permaneció en Bogotá, atendiendo un negocio suyo ubicado en la Diagonal 49 B No. 32-95 Sur, sin que llegara a viajar, así fuera ocasionalmente, a la ciudad de Girardot.

Sobre este raciocinio apoya la invocación del artículo 584-5 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala y opinión fiscal

A los fines buscados por la demandante, basta reproducir en buena parte el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el cual expresa una opinión exacta sobre las probanzas allegadas y el valor que corresponde a las mismas.

De ahí que se transcriba lo siguiente:

"...Las declaraciones aportadas con la demanda y oportunamente ratificadas, si bien comprueban en términos generales que el condenado referido ejercía su actividad en Bogotá, en dicha época, no serían concluyentes para establecer que no pudo trasladarse a Girardot en esa época para ejecutar las actuaciones que dieron lugar al proceso; si bien deben tenerse en cuenta para establecer la vinculación del referido peticionario a esta ciudad en ejercicio de sus actividades.

"También se refieren dichos testigos a la pérdida de sus documentos de identidad, entre éstos su cédula de ciudadanía; si bien este aspecto o afirmación ha debido complementarse con información de la Registraduría del Estado Civil

en cuanto a la expedición de documento de identidad al procesado, como necesariamente debió ocurrir si se hubiera presentado tal situación, por ser imprescindible dicho documento en diferentes actividades de la vida civil.

"Sin embargo, no serían suficientes los indicios que se desprenden de dichas pruebas; pero existen además, los que se deducen de los reconocimientos efectuados, en los cuales varios de los testigos de importancia dentro de los autos, en orden a establecer la identidad del procesado, no lo reconocieron; esto aunque faltaron dos declarantes quienes conocieron suficiente al presunto Gómez Ayala, como fueron Fernando Aragón y María Elizabeth Cifuentes, que pueden efectuar tal diligencia con posterioridad, permite concluir, que no se estableció debidamente la identidad del actualmente condenado respecto a los hechos, ya que entre los testigos que intervinieron en dicha diligencia estuvo el denunciante, quien lo conoció suficientemente con anterioridad y así podría identificarlo.

"A esto se agrega el dictamen grafológico; si bien esta prueba, como lo ha expresado la jurisprudencia de esa honorable Corte y se desprende de su naturaleza, no es exacta o de resultados inequívocos, debe interpretarse en conjunto con los otros elementos probatorios existentes, para deducir su valor y grado de acierto; y en el presente caso, dados los antecedentes referidos, debe admitirse su conclusión como valedera, en cuanto las muestras tomadas no condujeron a identificar al mismo condenado peticionario como quien firmó los documentos relacionados con la cuenta corriente en la cual se giró el cheque utilizado como medio para cometer la estafa.

"En cuanto a los antecedentes, la información no resulta precisa, pues si según la enviada por el DAS (Fl. 87) se anota que se ignora si se trata de la persona a quien se hace referencia en este proceso, no se indica antecedente alguno en el Juzgado Veintiuno Superior, el cual concedió libertad provisional a Gómez Ayala —lo cual indica que existía proceso en su contra, no anotado por el DAS— y lo puso a disposición del Juzgado de Girardot, sin que por tanto tal prueba sea suficiente".

En conclusión, se considera que existen graves indicios que conducen a demostrar o deducir la inocencia del procesado, sin perjuicio de que en el proceso que ha de adelantarse se efectúen las diligencias cuya falta se observó anteriormente como fueron los reconocimientos de las personas cuya citación no pudo lograrse (Fernando Aragón y María Elizabeth Cifuentes), verificar lo relacionado con expedición de copias de la cédula de ciudadanía y demás documentos que se afirman extraviados y las demás que se consideren necesarias.

La revisión exige, cuando se trata de la causal quinta que se presenten pruebas no conocidas que acrediten la inocencia o irresponsabilidad del procesado o constituyan graves indicios al respecto, como lo requiere el valor de la cosa juzgada, factor esencial del orden social, enfrentado al posible error judicial que por tanto debe demostrarse suficientemente para que permita dejar aquella sin efecto; tal ocurre en el presente caso, pues dados los medios de convicción aportados, se produce grave duda en cuanto a la verdadera identidad del procesado como autor de los hechos...".

Como bien lo destaca la cita anterior, existen elementos de convicción de innegable fuerza, suficientes por sí, para ordenar la revisión de esta causa. Valga repetir, brevemente, que quienes estuvieron en más inmediato contacto con quien se hizo aparecer como Pedro Pablo Gómez Ayala, esto es, Leonidas Vargas Yuste, Jairo Justino Nieto Galeano, Luis Alberto Cifuentes Arias y, principalmente Andrés Beltrán, no pudieron identificar al Gómez Ayala que padece privación de libertad como consecuencia de la sentencia impartida, y del cual se aprovechó el extravío de su cédula de ciudadanía, con la persona que tuvo que ver con la referida estafa. A esto se agrega el fehaciente dictamen grafotécnico que obra a folio 79, en el cual se afirma que los rasgos escriturarios que aparecen en la cuenta corriente que abriera el sujeto que dijo llamarse Pedro Pablo Gómez Ayala, en el Banco de Colombia de Girardot, no corresponden a las grafías tomadas a quien hoy ha purgado pena por la sentencia mencionada. Finalmente, la prueba testimonial recibida señala, en forma acorde y atendible, que el verdadero Gómez Ayala no abandonó la ciudad de Bogotá, para la época de los hechos, y nunca se supo de viajes suyos a la población de Girardot, suceso que por la índole del trabajo que realizaba y el conocimiento que sobre él se tenía, no podía pasar inadvertido.

Lo anterior establece la demostración cabal de la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal y en armonía con este resultado debe actuarse.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, ordena:

1. La revisión de la causa que se siguió al señor Pedro Pablo Gómez Ayala, ya indicada debidamente en la parte motiva de esta decisión, lo cual estará a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot, y

2. Se ordena la libertad de Gómez Ayala, por razón del mencionado proceso, para lo cual constituirá fianza por valor de cien pesos.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Para que se configure son necesarios o que la decisión contraria a la ley se profiera "a sabiendas", si se aplica la ley penal anterior, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, si el aplicable es el nuevo Código Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 23.

Vistos

El doctor Sergio Camargo Rodríguez, abogado titulado, formuló denuncia penal contra los doctores Simón Rodríguez, Aquilino Rodríguez P., Mercedes Salgado de Gutiérrez y Clara González de Barliza, en su calidad de Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Segunda Sección, por haber suscrito la sentencia de única instancia dictada en su contra el 19 de noviembre de 1979 en el incidente de excepciones promovido por él dentro del juicio por jurisdicción coactiva que le adelantó el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU). Acusa a los Magistrados por haber incurrido, en su concepto, en los delitos de concusión (artículos 157 y 158 del C. P.), abuso de autoridad (artículos 171 y 172 *ibidem*) y en los demás que se desprendieren de la fundamentación de la denuncia.

Hechos y antecedentes procesales

El Concejo del Distrito Especial de Bogotá ordenó, mediante el Acuerdo número 61 de 1966, la construcción, por el sistema de valorización, "de la carrera o avenida (longitudinal) 68, desde la Autopista a Eldorado, hasta un punto situado a 500 metros del Sur del eje de la Avenida (transversal) 68".

La Junta de Valorización del Distrito Especial de Bogotá decretó la realización de la obra, y aprobó, por medio de su Resolución número 60 de 1968, con carácter provisional, la distribución global del gravamen elaborado por el Departamento de Valorización, a la vez que facultó a la Sección Jurídica de dicho Departamento para dictar las resoluciones individuales por medio de las cuales se asignara su correspondiente contribución a cada propietario de inmueble situado dentro de la zona de influencia (Fls. 57 y 92 del cuaderno de la Corte y 162 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

Con fundamento en esa autorización, el Jefe de la Sección Jurídica del Departamento de Valorización dictó la Resolución número 035-133 de 24 de septiembre de 1968, por medio de la cual asignó a Camargo R. Sergio, una contribución de valorización en cuantía de siete mil trescientos dos pesos con sesenta y nueve centavos $ 7.302.69 moneda corriente, por concepto de la obra, carrera 68, Eldorado, calle 68, en razón de su derecho de propiedad sobre el inmueble No. 56A-16 de la calle 46, Registro catastral número 465601 L07. En su artículo tercero indicaba la resolución los recursos que contra ella procedían y los términos dentro de los cuales podían ser propuestos, o sean los pertinentes por la vía gubernativa (Fl. 58 y 91 del cuaderno de la Corte y 143 y 160 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

Por Estado número 260 se notificó, entre otras, la citada Resolución número 133, cuyo destinatario, como allí mismo se anota, era Camargo R. Sergio, en razón del inmueble de la calle 46 No. 56A-16, Registro catastral 465601 L07. Dicho Estado fue publicado en el periódico "El Tiempo", según lo expresa el Jefe de la División de Procesos Jurisdiccionales del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) en el Oficio No. DPJ-362 de noviembre 18 de 1976, con el cual acompañó, entre otros documentos, la copia del men-

cionado Estado número 260 (Fls. 158, 159 y 164 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

Ya en el año de 1974, el Cajero General del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU) libró el reconocimiento número 050 de 8 de abril de ese año a cargo de Sergio Camargo R., por la cantidad de $ 7.302.69, más intereses de mora desde el 23 de abril de 1969, en razón de la contribución de valorización que le fue asignada por la aludida Resolución número 133 de septiembre 24 de 1968 por el predio de la calle 46 No. 56A-16, Cédula catastra No. 565601-L07.

El reconocimiento concluye de la siguiente forma: "El Funcionario Ejecutor, Jefe de la División de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, D. E., en ejercicio de la jurisdicción coactiva y con fundamento en el presente reconocimiento, que constituye título ejecutivo conforme a la ley, recaudará mediante el proceso correspondiente la suma adeudada por el predio de la calle 46 No. 56A-16 a nombre de Camargo R. Sergio, como se reconoce en el presente documento" (Fl. 32 del cuaderno de la Corte y 7 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

En obedecimiento de lo allí dispuesto, el Jefe de la División de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU), libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva, a favor del Instituto y en contra de Sergio Camargo R., por la suma de $ 7.302.69 más intereses, en su condición de propietario del inmueble de la calle 46 No. 56A-16, Registro catastral 465601-L07 (Fl. 31 de cuaderno de la Corte y 8 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

Notificado del mandamiento ejecutivo, el doctor Sergio Camargo Rodríguez manifestó en el acto de la notificación: "El título es falso, porque yo no era propietario cuando se hizo la obra, efectivamente, compré a la Beneficencia de Cundinamarca mediante Escritura pública número 4099 de la Notaría Tercera de Bogotá, por consiguiente propondré excepciones legales" (Fl. 14 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

En realidad así lo hizo por medio de demanda en la que alegó las excepciones de falsedad, no exigibilidad del título ejecutivo y caducidad (Fl. 16 a 20 *ibidem*).

De acuerdo con la calidad del funcionario ejecutor y la cuantía de la obligación, correspondió al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, conocer, en única instancia, de este incidente de excepciones, según lo preceptúa el artículo 567 del Código de Procedimiento Civil.

En la sentencia que desató el incidente y que declaró no probadas las excepciones, dijo el Tribunal, respecto de la de falsedad, que es la que motiva la denuncia contra los Magistrados firmantes del fallo:

"Falsedad intelectual o ideológica de la proforma o Certificado número 050-74 de 8 de abril de 1974.

"Documento éste suscrito por el Cajero General del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, D. E. (folio 1).

"Hace consistir el ejecutado la presente excepción en el hecho de que 'de bulto aparece que el demandado no es la persona contra la cual se impuso la contribución, según las resoluciones citadas en el ordinal 6º de los hechos de esta demanda. Entonces el cajero pagador violó los artículos 235, 234, 233, 231, numerales 2º y 4º del Código Penal'.

"Se observa:

"El hecho 6º se refiere a las Resoluciones números 60 de 16 de septiembre de 1968 y 133 de 24 de septiembre de 1968 (equivocadamente se menciona el mes de noviembre).

"Por medio de la Resolución número 60 de 16 de septiembre de 1968, la Junta de Valorización del Distrito Especial de Bogotá aprobó en todas sus partes la distribución que el Departamento de Valorización elaboró del gravamen de valorización que causa la construcción de la carrera o avenida (longitudinal) 68, desde la autopista a Eldorado hasta un punto situado a 500 metros del Sur del eje de la avenida (transversal) 68, de conformidad con lo ordenado en el Acuerdo 61 de 1966, dictado por el honorable Concejo del Distrito Especial de Bogotá (Fl. 33).

"Este acto administrativo aprobatorio, de carácter general, empezó a regir desde su sanción (Art. 4º).

"Por la Resolución número 035-133 de 24 de septiembre de 1968, la Sección Jurídica de Valorización del Distrito Especial de Bogotá, en uso de las facultades de la Resolución número 43 de 11 de septiembre de 1967, de la Junta de Valorización Distrital, y con fundamento en los Acuerdos números 61 de 1966 y 9 de 1968 del honorable Concejo de Bogotá y la Resolución número 60 de 1968 de la mencionada Junta de

Valorización, resolvió asignar al señor Sergio Camargo R. una contribución de valorización en cuantía de $ 7.302.69, por concepto de la obra carrera 68, Eldorado, calle 68, en razón de su derecho de propiedad sobre el inmueble número 56A-16 de la calle 46, con Registro catastral número 465601-L07 (Código Sector 051104701007) (folio 57).

"Y además por Estado número 260, publicado en el periódico 'El Tiempo', el 8 de octubre de 1968, se notificó con fundamento en el Acuerdo distrital número 32 de 1962 a dicho señor Sergio Camargo la anterior Resolución (Fl. 59).

"De lo expuesto se deduce que el señor Sergio Camargo R., sí es el destinatario de los dos actos administrativos anteriormente referidos. Por lo tanto el Reconocimiento número 050-74 del Cajero General del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, D. E., que sirvió de título ejecutivo para el presente proceso de jurisdicción coactiva, estuvo debidamente sustentado en esos actos.

"No se da por lo expuesto la falsedad invocada" (Fls. 190 y 191 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

Después de estudiar las otras excepciones propuestas, se dice en la providencia:

"Se anota por último que de la relación de los hechos expuestos por el demandado, parece que éste infiere que para la época en que la obra 'se construyó y terminó en 1966 o 1967' no era propietario del predio afectado con la contribución.

"Anota el Tribunal que el planteamiento anterior ha debido hacerse en la oportunidad idónea para ello, cuál era la vía gubernativa a través de los recursos que se le advirtieron al demandado eran procedentes contra la Resolución 035-133 que le asignó el gravamen (folios 57 y 59, ver nota a pie de página de este último) y en caso de improsperidad todavía le quedaban las puertas de los organismos contencioso administrativos para promover ante éstos el juicio de conocimiento pertinente". Esta última apreciación la fundamenta el Tribunal con transcripción de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de las opiniones de un conocido procesalista (Fls. 194 a 196 *ibidem*).

Como corolario de lo analizado, el fallo concluye: "Por lo dicho no es competente el Tribunal para conocer sobre el aspecto de si el demandante era o no el dueño del bien" (Fl. 196 *ibidem*).

Inconforme con la decisión del Tribunal, el excepcionante solicitó, con apoyo en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, que se produjera sentencia complementaria con el fin de que, en ella, se pronunciara *expresamente* el Tribunal sobre la excepción de falsedad propuesta por él. En su memorial resume los mismos argumentos con los cuales fundamentó ese medio exceptivo en la demanda inicial (Fls. 201 y 202 *ibidem*).

El Tribunal no accedió a complementar su sentencia de 19 de septiembre de 1979, y en la providencia en que así lo dispuso, que tiene por fecha 6 de junio de 1980, transcribe, para afirmar que sí se pronunció sobre la mencionada excepción, toda aquella parte del fallo en que se refirió a ella y al momento procesal indicado para hacer valer una defensa de esa naturaleza. Por último, recuerda, "que según principio básico de derecho procesal consagrado expresamente en nuestro Código de Procedimiento Civil, la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció, artículo 309". Fls. 208 a 212 *ibidem*).

Por estimar que en esa forma, los Magistrados que suscribieron el fallo violaron la ley, el doctor Camargo Rodríguez les formuló la denuncia penal que motiva la presente providencia.

Consideraciones de la Corte

Como se desprende del escrito de denuncia, tres son los cargos que se les formula a los Magistrados acusados:

a) El de prevaricato, por haber proferido una decisión contraria a la ley o por haber omitido un acto propio de sus funciones, cual era el pronunciarse expresamente en cuanto a la excepción de falsedad propuesta.

b) El de concusión, en las modalidades que consagraban los artículos 157 y 158 del Código Penal anterior, por cuanto que contribuyeron a que se cobrara al denunciante un tributo que no debía.

c) Abuso de autoridad en la forma omisiva que reprimía el artículo 172 del mismo estatuto, ya que hubo tardanza en dictar el fallo dentro del incidente de excepciones.

Por separado se analizará cada uno de estos presuntos comportamientos delictivos.

Prevaricato.

Aparte de los demás elementos integradores de este tipo penal en su forma activa, se precisa que

la decisión adoptada por el funcionario lo haya sido a sabiendas *de que es contraria a la ley, esto es, con clara conciencia, con pleno conocimiento de su ilegalidad, como lo exigía la norma derogada, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, como lo prescribe el Código vigente. En su forma omisiva, requería la anterior norma que se procediera por simpatía o animadversión a cualquier interesado, exigencia que no reprodujo de manera expresa el nuevo tipo penal (artículos 168 del Código Penal de 1936, modificado por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963; y 149 y 150 del Código Penal vigente).*

Sea lo primero manifestar que el Tribunal no omitió pronunciarse acerca de la excepción de falsedad propuesta por el demandante y ahora denunciante. Así se colige de los aportes del fallo que se transcribieron en precedencia.

Al declararla infundada y hacerlo con apoyo en las consideraciones que se dejaron expresadas en la sentencia, los Magistrados tuvieron por válido, para los solos efectos de la decisión que adoptaban, el título que sirvió de recaudo para el mandamiento ejecutivo, o sea el reconocimiento 050 de 8 de abril de 1974, que fue el tachado de falso por el demandante y considerado por él como carente de exigibilidad.

Y se dice que para los solos efectos de esa decisión, pues será la justicia en lo penal la que establecerá, a través de la investigación que se encuentra en curso (Fls. 204, 214 y 215 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo), si dicho documento y los que le sirvieron de fundamento son o no verdaderos.

En segundo lugar, conviene recordar que ese reconocimiento a favor del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y en contra del doctor Sergio Camargo Rodríguez, y que fue el que sirvió para proferir el mandamiento de pago, se basó en la Resolución número 035-133 de 24 de septiembre de 1968, la cual fue notificada por medio del Estado número 260, publicado además en el periódico "El Tiempo", y que en todos ellos se indicaba al doctor Sergio Camargo Rodríguez como el destinatario de esa contribución de valorización en razón del inmueble de la calle 46 No. 56A-16, Cédula catastral No. 465601-L07, es decir, con precisa nomenclatura asignada.

Si bien es cierto que el doctor Camargo Rodríguez adquirió de la Beneficencia de Cundinamarca ese lote de terreno por virtud de la Escritura número 4099 de 19 de agosto de 1972 de la Notaría Tercera de Bogotá (Fls. 23 a 27 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo), no lo es menos que, como en ella misma se anota, era promitente comprador del mismo desde el año de 1964 y la obra se realizó, al parecer, en los años de 1966 y 1967 (Fl. 165 *ibidem*).

El Tribunal tuvo que haber partido de la base de que el Departamento de Valorización contó con elementos de juicio atendibles para hacer figurar al doctor Sergio Camargo Rodríguez como destinatario de esa contribución en razón de ese inmueble, tal como consta en la Resolución número 035-133, que es del año de 1968, en el Estado por medio del cual se hizo su notificación, que también es de ese año (Fl. 191 *ibidem*) y en el Reconocimiento 050 de 8 de abril de 1974, documentos todos estos de carácter oficial y que fueron aportados al expediente por los funcionarios competentes para hacerlo.

De donde, no podía el Tribunal desconocer palmariamente, con los elementos de apreciación existentes en el informativo, el valor de esos documentos, para pasar a aceptar, o dar por supuesto, como lo insinúa el demandante en memorial de folio 149 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo, que la Resolución 035-133 y su acto de notificación pudieron haber sido elaborados con posterioridad a las fechas que en ellos aparecen, todo "para pretender librar al Pagador del IDU o Cajero, señor Felipe Holguín Dávila, respecto a lo certificado en su reconocimiento 050-74 del 8 de abril de 1974, aducido al proceso como fundamento del recaudo" (*ibidem*).

Luego, la decisión de declarar infundada la excepción de falsedad por existir unos documentos oficiales, aportados en debida forma al expediente y que señalaban al demandante como destinatario de la contribución, y la estimación de que, en esas condiciones, no era esta la oportunidad procesal para alegar una defensa de la naturaleza de la que se intentaba, pues su ámbito como lo dispone el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, era el del procedimiento gubernativo, no aparecen como manifiesta u ostensiblemente contrarias a la ley, aparte de que los elementos de juicio existentes en el informativo no permiten afirmar que los Magistrados hubiesen procedido de esa manera para favorecer a una de las partes o por perjudicar a la otra. Es que hasta la misma cuantía de la obligación descarta la pretensión de un favorecimiento respecto del fisco distrital. El propio excepcionante declara paladinamente que tampoco para él constituyó ella la razón de ser de su demanda. Es así como al final de ésta, observa: "Conviene tener presente en el actual caso,

que no es el valor a pagar el móvil del incidente, sino la tortuosa e ilgal del procedimiento empleado por los funcionarios" (Fl. 20 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo).

No se configura, por tanto, el delito de prevaricato.

Concusión

El núcleo rector de este tipo penal consiste, tanto en las modalidades específicas de los artículos 157 y 158 del anterior Código, a los que alude el denunciante, como en la única norma que, al respecto, consagra el nuevo (artículo 140), en constreñir o inducir a alguien a dar o prometer al agente o a un tercero algo que no se debe.

Nada permite predicar un tal comportamiento de los Magistrados que suscribieron el fallo adverso a las pretensiones del denunciante, pues una decisión judicial, pronunciada con base en razonamientos que resultan explicables como se dejó analizado al dilucidar el cargo por prevaricato, nunca podrá tenerse como un constreñimiento indebido, ni menos puede afirmarse, pues no hay ningún elemento de juicio en el expediente que permita hacerlo, que aquéllos hubieran tenido que ver algo con la expedición de los actos administrativos por medio de los cuales se gravó al demandante con la contribución de valorización y se le libró el correspondiente reconocimiento.

Tampoco se tipifica este delito respecto de la conducta atribuida a los funcionarios denunciados.

Abuso de autoridad.

El cargo se les formula por demora en el pronunciamiento del fallo que debía recaer dentro del incidente de excepciones propuesto.

Esta forma delictiva la consideraba el Código Penal anterior en su artículo 172, y en el nuevo estatuto puede quedar comprendida dentro del artículo 150 (prevaricato, por omisión, en su modalidad de retardo), pues éste no la reprodujo de manera específica dentro del capítulo que reprime el delito de abuso de autoridad. En todo caso la norma aplicable en el evento de que se llegare a deducir responsabilidad a los denunciados sería la anterior por ser más favorable.

Como, desde la fecha en que el expediente fue pasado al despacho para dictar sentencia (7 de marzo de 1978, Fl. 188 del cuaderno de fotocopias del juicio coactivo) hasta aquélla en que se profirió (19 de noviembre de 1979, Fl. 189 *ibidem*), transcurrió un lapso apreciable, y no hay constancia en el expediente de cuándo fue llevada la ponencia a consideración de la Sala, pues solamente se anotó la fecha de la sesión en la cual fue aprobada (11 de octubre de 1979 —Fl. 196 *ibidem*—), habrá de abrirse investigación por este aspecto, con el fin de establecer la posible responsabilidad que pudiere llegar a corresponderles a los funcionarios denunciados, en tanto que, en relación con los otros dos cargos debe darse aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

La calidad oficial que los denunciados tenían en la época en que ocurrieron los hechos que se les atribuye, está acreditada con los correspondientes documentos de nombramiento, confirmación, diligencias de posesión y certificación en cuanto al tiempo de servicio (Fls. 34, 35, 36, 38 a 56, 60, 61, 62 y 63 del cuaderno de la Corte).

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

1º ABSTENERSE de iniciar sumario contra los Drs. Simón Rodríguez, Aquilino Rodríguez P., Mercedes Salgado de Gutiérrez y Clara González de Barliza, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca —Sección Segunda—, en relación con los cargos por prevaricato y concusión que se desprenden de la denuncia formulada en su contra por el doctor Sergio Camargo Rodríguez.

2º Disponer que el Magistrado Sustanciador abra investigación penal contra los mencionados Magistrados, en razón del cargo por abuso de autoridad (hoy prevaricato por omisión en su modalidad de retardo), el cual les fue formulado por el mismo profesional en esa misma denuncia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secrtario.

IMPEDIMENTOS

La opinión que emita un funcionario sobre un asunto, debe ser concreta en relación con el hecho investigado, producirse por fuera del proceso y tener fuerza vinculante

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 23.

Expediente número 27398.

Vistos

El Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Marino Alberto Rodríguez Muñoz, por auto de 26 de mayo de 1981, se declaró impedido para conocer de estas diligencias seguidas contra el Juez Quince Civil del Circuito de esta ciudad, doctor Gabriel Parada Martínez, por el delito de prevaricato. Fundamenta su impedimento en el hecho de haber salvado su voto en la ponencia que fuera presentada para la confirmación de dicho funcionario con motivo de las elecciones generales del mes de septiembre de 1979.

En proveído de dos de diciembre último, la Sala correspondiente estimó infundado el impedimento del Magistrado Rodríguez Muñoz en consideración a que el salvamento de voto suscrito por el Magistrado de modo alguno puede constituir causal de impedimento por cuanto las manifestaciones relativas al comportamiento del Juez Parada Martínez en el ejercicio de su cargo lo fueron en actuación administrativa, diversa del asunto penal que con posterioridad llegó a su conocimiento y porque las apreciaciones allí consignadas son de tipo general sobre su capacidad moral para delinquir sin que se haya hecho alusión al caso concreto aquí investigado.

Consideraciones de la Corte

Por reparto efectuado el 5 de diciembre de 1979, ésto es, con posterioridad a la elección y confirmación que hiciera el Tribunal Superior de Bogotá en la persona del doctor Gabriel Parada Martínez como Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, correspondieron estas diligencias al Magistrado doctor Marino Alberto Rodríguez Muñoz, quien antes de avocar el conocimiento de las mismas, procedió a declararse impedido con fundamento en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 4º por haber "manifestado su opinión sobre el asunto del proceso".

De la lectura del salvamento de voto que fuera presentado por varios Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y que en parte fue transcrito por el Magistrado Rodríguez Muñoz, para fundamentar su impedimento, emerge con claridad que en la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá, varios Magistrados dieron respaldo al Magistrado Jorge Ortiz Rubio en cuanto consideraron que el Juez Parada Martínez no podía ser confirmado para ejercer el cargo para el cual se le había designado, ya que el Decreto 250 prohíbe nombrar "para cargo alguno en la Rama Jurisdiccional... a las personas respecto de las cuales existe la convicción moral de que no observan una vida pública y privada compatible con la dignidad del cargo".

En el citado documento no se dice en concreto cuál o cuáles fueron los graves cargos que motivaron la discrepancia de los firmantes y menos la intervención de cada uno de ellos. De otro lado, se hacen varias consideraciones de tipo jurídico con relación a la prelación de normas, a la forma como debe hacerse una elección y la correspondiente confirmación, y termina haciendo varias sugerencias para las futuras elecciones.

Razón tuvo el Tribunal al rechazar el impedimento al Magistrado Sustanciador por cuanto para que sea viable la invocación del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, deberán presentarse inequívocamente las causales allí consignadas. *Y en cuanto hace relación a la opinión que un funcionario emita sobre un asunto, debe ser concreta y con relación al hecho investigado o sobre la posible responsabilidad del implicado.*

Tal manifestación para que sea impediente tiene que haberse producido fuera del proceso y, además, tener por sí misma, fuerza vinculante.

A este respecto la Corte ha dicho:

"...se entiende que existe opinión fuera del proceso cuando el funcionario expresa su criterio sobre una situación jurídica determinada que en ese momento es ajena a su conocimiento o que estándolo no lo ha consignado todavía (el criterio) en el expediente respectivo; y, finalmente se entiende que la opinión es vinculante cuando el criterio así expresado tiene incidencia decisiva sobre la solución que deba darse al asunto..." (C. S. J., Sala Cas. Penal, Auto del 7 de julio de 1981).

De acuerdo con estos principios no cabe duda que la opinión del Magistrado Rodríguez Muñoz si bien fue extraprocesal, no significó la expresión de un criterio sobre una situación jurídica determinada ni tiene, por sí misma, incidencia decisiva sobre la solución que deba darse al caso concreto *sub judice.*

En consecuencia, la simple manifestación sobre la conducta que observa un funcionario, tanto en su vida pública como privada, sin las características que se echan de menos, no puede tenerse como eficaz para generar el impedimento propuesto.

Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA infundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Marino Alberto Rodríguez Muñoz y ORDENA que continúe en el conocimiento de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secrtario.

REVISION. REQUISITOS DE LA CAUSAL 5ª

Las pruebas que se aportan han de ser nuevas, concluyentes, referirse al hecho materia de la investigación y tener entidad suficiente para establecer la inocencia o irresponsabilidad del injustamente condenado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 21.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de revisión del proceso seguido contra Omar Torres Angulo, a quien el Tribunal Superior de Cali, condenó en sentencia de segunda instancia a 16 meses de presidio como responsable del delito de uso de documentos públicos falsos.

Hechos

Omar Torres Angulo, Francisco Nel Valencia y, al parecer, otras personas, ingresaron a la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, mediante presentación de certificados de calificaciones y diplomas de bachiller falsos.

Actuación procesal.

Denunciados los hechos, se inició investigación penal en el mes de marzo de 1974; al calificar al mérito del sumario, el Juzgado Segundo Superior de Cali llamó a responder en juicio a Torres Angulo, Vélez González y a otros, por el delito de uso de documentos públicos falsos; esta decisión fue confirmada por el Tribunal. Tramitada la causa y verificada la audiencia pública se profirió sentencia de condena contra los procesados; dicho fallo fue mantenido por el superior. Interpuesto recurso extraordinario de casación, esta Corporación no casó la sentencia. En el curso de la presente revisión, seis de los ocho Magistrados de la Sala se declararon impedidos y fueron reemplazados por conjueces.

Demanda de revisión.

Con fundamento en la causal 5ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor solicita la revisión del proceso, pues considera que nuevas pruebas no conocidas durante su tramitación porque su patrocinado Omar Torres no compareció a él, demuestran su inocencia. Tales pruebas, que adjunta, son los certificados de calificaciones de los colegios "Pascual de Andagoya" de Buenaventura y "Santa Librada" de Cali, diploma de bachiller de este último plantel y certificado de calificaciones de la Universidad "Santiago de Cali"; con ellos pretende comprobar que Omar Torres era realmente bachiller cuando inició estudio de derecho y que, por consiguiente, no cometió el delito de falsedad documental por el que se le condenó.

Examina el demandante los requisitos de la causal 5ª de revisión, particularmente el relacionado con el alcance del concepto de novedad de la prueba y reclama finalmente la revisión del proceso.

Concepto de Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que no debe accederse a la solicitud del actor porque los documentos aportados no solamente no desvirtúan las pruebas que sirvieron para proferir sentencia de condena contra Omar Torres, sino que evidencian la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, puesto que de ellos se desprende que para la fecha en que aquel ingresó a la Universidad no tenía aún la calidad de bachiller, y que el haberla adquirido con posterioridad no borra la ilicitud precedente del hecho.

Considerandos

1. *Las nuevas pruebas a que se refiere la causal quinta de revisión son aquellas de carác-*

ter testimonial, documental, indicial, pericial o confesional con entidad suficiente para establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado, es decir, para concluir que su conducta no se subsume realmente en ningún tipo penal, o que siendo típica no es antijurídica, o que pudiendo predicarse de ella su típica anti-juridicidad no sea dable imputársele a título de dolo, culpa o preterintención; o al menos que tales pruebas constituyan indicios graves de tal irresponsabilidad. Pero, ha de tratarse, además, de pruebas que no hayan sido aportadas al proceso, que no reposen en el expediente y que, por lo mismo, no hubiesen podido ser examinados por el juzgador; es obvio, desde luego, que tales pruebas han de referirse al hecho materia de la investigación; la novedad no apunta pues, al comportamiento humano en derredor del cual nació y se desarrolló el proceso que culminó en sentencia condenatoria, sino al momento en que la prueba se presenta por primera vez.

2. En el presente caso han sido aportadas por el demandante las siguientes pruebas:

a) Certificado de calificaciones de primero a sexto de bachillerato (bachillerato nocturno), del condenado Omar Torres Angulo, estudios realizados entre 1964 y 1970 (Fl. 3).

b) Certificado de calificaciones de Omar Torres Angulo, correspondiente al séptimo año de bachillerato, validado en el "año lectivo de 1975" en el Colegio de Santa Librada de Cali (Fl. 5).

c) Fotocopia del diploma de bachiller de Omar Torres Angulo, expedido por el Colegio Santa Librada de Cali, el 17 de junio de 1975 (Fl. 6).

d) Certificado de calificaciones de Omar Torres Angulo, expedido por la Universidad Santiago de Cali, de los períodos académicos comprendidos entre febrero de 1971 y julio de 1977 (Fl. 7).

e) Constancia de la misma universidad de la cual se deduce que el condenado estudió allí "durante los períodos académicos febrero de 1971 y julio de 1977 (Fl. 9).

f) Declaraciones de los doctores Enrique Forero Ortiz (Fl. 93, Munir Alfonso Montaño (Fl. 95) y Oscar Hurtado Gómez (Fl. 97), funcionarios de la Universidad Santiago de Cali, quienes reconocieron la autenticidad de sus firmas en los documentos expedidos por la Universidad, relacionados en los dos literales inmediatamente anteriores".

3. Pues bien, del examen de estas pruebas documentales y de su confrontación con las que sirvieron para proferir sentencia condenatoria contra Torres, se concluye inequívocamente que cuando éste ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad "Santiago de Cali" en el mes de febrero de 1971, no tenía la calidad de bachiller, pues que apenas en el mes de junio de 1975, es decir, cuatro años y cuatro meses después, cuando ya había cursado más de la mitad de la carrera validó el 7º año de bachillerato, y obtuvo el diploma correspondiente; y como se le condenó precisamente por haber presentado a la Universidad, como prueba de su calidad de bachiller para ingresar a ella, certificados de calificaciones y fotocopia de su diploma que no correspondían a la realidad porque para entonces no había culminado sus estudios secundarios ni se le había expedido el título de bachiller, síguese que el fallo proferido fue correcto y que las pruebas ahora presentadas no sirven sino para corroborarlo.

Como bien lo anota el Ministerio Público, la tardía obtención que de su título de bacriller logró el condenado Torres, no puede tener la virtud de retrotraer el hecho naturalístico y jurídico acaecido varios años antes, de haber utilizado documentos públicos falsos, porque el comportamiento humano penalmente sancionable es de carácter irreversible.

Síguese de las consideraciones precedentes que no le asiste razón al demandante.

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.

Alfonso Reyes Echandía, Darío Velásquez Gaviria, Tarcisio Roldán Palacios, Conjuez; *Lisandro Martínez Zúñiga,* Conjuez; *Libardo Palacios R.,* Conjuez; *Julio Roncallo Acosta,* Conjuez; *Bernardo Gaitán Mahecha,* Conjuez; *Eduardo Umaña Luna,* Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secrtario.

LIBERTAD Y FRANQUICIA PREPARATORIA

Son beneficios de índole administrativa, no jurisdiccional

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 25.

Vistos

Angela Mercedes Marín García, condenada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a la pena de cuarenta y ocho meses de presidio hoy (prisión), por infracción al Decreto 1188 de 1974, artículo 38, numeral 1º, y quien recurrió en casación, pero luego desistió del recurso, solicita ahora, con fundamento en la Ley 32 de 1971 y los Decretos reglamentarios números 1923 y 2933 de 1977, que se declare que tiene derecho a la compensación de pena por trabajo y estudio, con el fin de solicitar luego, ante las autoridades penitenciarias el beneficio de franquicia preparatorio.

El Decreto 1817 de 1964 (Estatuto Carcelario) se refiere a esta gracia y a la de la libertad preparatoria en sus artículos 330 y 331, en los siguientes términos:

"Artículo 330. Cuando un condenado esté cumpliendo una pena privativa de la libertad de seis o más años de presidio o prisión, haya observado conducta ejemplar y hubiere cumplido las cuatro quintas partes de la pena efectiva, entendiéndose por pena efectiva la que queda después de las rebajas a que es acreedor, puede permitírsele trabajar particularmente durante el día fuera de la prisión, pernoctando dentro del establecimiento carcelario, y hasta puede dejársele en franquicia preparatoria, con aprobación de la Dirección General de Prisiones, estando obligado el agraciado a presentarse periódicamente al Director del plantel.

"La autorización de que trata el inciso anterior será de competencia del Consejo de Disciplina, mediante resolución motivada, la cual se enviará para la aprobación del Director General de Prisiones.

"Antes de conceder tal beneficio debe estudiarse cuidadosamente al condenado, cerciorándose de su buena conducta anterior, de su consagración al trabajo y, en cuanto sea posible, de su mejoramiento y readaptación social.

"Sólo se concederá la franquicia de que trata este artículo, para trabajar en fábricas o empresas, o con personas de reconocida honorabilidad.

"El beneficio de que hablan los incisos anteriores, se perderá cuando el condenado no cumpliere las obligaciones que en ellos se les señalan".

"Artículo 331. A los condenados que estuvieren cumpliendo penas privativas de la libertad de un año y menores de seis años, que hubieren cumplido por lo menos las nueve décimas partes de la sanción efectiva, que no fueren reincidentes, hubieren observado conducta ejemplar y trabajado satisfactoriamente, podrá concedérseles autorización para trabajar por fuera del establecimiento con la obligación de pernoctar en él.

"En la tramitación de este beneficio se observaron las reglas consignadas en el artículo anterior. Quedan excluidos de esta gracia los responsables de estados antisociales".

El Decreto 2933 de 1977, reglamentario de dichos artículos, dispone que la solicitud para disfrutar de la franquicia o de la libertad preparatorias debe presentarse al director del establecimiento carcelario, quien la someterá al Consejo de Disciplina, y ha de estar acompañada de determinados documentos, entre los cuales figuran las copias de las sentencias de primera y segunda instanciase y de la providencia judicial

en la que se hubiere declarado a favor del peticionario la compensación de pena por trabajo y estudio, en caso de tener derecho a elló (Arts. 2º y 5º).

Corresponde al Consejo de Disciplina del respectivo establecimiento carcelario conceder la franquicia o la libertad preparatoria, mediante resolución motivada que requiere la posterior aprobación de la Dirección General de Prisiones (Art. 4º).

En su artículo 7º define en qué consiste cada uno de esos beneficios. Dice la norma: "Para los efectos de este decreto, la libertad preparatoria consiste en que el condenado puede trabajar durante el día fuera de la prisión, pero con el deber de pernoctar dentro del establecimiento carcelario". "La franquicia preparatoria, consiste en que el condenado trabaje y duerma fuera de la prisión, con la obligación de presentarse periódicamente en la Dirección del establecimiento, de acuerdo con la resolución que conde dicha gracia".

Como puede colegirse del sentido y alcance de los textos transcritos y de los demás que conforman el citado Decreto 2933, *estos beneficios son de índole administrativa, no jurisdiccional, vinculados al sistema que rige el pago de la pena y a los estímulos para la readaptación del condenado.*

No implican en manera alguna una rebaja o condonación de parte de la sanción y presuponen que la sentencia se encuentre ejecutoriada. En cierta forma son un sustituto de la libertad condicional.

La Corte, en sede de casación, no tiene atribuciones para pronunciarse aisladamente sobre factores que inciden en modificaciones de la pena o en el régimen de libertad de los condenados.

Puede, por ejemplo, tener como parte cumplida de pena, la proporción que corresponda a la reducción de ésta por trabajo o estudio, cuando se trata de resolver sobre libertad provisional en razón de darse los presupuestos para el otorgamiento de una libertad condicional (artículos 453, numeral 6º del C. de P. P. y 72 del Código Penal).

En el presente caso no se trata de una solicitud de esta naturaleza, la que, formulada en anterior ocasión, fue negada por esta Sala en auto de 5 de agosto de 1981, en virtud de las consideraciones allí expresadas (Fls. 64 a 67 del cuaderno de la Corte).

En esa ocasión se aludió al monto de pena descontado por trabajo y estudio, aceptándolo, pues se trataba de resolver una petición de libertad provisional.

La presente equivale a una solicitud de reconocimiento de rebaja de pena, formulada dentro de un proceso no concluido, pues aún no se ha resuelto sobre el recurso de casación interpuesto por otros de los condenados, para lo cual no tiene competencia la Corte, como se dejó dicho.

En fuerza de las precedentes apreciaciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, se ABSTIENE de hacer el reconocimiento de reducción de pena por trabajo y estudio, impetrado por Angela Mercedes Marín García.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secrtario.

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LOS DELITOS DE PREVARICATO, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS

En los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, el sujeto agente obra dentro de su competencia funcional, pero emite actos contrarios a la ley; en la usurpación de funciones públicas el sujeto activo, sea un particular o un empleado oficial, invaden la competecia funcional de un empleado oficial.

El tipo penal que describe el abuso de autoridad es norma subsidiaria, porque sólo tiene aplicación cuando la conducta no se puede enmarcar dentro de la figura del prevaricato; en el abuso de autoridad no se requiere que el acto del funcionario sea manifiestamente contrario a la ley, como se exige en el prevaricato

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 23 de abril 15 de 1982.

Vistos

Cumplido el rito procesal pertinente en este juicio, procederá la Sala a emitir la sentencia que en derecho corresponda.

Hechos

En horas de la madrugada 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 José Guillermo Castro Castro a solicitud de la interesada, dispuso mediante resolución que le fueran devueltas, como en efecto se hizo.

Resultandos

Los que se refieren a la etapa sumarial de este proceso fueron presentados así en el auto de proceder:

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 (Fl. 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 (Fls. 170/2).

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 (Fls. 31/6).

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 decomiso de vehículo y mercancía de la señora Olga Uhía de Pitre, así como de su retención (Fl. 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 (Fl. 5, anexo 5);

"c) Inventario de la mercancía decomisada a la señora Olga Uhía de Pitre (artículos alimenticios y del hogar, así como diez cajas de cigarrillos 'Marlboro' y una caja de khisky 'Old Parr') y entrega al almacén departamental, junto con el vehículo preindicado (Fls. 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 (Fl. 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 royo y la mercancía representada en víveres que transportaba en dicho vehículo (Fl. 10, anexo 5);

"f) Factura de fecha '06, XXI de 1979', sin membrete de almacén alguno y sin número, que relaciona la mercancía decomisada y señala precios (Fl. 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 adquiridas 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— (Fl. 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—' (Fl. 13, anexo 5);

"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 vehículo también decomisado'. En este mismo documento aparece un 'recibí' y bajo él la firma de Olga Uhía de Pitre (Fl. 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 el 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 (Fl. 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 (Fls. 24/5).

5. "En diligencia de indagatoria el procesado reconoce 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 (Fl. 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 rematarlo 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 estaban estam-

pillados, 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' (Fls. 146/51).

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' (Fl. 185).

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 (Fls. 81/82 y 355).

8. "En providencia del 26 de febrero de 1981, esta Corporación llamó a juicio al ex Gobernador Castro Castro por el delito de prevaricato.

9. "Durante la etapa del juicio se practicaron varias diligencias: entre ellas merecen destacarse las siguientes:

"a) Declaración del doctor Alfonso López Vásquez, Secretario de Gobierno del Departamento del Cesar y encargado de la Gobernación cuando la Policía envió el informe sobre decomiso de la mercancía a Olga Uhía de Pitre (Fls. 31/41, cuaderno 3);

"b) Declaración de Gustavo Cotes Fernández, Secretario General de la Gobernación del Cesar y encargado de la Secretaría de Gobierno durante el mismo lapso en que lo estuvo de la Gobernación el doctor López (Fls. 14/23, cuaderno 3);

"c) Nueva declaración del doctor Dagoberto Rojas, Secretario Departamental de Hacienda (Fls. 43/51, cuaderno 3);

"d) Declaración de Crisanto Martínez Niego, visitador fiscal de la Contraloría del mismo Departamento y quien realizara el avalúo de la mercancía decomisada a la señora de Pitre (Fls. 52/6, cuaderno 3);

"e) Declaración del Coronel Daniel Guillermo Gaitán Higuera, quien fuera Comandante de aquel Departamento desde el 6 de julio de 1979 y cuya separación del cargo se ha relacionado con discrepancias surgidas durante su ejercicio con el ex Gobernador Castro Castro (Fls. 50/70, cuaderno 4);

"f) Declaración del Mayor Rafael Eduardo Forero Torres, Subcomandante del Departamento de Policía del Cesar y quien suscribió el oficio que puso a órdenes del ex Gobernador Castro Castro, la mercancía decomisada a la señora de Pitre (Fls. 73/81, cuaderno 4).

10. "Durante la diligencia de audiencia pública, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó pronunciamiento condenatorio para el acusado al considerar que están reunidos los requisitos legales que permiten señalarlo como responsable del delito de prevaricato por el cual fue llamado a juicio; en el resumen escrito de su intervención, ratifica el pedimento.

11. "En el curso de esa misma diligencia el defensor del procesado, examinó prolijamente el material probatorio y como resultado de dicho examen sostuvo la inocencia de su patrocinado fundado en el hecho de que durante la investigación adelantada para determinar la situación jurídica de la señora de Pitre en razón de la mercancía decomisada, quien actuó fue el doctor Alfonso López Vásquez como Gobernador encargado, por lo que el señor Castro Castro no puede ser considerado como autor del delito que se le imputa; también alegó en su favor, ausencia de dolo. En el resumen escrito de su intervención precisa que la norma aplicable al caso no es el artículo 168 del Código Penal —a su juicio inexistente— sino el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, y luego de nuevo examen de la expresión 'a sabiendas' que éste emplea, reitera su petición de inocencia para el encausado".

Consideraciones de la Corte.

Como se deja dicho en la parte motiva de esta providencia, *la Corte abrió causa criminal contra el ex Gobernador José Guillermo Castro Castro, por el delito de prevaricato, ubicando los hechos en el artículo 168 del Código Penal de 1935, vigente a la época de los mismos y mencionando también, en la parte resolutiva de la providencia vocatoria a juicio, fechada a 26 de febrero de 1981, el artículo 149 del nuevo ordenamiento de las penas (Decreto 100 de 1980), lo que hizo por motivos de favorabilidad ya que este estatuto consigna en el tipo del delito mencionado, la exigencia de que la resolución o el dictamen hayan de ser "manifiestamente contrarios a la ley", requisito que no contaría el Código anterior.*

Ocurre, empero, que tras prolijo análisis de los hechos llevado a cabo en la Sala Penal con motivo del estudio de la ponencia presentada a la consideración de la misma para decidir, en única instancia, del proceso, una vez verificada, como se consigna en la parte narrativa de los hechos en la presente sentencia, la audiencia pública y recibidos los alegatos de las partes, se ha llegado a la conclusión de que existió error en la denominación jurídica de la infracción por considerar que correspondía a una modalidad de prevaricato y que se encontraba encuadrada en las disposiciones que se citan arriba, no siendo ello así, según lo estima ahora la Sala por cuanto los hechos que se atribuyen al ex Gobernador Castro Castro, si bien ejecutados en su carácter oficial, no solo excedieron sus atribuciones, sino que penetraron en una órbita oficial atribuida a otros funcionarios, más precisamente a la jurisdicción penal aduanera.

En efecto, el Decreto 2144 de 1978, en que el procesado fundamentó la providencia en la cual se dijo habíase cometido el prevaricato y que es la misma que sirve ahora de base a estas consideraciones, se limita a otorgar competencia a los 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 transporta mercancía de uso prohibido" (Art. 1º, literal a), No. 1).

Se refiere esta norma a quienes transportan mercancías sin la correspondiente guía de tránsito, exigida por el artículo 10 del Decreto 129 de 1977 o sin la planilla única de carga que manda llevar el artículo 1º del Acuerdo 199 de 1972. O bien a aquellos que transportan estupefacientes o armas de uso restringido a las Fuerzas Armadas.

Pero en ningún caso esas normas autorizan, como se deja dicho, a los Gobernadores para resolver sobre si el transporte de tales cosas constituyen o no contrabando, cuestión, como se deja también advertido, que las leyes reservan, en forma exclusiva, a la justicia aduanera de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos 955 de 1970, 520 de 1971 y por la Ley 21 de 1977.

Apartándose de las normas que se acaban de citar e invadiendo, según se dijo atrás, la órbita de la jurisdicción penal aduanera, el ex Gobernador Castro Castro, no solo calificó los artículos decomisados como no provenientes de contrabando "por haber sido adquiridos legalmente en la ciudad de Maicao", según se dijo en la resolución ameritada, sino que ordenó entregarlos a la mencionada persona lo mismo que el vehículo en que eran transportados.

En el auto de llamamiento a juicio se expresó que el hecho en cuestión configuraba el delito de prevaricato, resultando la Sala el aspecto de la conducta consistente en que ella rebasaba las facultades funcionales del procesado y de que éste conocía tal cosa.

Pero no entró la Sala en el análisis de si esa conducta no solo excedía la competencia del procesado sino que, al mismo tiempo, invadía la de otros funcionarios ni, en caso afirmativo, cuáles fueran las consecuencias penales de esa invasión.

Es decir, no paró mientes en el fenómeno de la usurpación de funciones que ahora se ofrece a su consideración al llegarse el momento de proferir sentencia que ponga fin a la instancia, teniendo en cuenta decisiones pronunciadas por ella en asuntos semejantes y en las que se había orientado en forma diferente el criterio de la Corte.

En efecto, ésta se ha preocupado, con anterioridad, en deslindar el ámbito jurídico correspondiente a los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y usurpación de funciones, cuyas líneas divisorias han aparecido, hasta ahora, bastante vagas en la doctrina.

Fue así como en sentencias de veintidós (22) de junio de 1978 y cuatro (4) de abril de 1979, esta Sala rectificó afirmaciones contenidas en providencias anteriores y de las cuales aparecía no ser delito la usurpación de funciones que contemplaba el anterior Código Penal (1936) en el artículo 182, cuando la conducta allí descrita era ejecutada por un funcionario público por considerarse que el sujeto activo de ese ilícito solo podía ser el particular creyéndose que la única forma posible de la ilicitud en mención era la consistente en la suposición de títulos o facultades públicas o la simulación de empleo en el sector oficial, en fin, en hacerse pasar por empleado o funcionario público no siéndolo, pero sin aceptar que un funcionario público pudiera invadir la órbita de la competencia de otro ni pensar, tampoco, que, en este último caso dicho funcionario obra como un simple particular.

En las providencias primeramente mencionadas, esta Sala retiró su afirmación de que cuando un funcionario público ejerce funciones que no tiene, no comete el delito de abuso de autoridad sino el de usurpación de funciones, "pues es claro, dijo la Corte en la primera de esas deci-

siones, que el abuso de autoridad debe producirse dentro del límite u órbita de las funciones del sujeto activo o excediéndose en el ejercicio de ellas...".

En la presente oportunidad la Sala reitera ese critero, convencida de su validez y de ahí que se vea obligada, como se dijo al comienzo de la parte motiva de esta providencia, a reconocer que hubo, en el auto vocatorio a juicio, error en la denominación jurídica del delito, y a declarar, en consecuencia, nulo lo actuado a partir de esta providencia, inclusive.

Debiose ese error a la dificultad que existe para establecer un alinderamiento preciso entre los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y usurpación de funciones por lo que dice relación a la índole de éstas.

En los tres delitos el sujeto activo es un funcionario público aunque de la usurpación puede serlo también un particular.

En los tres el agente obra en forma funcional, vale decir, por medio de actos relacionados con una función pública, o sea que en todos ellos el agente actúa en desempeño real o fingido de una atribución funcional y no como simple particular.

En ninguno de los tres, por supuesto, el agente está autorizado por hacer u omitir, lo que significa que su conducta es indebida por carencia de atribuciones.

La diferencia fundamental entre los tres delitos puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quién lo ejecute.

La que existe entre estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras en ésta, como queda dicho, se está ejerciendo una función que no compete al agente, en aquellos éste obra dentro de su función, pero abusando de ella.

Porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido.

"Para abusar, ha dicho un autor, debe tenerse el derecho de usar. Si falta el poder, no se puede hablar de abuso. Se tiene, entonces, usurpación" (Riccio I delitti contro la pubblica ammnistrazione, pg. 394).

De otro lado, la diferencia entre el abuso de autoridad y el prevaricato, fuera de ser el primero el género y el segundo la especie, o, dicho de otro modo, existir el primero cuando no puede decirse existente el segundo, es más cuantitativa que cualitativa.

Vale decir, en sustancia ambos ilícitos vienen a ser abusos de poder, pero mientras en el prevaricato se exige, sobre todo en el nuevo Código Penal (Art. 149) que el acto se aparte ostensiblemente de la ley, tal cosa no es necesaria en el abuso de autoridad.

El Código anterior (1936), en verdad, no hacía esa exigencia expresamente, pero la doctrina así lo consideraba. Porque había un ingrediente subjetivo de gran importancia que era el elemento "a sabiendas" que se interpretaba como una especial conciencia de la ilicitud del acto, lo cual presuponía que éste debía ser notoriamente contrario a la ley.

En el nuevo Código, esa exigencia está expresada en la locución "manifiestamente contrarias" que emplea la norma citada, lo que significa que, para que exista el prevaricato, no basta cualquier acto abusivo, sino uno que de ninguna manera pueda considerarse autorizado por la ley.

Tanto el Código anterior como el actual exigen, además, en el abuso de autoridad, que el acto abusivo sea "arbitrario o injusto".

No es fácil diferenciar estas dos nociones. Según la teoría más aceptada, el acto arbitrario requiere un ingredente subjetivo que no tiene el acto injusto.

Algún autor (Spizueco), define el acto arbitrario diciendo que "consiste en la actitud psíquica de quien voluntaria y conscientemente sustituye el propio capricho y los propios fines personales a la voluntad de la ley y al interés público". (La Reazione agli Atti Arbitrari del Pubblico Officiale nel Diritto Penale, Pg. 78).

Lo injusto es simplemente lo contrario al derecho y la noción, así, es más amplia que la de acto arbitrario ya que no requiere ninguna finalidad específica.

El anterior Código Penal exigía (Art. 182), que el sujeto activo ejerciera "sin autorización legal" funciones públicas de cualquier clase. Esta exigencia podía predicarse tanto del particular que asumía un cargo público, sin investidura, como del funcionario que ejercía funciones atribuidas a otra.

Durante mucho tiempo la Corte consideró que no podía ser sujeto activo de este ilícito un funcionario público y aun llegó a expresar que cuando un funcionario invadía la órbita de otro, tal hecho no podría ser considerado como delito.

La doctrina de otros países, principalmente Italia, ha estimado que el funcionario público, cuando usurpa funciones, debe ser considerado como un simple particular.

Pero aceptaba como sujeto activo al funcionario público.

El nuevo Código Penal Colombiano zanjó las dudas que pudiera haber sobre el paso sancionando, en una disposición especial (Art. 162, C. P.), al empleado oficial que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden.

En realidad esa norma debe ser interpretada en el sentido, ya expresado, de que el abuso del cargo es simplemente abuso de investidura, es decir que, como se dijo atrás, debe tratarse de un acto funcional, no de uno, que el funcionario pudiera ejecutar como simple particular.

Para ilustrar este aspecto del ilícito, Soler se ha valido de un caso juzgado por la casación italiana que dijo no haberse cometido este delito por un particular que quiso entrar a un espectáculo haciéndose pasar por agente de seguridad (Riccio 593, nota 9).

Por lo que hace al elemento subjetivo de este delito se necesita que el sujeto activo se dé cuenta de que está usurpando jurisdicción que no le corresponde, o sea, en otras palabras, que esté ejecutando un acto funcional sin hallarse autorizado para ello. Es decir, se necesita el conocimiento y la voluntad de la usurpación.

Aplicando estas nociones al caso de autos se tiene que el ex Gobernador Castro Castro, al calificar en la forma como lo hizo la acción de la señora Uhía de Pitre y ordenar devolverle los artículos decomisados y el vehículo en que los transportaba, invadió la órbita de la justicia penal aduanera que es la competente para hacer esas calificaciones y tomar tales medidas.

Lo que significa que, habiéndose llamado a juicio por el delito de prevaricato cuando debió hacerse por el de usurpación de funciones, se debe, tal como se ha advertido repetidas veces en el curso de esta providencia, declarar nulo lo actuado desde el auto en que tal cosa se hizo inclusive, en adelante para que se reponga lo actuado desde entonces.

En providencia separada se calificará nuevamente el mérito del sumario para lo cual habrá de ordenarse que, una vez ejecutoriada la presente, vuelva el proceso a despacho.

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

Resuelve

DECLARAR NULO LO ACTUADO en el presente proceso a partir del auto de veintiséis (26) de febrero, por el cual se llamó a juicio al señor José Guillermo Castro Castro, inclusive y ordenar que se reponga, a partir de entonces, el proceso.

Una vez ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente a despacho para proveer.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secrtario.

Salvamento de voto

Como Magistrado sustanciador de este proceso, presenté en su oportunidad ponencia de llamamiento a juicio por delito de prevaricato atribuible al ex Gobernador del Departamento del Cesar, señor José Guillermo Castro Castro, ponencia que la Sala aprobó por unanimidad. Culminada la etapa del juicio, elaboré un proyecto de sentencia condenatoria que, sometido a la consideración de mis compañeros de Sala, fue rechazado con la tesis de que hubo error en la denominación jurídica del delito por el cual se dictó auto de proceder, pues en concepto de la mayoría los hechos imputables el procesado no configuran prevaricato sino usurpación de funciones públicas.

Como no estoy de acuerdo con este nuevo enfoque de la situación jurídica del procesado, debo consignar las razones que me impulsen a separarme de la opinión de mis colegas.

Afirma la mayoría como tesis central que la diferencia fundamental entre los delitos de usurpación, abuso de autoridad y prevaricato radica en que "mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo ilícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quien

lo ejecute". Pues bien, si se aplica esa tesis al caso sub judice *habrá de concluirse precisamente que el delito imputable al procesado es el de prevaricato y no el de usurpación de funciones porque de acuerdo con la prueba aportada y, particularmente, con la propia confesión del sindicado éste, dispuso la entrega de una mercancía (cigarrillos y licor) de contrabando, determinación esa de ostensible ilegalidad, independientemente de que la hubiese tomado el procesado en su carácter de Gobernador o el Juez Penal Aduanero de Santa Marta, cuya función habría usurpado aquel conforme al criterio de la mayoría de la Sala.*

Dice también la mayoría de la Sala que "tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido". Reconoce aquí la mayoría —y con razón— que puede cometer prevaricato el funcionario que se aparta en su decisión de los procedimientos legalmente señalados para llegar a ella (en este mismo sentido se pronunció la Corte en providencia de septiembre 6 de 1946, agosto 4 de 1953 y abril 21 de 1965). Pues bien, el procesado siendo competente conforme al Decreto 2144 de 1978 para investigar los hechos imputados a la señora Uhía de Pitre, incurrió sin embargo en muy serias irregularidades procesales en la tramitación previa a la resolución con que legalmente culmina esta clase de procesos administrativos. Sobre este punto decía la ponencia desechada por la mayoría: "La Resolución del 2 de julio de 1979 fue dictada por el procesado 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; solo consta que decomisados vehículo y mercancía, la señora de Pitre solicitó su devolución al Gobernador en escrito del 2 de julio de 1979 (Fl. 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 sub judice *y emitió la orden de entrega de la mercancía (Fls. 12 y 13, anexo 5).*

Preguntado sobre este aspecto de la cuestión el señor Cotes Fernández, comisionado para realizar la investigación correspondiente, apenas reconoce que elaboró el proyecto de resolución "basado en el informe escrito que remitió a la Secretaría de la Gobernación el señor Vicente Martínez, como visitador de la Contraloría", pero resulta que ese mal llamado informe se redujo a un simple avalúo de la mercancía decomisada, como lo indica aquel funcionario (Fl. 53, cdno. 4); y aunque Cotes afirma que además interrogó a la señora de Pitre, no hay constancia alguna de la práctica de dicha diligencia. Pero es que, ni siquiera el señor Cotes fue legalmente comisionado para instruir la investigación, ya que el propio Gobernador encargado, doctor López Vásquez reconoce que no dictó resolución alguna con tal finalidad (Fl. 32, cdno. 4). Pues bien, existiendo todas esas irregularidades, que el sindicado debió conocer, pues que sus dos inmediatos colaboradores se reunieron con él cuando le presentaron el proyecto de resolución para explicarle la situación, pese a ello insístese, emitió la providencia cuestionada en los términos ya conocidos.

Como quiera que, por este aspecto se configura también delito de prevaricato —aún con la tesis de la mayoría, dado que aquí no se cuestiona el contenido mismo de la resolución, sino la violación de las normas procedimentales para llegar a ella— síguese que era correcta la decisión que en este sentido proponía mi ponencia.

Estas son, en esencia, las razones que fundamentan mi respetuoso disentimiento de la providencia mayoritaria.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Debe decretarse cuando en la imposición de la sanción se violaron disposiciones que eran las aplicables, con menoscabo del principio de la legalidad de las penas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1982.

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

Magistrado Auxiliar: *Guillermo Moncayo B.*

Aprobado: Acta número 026.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González contra la sentencia de diez (10) de marzo de mil novecientos ochenta y uno (1981), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmó la de dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980), proferida por el Juzgado Quinto Superior de Cali, que había impuesto a los procesados la pena principal de veinte (20) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsables de homicidio agravado en la persona de Manuel Felipe Buriticá Hurtado y de robo, con base en el segundo veredicto emitido por el jurado de conciencia.

Resultandos

1. *Hechos que motivaron la acción penal.* Los sintetiza acertadamente el señor Colaborador, así:

"...Aparece de autos que la noche del 1º de agosto de 1976, los sujetos Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González escalando los muros de la fábrica de aliños 'El Gaucho', distinguida con el número 1-30 de la calle 38 de la ciudad de Cali, penetraron en su interior golpeando en la cabeza con arma contundente al celador Manuel Felipe Buriticá Hurtado, produciéndole la muerte por trauma cráneo encefálico. Acto seguido, lo despojaron de su revólver de dotación y se apoderaron de tres máquinas de escribir y una sumadora, elementos avaluados en suma superior a cuarenta mil pesos...".

2. *Relación procesal.* El 23 de agosto de 1976 fue capturado Phanor Alfredo Peña y puesto a disposición del Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal, despacho que el 30 de los mismos mes y año decretó su detención preventiva por estar comprobada la materialidad del homicidio y obrar la prueba requerida para tomar esa medida.

Humberto Valencia González, por su parte, fue emplazado y declarado reo ausente por auto de 3 de noviembre de 1976 y el 6 de diciembre del mismo año, capturado y luego detenido por auto del 14 del mismo mes.

Practicada la investigación, previo cierre del sumario, el Juzgado Quinto Superior, por auto de 14 de enero de 1977, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a los sindicados Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González, como autores del homicidio y robo agravados, y sobreseyó definitivamente en favor de Elmer José Peña, con base en lo dispuesto por los artículos 481 y siguientes y 491, del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Por auto de 20 de abril de 1977 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmó aquella providencia en todas sus partes, "reformándolo parcialmente en lo pertinente a las circunstancias agravantes del delito", para lo cual hizo la siguiente motivación:

"...Ciertamente hubo homicidio agravado que encuadra en las circunstancias de los numerales 2º, 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal, no así el numeral 6º *ibidem* que se refiere a otra clase de modalidades específicas, no concurren-

tes en este evento y con violación simultánea de los artículos 362, 397 (Ley 4ª de 1943) y 399 del Código Penal Colombiano, en concurso material el homicidio con el robo. La prueba incriminatoria, satisface los requisitos de ley para sostener dicho enjuiciamiento que la Sala confirmará, como lo solicita el Colaborador Fiscal..." (Fls. 193 ss.).

Abierto el juicio, se celebró la primera audiencia pública el 7 de octubre de 1977, en la cual el jurado contestó el cuestionario del Juzgado sobre la responsabilidad de los procesados como autores de los delitos agravados de homicidio y robo, por mayoría de votos, así: "Sí, sin el propósito de matar", para el primer ilícito y "Sí", para el segundo.

El Juzgado Quinto Superior, por auto de 26 de octubre de 1977, declaró claramente contrario a la evidencia de los hechos el veredicto emitido por el jurado en cuanto al delito de homicidio.

El Tribunal Superior, por auto de 13 de enero de 1978, confirmó aquella providencia en grado de consulta.

Convocado nuevo jurado, se celebró la correspondiente audiencia pública el 20 de noviembre de 1980, en la cual, por unanimidad, el veredicto declaró la responsabilidad de los procesados, como autores del homicidio, "en complicidad correlativa", contestando, de ese modo, el cuestionario que les acusaba de la comisión de un "homicidio con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, para preparar, facilitar o consumar otro delito y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, en compañía de otro sujeto".

Con fundamento en este segundo y definitivo veredicto, el Juzgado del conocimiento, por sentencia de 18 de diciembre de 1980, condenó a los procesados a la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsables de los delitos de homicidio y robo agravados, en complicidad correlativa.

Apelada la sentencia, el Tribunal, en fallo de 10 de marzo de 1981, la confirmó, aclarando "que la pena corporal impuesta a los convictos es de prisión y no de presidio, por estar suprimida la última modalidad, para estas infracciones, en el nuevo Código Penal".

A este respecto, dijo el Tribunal:

"...El homicidio está sometido en la actualidad a la pena de prisión, de 10 a 15 años, según el artículo 323, Código Penal, pero conlleva las circunstancias de agravación punitiva, previstas en el artículo 324 de la misma obra, numerales 2º y 7º que modifican la penalidad corporal entre 16 a 30 años de prisión y que se refieren a la consumación del hecho de sangre 'para preparar' otro hecho punible (el atentado contra la propiedad ajena) y 'colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad' al imposibilitar su defensa, cuando sigilosamente fue sorprendido y atacada gravemente su integridad personal hasta quitarle la vida...".

3º *La demanda de casación.* El señor apoderado de los procesados condenados, presentó dos demandas con el mismo fundamento y sustancialmente admitiendo los hechos investigados, pero reprochando el fallo con base en el ordinal 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o sea, porque "la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o está en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Para probar la causal indicada afirma que el enjuiciamiento fue por hurto y no por robo y al referirse al auto confirmatorio del enjuiciamiento, afirma:

"...No puede ser condenado como responsable de hurto el procesado a quien se enjuició por robo, porque el auto de proceder señala los límites de la acción penal y porque la discrepancia entre la sentencia y el auto de proceder, en cuanto a la denominación del delito, implica nulidad sustancial del procedimiento que origina un dilema, no entre dos condenaciones inevitables, sino entre una pena cierta y otra que solo es probable, pues dentro de las contingencias del juicio está la posibilidad de una absolución al repetirse éste...".

"...Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las normas propias de cada juicio...".

"...Tampoco hay relación de igualdad entre el auto enjuiciatorio y el fallo en lo referente a la sanción principal porque la honorable Sala decisoria, folio 361, debió recordar la fecha de acaecidos los hechos y partir, al dosificar la sanción, no de 16 años como lo hizo, sino de 15 como lo estatuía el artículo 363 del Código Penal de 1936 y aplicar, lo concerniente a una sola circunstancia de agravación y no a dos porque la primera, en este caso aquella que se refiere al

atentado contra la propiedad ajena —'para preparar otro hecho punible'— es la que convierte el delito de homicidio en asesinato, pues de lo contrario, si no hubiese existido esa segunda circunstancia de agravación, habría sido únicamente violación del artículo 362 y no 363...".

"...lo compruebo:

"...En el Código de las Penas y en lo pertinente, la norma enseña:..."

"...Artículo 363. El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

"...2. Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos...".

"...Vale significar, aún a costa de repetir, que si el hecho previsto en el artículo 362 *ibidem* se cometía con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos tomaba el nombre de asesinato u homicidio agravado y la sanción era de 15 a 24 años de presidio...".

"...Como la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos ya no se puede tener en cuenta, quiere ello significar, con toda claridad que cuando la honorable Sala hace mención a la circunstancia de agravación punitiva 'para preparar' otro hecho punible, esa circunstancia es la que convierte el homicidio en asesinato para una sanción de 15 años porque se debe, insisto, aplicar el Código de 1936 y el vigente en lo que atañe a lo favorable a los reos...".

"...Enseguida se agrega un año por la otra modalidad la de haber colocado a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, con lo cual se llega a la suma de 16 años de prisión...".

"...Como el honorable Tribunal popular les reconoció transacción legal de la complicidad correlativa, a esos 16 años o sea 192 meses se le restan 32 meses que es la sexta parte de que trata el artículo 385 del Código Penal, mencionado, para un total de 13 años y 4 meses de presidio...".

"...Por el delito contra la propiedad —artículo 397, modificado por la Ley 4ª de 1943— seis meses por la agravación referente a la cuantía otros seis meses para alcanzar a doce meses con lo cual se llega a la suma de catorce años y cuatro meses de presidio como sanción por los ilícitos y para los dos encausados...".

En conclusión, el casacionista pide casar la sentencia que ha impugnado y dictar la que debe reemplazarla.

4º *Respuesta del Ministerio Público.* El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, contesta la demanda, en lo pertinente, así:

"...El hecho de que el juzgador de segundo grado no hubiera acertado en el escogimiento de las normas infringidas respecto al delito contra el patrimonio económico no implica que el robo agravado se convierta en hurto simple, puesto que la descripción de tales conductas y su calificación genérica permanecieron intangibles...".

"...En los cuestionarios sometidos a consideración del jurado de conciencia, redactados con estricta sujeción al auto de proceder, se interrogó a los jueces populares sobre la responsabilidad de los procesados en los delitos de homicidio y robo, con las circunstancias de agravación punitiva ya señalados y si bien es cierto que el Código Penal de 1980 cambió la denominación de robo agravado por la de hurto calificado, la conducta imputada se ajusta al nuevo modelo penal...".

"...Ninguna desarmonía se advierte entre la sentencia acusada y el pliego de cargos toda vez que el fallo fue dictado de acuerdo con el veredicto dado por el jurado respecto a los hechos debatidos, y éste, a su turno, emitido, sobre cuestionarios que reflejaban fielmente —en su momento procesal oportuno— los cargos formulados en el vocatorio a juicio, razones por las que el cargo planteado bajo el ámbito de la causal segunda de casación resulta infundada y debe rechazarse...".

"...Ocurre, sin embargo, que en la tarea de dosificar la pena impuesta a los responsables, el Tribunal Superior de Cali señaló como normas infringidas los artículos 323 y 324, ordinales 2º y 7º del Código Penal de 1980, que reprimen en forma más gravosa el homicidio calificado (16 a 30 años de prisión, en vez de 15 a 24 que establecía el artículo 363 del Código Penal de 1936); y no obstante que citó como violados los artículos 349 y 350 del nuevo Estatuto Represivo que degradaban la penalidad para el delito de hurto calificado (anteriormente conocido como robo agravado), no les dio ninguna aplicación práctica...".

"...Tampoco tuvo en cuenta que la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, deducida por el juzgado del conocimiento como circunstancia de agravación punitiva para aumentar la pena impuesta a los acusados por el delito de homicidio, fue suprimida en el nuevo Código Penal orientado sobre la teoría de la culpabilidad.

Igualmente, pasó por alto que la cuantía de los objetos ilícitamente sustraídos a la fábrica de aliños 'El Gaucho' no está prevista en la nueva legislación penal como circunstancia agravante de culpabilidad...".

"...Es decir, que el sentenciador de segunda instancia al confirmar el fallo del Juzgado Superior, aplicó al caso juzgado normas posteriores desfavorables a los dos procesados y dejó de aplicar las disposiciones legales que les resultaban más favorables desconociendo de modo manifiesto el principio de favorabilidad de la ley penal consagrada en el artículo 26 de la Carta Política y reproducido en los artículos 6º de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, tal como lo puntualizó el demandante...".

"...Y si bien es cierto que éste no invocó la causal pertinente, empero, ofrece a consideración de la Corte los argumentos demostrativos del error anotado que constituye corolario de la violación directa de la ley sustancial...".

"...Tratándose de una nulidad insubsanable por desconocimiento de una de las garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que transmuta sus efectos a la sentencia impugnada, esa honorable Corporación oficiosamente debe declararla. El vicio que la afecta podrá corregirse casando el fallo acusado para que se dicte el que debe reemplazarlo atemperando la pena impuesta a los responsables...".

"...En mérito de lo expuesto, la Procuraduría Delegada comedidamente solicita a la honorable Corte Suprema de Justicia CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida a nombre de los procesados Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González y dictar la que debe reemplazarla...".

Considerandos

No constituye errada calificación de la denominación jurídica de la infracción el hecho de que en la parte motiva del auto de proceder se citen como aplicables disposiciones legales que no corresponden a los hechos declarados demostrados del proceso, si tales hechos son correctamente calificados con su denominación legal, mucho menos cuando, como ocurre en este proceso, la parte resolutiva de la providencia, en la que se concreta la acusación, contiene la correcta invocación de las normas que corresponden al delito, de conformidad con las exigencias formales que prescribe el inciso final del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

No aparece en el expediente, en efecto, como lo afirma el recurrente para solicitar a la Corte que case el fallo del Tribunal Superior de Cali, que los procesados Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González hubiesen sido condenados por el delito de robo, sin embargo de que en el auto de proceder habían sido acusados del de hurto.

Consta en el proceso, por el contrario, que en el auto de proceder confirmado por el Tribunal y tanto en los considerandos de la providencia como en la parte resolutiva, se acusó a los procesados de los delitos de homicidio y de robo, cometidos en concurso material.

a) En la parte motiva se afirma, en efecto, que:

"...para Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González, se dan los presupuestos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para llamarlos a responder en juicio con la intervención de jurado como coautores de los delitos 'del homicidio' y 'del robo' agravados por las especiales circunstancias en que se agotaron las infracciones según los numerales 3º, 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal, el primero, y el artículo 399 del Código Penal y los numerales 3º y 4º del artículo 404 del mismo Código, delitos que concursan materialmente de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal...".

b) Y en la parte resolutiva:

"...1. Llamar a responder en juicio criminal con la intervención del jurado a Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González, conocidos de autos, por los delitos 'del homicidio' agotado en la persona del vigilante de la fábrica de aliños 'El Gaucho', Manuel Felipe Buriticá Hurtado y 'del robo' en perjuicio del patrimonio de la misma fábrica, ocurridos en las instalaciones de la empresa ofendida en la calle 28 No. 1-30 de esta ciudad, la noche del 1º de agosto de 1976, hechos cuya calificación legal hace el capítulo II de la Ley 4ª de 1943 (Capítulo II, Título 16, Libro Segundo del Código Penal), en armonía con el Capítulo III, Título 1º, Libro 1º del mismo Código...".

En el cuestionario sometido al veredicto de los jurados de conciencia, de otra parte, se preguntó a éste si los procesados eran responsables, sí o no, "de haberse apoderado de cosas muebles ajenas que se guardaban en el interior de la fábrica de aliños 'El Gaucho' de esta ciudad, por medio de violencia a las personas y a las cosas; con escalamiento de muros, sobre objetos de valor

superior a diez mil pesos ($ 10.000) y colocando a la víctima que los vigilaba o guardaba en imposibilidad de obrar, al darle muerte; en virtud de hechos que tuvieron por escenario la fábrica ofendida de la calle 28 No. 1-30 de esta ciudad, la noche del 1º de agosto de 1976, y si eran responsables, sí o no, 'de haberla dado muerte a Manuel Felipe Buriticá Hurtado, a quien con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, para preparar, facilitar o consumar otro delito y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, en compañía de otro sujeto, le (ocasionaron) un trauma cráneo encefálico con instrumento inciso contundente que produjo fractura craneana con hemorragia consecuente y del cual da cuenta el protocolo de necropsia de f. 30; en virtud de hechos que tuvieron por escenario la calle 28 No. 1-30 de esta ciudad, en la noche del 1º de agosto de 1976".

La sentencia del Tribunal, finalmente, de conformidad con los cargos formulados en el auto de proceder y con fundamento en el veredicto rendido por el jurado de conciencia, condenó a los procesados como autores responsables del delito de homicidio agravado, en complicidad correlativa, y como responsables del de robo, también agravado.

Existe, en consecuencia, consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder y tanto con la parte motiva, en la que se especificaron las circunstancias de agravación, como con la parte resolutiva en la que, con sujeción a la ley, se produjo el llamamiento a juicio por el delito que correspondía, determinado con la denominación que le daba el Código Penal anterior en el respectivo capítulo, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenecía, ni señalar el artículo especial que se consideraba aplicable.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Tiene razón, sin embargo, el señor Colaborador Fiscal al sostener que en la sentencia de segunda instancia se determinó la pena a los procesados con violación de las disposiciones que les eran aplicables y, particularmente, agrega la Corte, con menoscabo del principio de la legalidad de las penas consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, conforme al cual, "aún en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado ex post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente", pues, como bien lo advierte la Delegada, el Tribunal Superior de Cali señaló como normas infringidas los artículos 323 y 324, ordinales 2º y 7º del Código Penal actualmente vigente, que son posteriores a los hechos y los reprimen en forma más gravosa (de 16 a 30 años de prisión), cuando ha debido aplicar las que establecía el artículo 363 del Código anterior bajo cuya vigencia fueron cometidos y los reprimían más favorablemente (de 15 a 24 años), además de que citando como violados los artículos 349 y 350 del nuevo estatuto, que redujo la pena para el hurto calificado, no dio a tales disposiciones aplicación práctica alguna, lo que significa que también quebrantó el principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y, como si todo ello fuera poco, dejó de lado el hecho de que el Código Penal vigente suprimió la circunstancia de agravación punitiva referente a la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, que había sido deducida en contra de los procesados en el fallo de primera instancia, según lo ordenaba el artículo 363 del anterior Código y nada dijo, por último, respecto de la cuantía del delito contra la propiedad, que no está contenida en el Código actual como circunstancia de agravación de la pena.

Se ha incurrido, en consecuencia, en una de las causales de nulidad de origen constitucional, por ello llamadas supralegales que, según reiterada doctrina, la Corte debe declarar de oficio, como habrá de hacerlo en este caso, disponiendo que el expediente se envíe al Tribunal de origen, para que éste proceda con arreglo a lo indicado por ella en cuanto a la determinación de las penas que constitucionalmente pueden ser impuestas a los condenados.

Por ello, 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 en cuanto a las penas en ella impuestas a los condenados con violación a los artículos 26 y 28 de la Constitución Política y dispone, en consecuencia, devolver el expediente para que el Tribunal Superior de Cali proceda a dictar la sentencia respectiva de conformidad con las consideraciones en que se funda esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto.

Estamos de acuerdo en cuanto a que se da el motivo indicado para casar el fallo. Pero en lo que se discrepa es en la consecuencia reconocida por la mayoría de la Sala. Esta, ajustándose rigurosamente al artículo 583-3 del Código de Procedimiento Penal, ordena devolver el expediente al Tribunal para que éste expida la sentencia de conformidad a las normas penales sustantivas que debió aplicar. Nosotros, por el contrario, estimamos que la Corte podía entrar a dictar el fallo de reemplazo. A este efecto señalamos esta breve argumentación:

1. Cuando se trata de un fenómeno anulatorio, no es dable tomar una determinación indiscriminada sin advertir las condiciones en que queda el proceso. Cuando éste tiene que rehacerse para poder proferir un fallo, obvio resulta que debe reponerse la actuación. A este fin propende, precisamente, el citado artículo 583-3. Pero cuando la actuación no presenta irregularidad alguna y la nulidad solo afecta, como en el caso examinado, el fallo recurrido, aparece igualmente lógico subsanar este yerro dictando el fallo pertinente, lo cual puede y debe hacer la Corte.

2. No se afecta el debido proceso. Repárese en que, si la declaratoria se hubiera hecho a petición del impugnador, invocando la nulidad constitucional que se ha admitido, se estaría atendiendo su pretensión y al acordar ésta en el fallo de sustitución, no podría hablarse de un menoscabo del derecho de defensa. Otro tanto acontece cuando la alegación dimana del Ministerio Público o corresponde a decisión tomada oficiosamente. La aplicación exacta del derecho no puede entenderse como contraria a las normas procedimentales. Lo demás es buscar una dilatación del proceso, con perjuicio de las partes, de la justicia pronta, de la economía procesal y de las finalidades propias de la casación.

3. Si el reconocimiento de las nulidades constitucionales es de doctrina, mal puede encontrar su solución exacta y fatal en el artículo 583-3 del Código de Procedimiento Penal. Habrá casos en los cuales es dable, por asimilación, tomar esta determinación. Pero otros, y el sub judice *es uno, aconsejarán medidas diferentes, sin que obligadamente se tenga que aplicar dicha norma, concebida para situaciones diferentes. La cuestión resulta más evidente cuando se advierte que la nulidad (violación del principio de legalidad de las penas, Art. 28, C. N.), bien puede refluir hacia la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que permite dictar el fallo de sustitución.*

Darío Velásquez Gaviria,

Gustavo Gómez Velásquez.

Abril de 1982.

TECNICA DE CASACION

Las actuaciones del Ministerio Público en sus diferentes grados o jerarquías constituyen un todo inescindible, en sede de casación, sólo cuando entre unos y otros existe armonía conceptual y no discrepancia ni disparidad de criterios, cuando se presentan ampliaciones y no rectificaciones, cambios o transformaciones entre lo sostenido por unos y otros. Cuando se presenta disparidad de criterios entre el Fiscal recurrente y la Procuraduría General de la Nación, ésta no puede corregir, esto es, enmendar, rectificar, depurar, componer, transformar, cambiar, etc., la correspondiente demanda

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 26 de 27 abril/82.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el Procurador Regional, en su carácter de Agente Especial en el proceso, contra la sentencia de 8 de septiembre de 1980, por la cual y previa revocatoria del fallo de primer grado el Tribunal Superior de Pereira absolvió a Ricardo Miller, Guillermo León Valencia Jaramillo, Orlando Cediel Ospina y Fernando Ospina Bernal, quienes habían sido condenados por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de presidio y multa de cincuenta mil pesos ($ 50.000) para cada uno, como procesadores de cocaína (Decreto 1188 de 1974).

1. *Los hechos.* La investigación se inició con base en un informe policial según el cual el 6 de septiembre de 1979 y como fruto de la estrecha vigilancia ejercida sobre un inmueble ubicado en el Kilómetro 4 de la carretera que va de Santa Rosa de Cabal a Termales y en la finca llamada "Tirtarama" de propiedad de Yolanda Jaramillo de Valencia, como se supo más tarde, se dio captura a Guillermo León Valencia Jaramillo, Guillermo Valencia Bravo, Aníval Ramírez Cardona, Javier, Fernando y Hernán Ospina Bernal, Orlando Ospina Vargas, Ricardo Miller y Luz Mary Franco Agudelo, en el momento en que se dedicaban al procesamiento de una "sustancia blanca pulverulenta" que parecía cocaína. Dicha sustancia arrojó un peso total de 68 libras y 980 gms. Se decomisaron vehículos y demás elementos y se tomaron muestras de la sustancia para los correspondientes exámenes de laboratorio.

2. *El proceso.* El Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal inició la investigación al día siguiente y correspondió al Juzgado Noveno de Instrucción Criminal, también dictar auto de detención para los capturados. El asunto quedó radicado en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal y allí fueron llamados a responder en juicio como infractores del Decreto 1188 de 1974 los indagados Ricardo Miller, Guillermo León Valencia Jaramillo, Orlando Cediel Vargas y Fernando Ospina Bernal. Los demás fueron sobreseídos temporalmente.

Celebrada la audiencia pública se produjo sentencia condenatoria de primera instancia para todos los enjuiciados el 1º de julio de 1980. Apelada esta providencia el Tribunal de Pereira la revocó y absolvió a los procesados en la sentencia objeto de la presente impugnación.

3. *La demanda.* "Alegamos la causal primera, inciso 2 del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación directa de la ley sustancial", dice la demanda en su encabezamiento y, al amparo de la causal así enunciada formula dos cargos, que son:

"Primer cargo. Consideramos que la sentencia acusada es violatoria de los artículos 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal y el artículo

38 del Decreto 1188 de 1974 por haberse incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas, en concreto, la conformada por los peritajes que se aportaron a los autos para acreditar el cuerpo del delito" y *"segundo cargo.* Violación de los artículos 216 y 218 del Código de Procedimiento Penal por haber incurrido el juzgador en error de hecho por falta de apreciación de otras pruebas que aparecen en el proceso".

Por el primer cargo considera el recurrente que las peritaciones de seis autoridades distintas configuran la prueba plena del cuerpo del delito y no permiten establecer la duda que llevó a la sentencia de absolución. Por el segundo, considera error de hecho en la apreciación de la prueba "el no tener en cuenta innumerables indicios que al ser concatenados unos con otros conforman o han debido conformar para el juzgador una prueba completa de los hechos juzgados...". Puntualiza en cuatro grupos tales indicios y cita en su apoyo fragmentos del libro "los indicios en el derecho procesal penal" de V. Gianturco, según traducción del doctor Julio Romero Soto.

4. *Actuación del Ministerio Público.* Dice el Procurador Primero Delegado en lo Penal que coadyuva la demanda pero considera que no es del caso ampliarla sino efectuar en ella algunas precisiones.

Así, para el primero de los cargos, dice que la sentencia se acusa no por violación directa como lo dice la demanda sino por violación indirecta del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, por falta de aplicación originada en manifiesto error de hecho, no de derecho como aparece en la demanda, consistente en que se omitió tener en cuenta "la apabullante prueba principal de la cual se deducía que la sustancia incautada a los procesados era cocaína". Agrega también como claro error de hecho al "atribuir valor a un examen pericial practicado en forma tardía y sin que los expertos hubieran tenido a la mano la sustancia incautada, pues sus conclusiones por estas razones carecían por completo de poder de convicción".

Frente al segundo cargo dice que "es correcto el enfoque dado en la demanda", pues el desconocimiento de la serie de indicios que señala el demandante constituye manifiesto error de hecho que llevó a la violación indirecta de la ley sustancial, etc.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo protestado y se dicte sentencia condenatoria.

5. *Alegato de la parte no recurrente.* Critica el defensor del procesado Fernando Ospina Bernal tanto la demanda del Procurador Regional como la posición que ante ella asumió el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues éste, en lugar de ampliar, única facultad que le concede la ley, se dedicó a hacer "precisiones" y "aclaraciones" no permitidas. Y, consecuencialmente, dice "y es que la demanda original del recurrente, plantea en forma incongruente y sobre todo contradictoria, en los dos supuestos cargos, la violación directa de la ley sustancial, al tratar de desarrollar o fundamentar la acusación, ataca los presupuestos fácticos de la sentencia, incurriendo así en inaceptable y elemental error de técnica de casación". Cita en su apoyo y en forma extensa varios fragmentos de jurisprudencias de esta Sala y termina por solicitar que no se case la sentencia impugnada.

6. *Las consideraciones de la Sala.* Cuando es *un Fiscal de Tribunal Superior quien interpone recurso de casación, o un Agente Especial que lo haya desplazado en el proceso como aquí acontece, debe tenérsele como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro de los términos que señala la ley según preceptúa el Art. 571 del Código de Procedimiento Penal. Esa demanda podrá ser ampliada por el Procurador General de la Nación agrega la parte final de la disposición en cita.*

Ampliar es dilatar, extender, agrandar, aumentar, pero nunca corregir, pues esto último equivale a enmendar o volver mejor y tiene como ideas afines, entre otras, las de rectificar, depurar, componer, transformar, cambiar, etc.

En el presente caso el Procurador Delegado toma la demanda del Procurador Regional (Agente Especial) para decir, y es frase suya, que la coadyuva, pero no la amplía sino que la precisa y, al proceder así, la convierte en algo distinto pues de la violación directa de la ley sustancial que inicialmente se aduce pasa a la violación indirecta por falta de aplicación y el error de derecho lo torna en error de hecho para confeccionar, de tal manera, una nueva y diversa impugnación.

Es cierto que desde la Procuraduría General de la Nación hasta las Personerías Municipales el Ministerio Público es uno solo, pero no menos cierto resulta que sus Agentes tienen funciones y facultades diferentes claramente indicadas por la ley de acuerdo con la posición que ocupan. De donde se infiere que sus actuaciones en un determinado asunto pueden no coincidir y aun llegar al antagonismo.

Si se toman las cosas como el Procurador Delegado las plantea se va más allá de la facultad de ampliación que le asiste porque coadyuvancia, palabra ésta que no aparece utilizada en la norma, es contribución o ayuda pero no enmienda o corrección. Si se toman sus alegaciones con prescindencia de las que aparecen en la demanda por considerarlas de mayor técnica y densidad, hipótesis ésta que bien puede invertirse con idénticos resultados, se sustitutye la persona y el cargo mismo de quien podía formular la impugnación y a quien la legislación en vigencia otorga el carácter de parte recurrente. Y, finalmente, si se intenta combinar lo que dicen uno y otro se desemboca en evidente contradicción precisamente porque no hay ampliación de la demanda primitiva sino transformación o cambio de la misma.

Antes de 1954 correspondía a la Procuraduría General de la Nación sustentar el recurso de casación interpuesto por un Fiscal de Tribunal Superior. A partir de la vigencia del Decreto 1154 de dicho año la intervención de la Procuraduría se redujo a la posibilidad de ampliar la demanda elaborada por el Fiscal recurrente y, en relación con el nuevo régimen procedimental, la Corte dijo: "Esta facultad, bien entendida, implica no sólo la de ofrecer más argumentos de los expuestos en el escrito respectivo o la de presentar otros motivos de casación dentro de la causal invocada —lo que equivaldría a reforzarla— sino la de acudir a otras causales distintas de aquellas de que se valió el Fiscal". (Casación de 31 de agosto de 1955, G. J. t. LXXXI, Pág. 253).

También ha dicho la jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público en sus diferentes grados o peldaños constituyen "un todo inescindible" y resulta cierto lo dicho si en ellas puede hallarse armonía conceptual y no discrepancia o disparidad de criterios, verdaderas ampliaciones en los términos dichos en el párrafo anterior, pero no rectificaciones, cambios o transformaciones. Lo indicado cuando se presentan estas actuaciones imposibles por parte de la Procuraduría es hacer a un lado ese aporte que, se repite, no constituye ampliación sino depuración o retoque que excede la función que la ley le asigna y examinar la demanda tal como fue presentada por la parte recurrente constituida por el Fiscal de Tribunal o por aquel que lo haya desplazado (Art. 28 de la Ley 25 de 1974, 106 del C. de P. P.).

Las precisiones indicadas por el Procurador Delegado para la demanda ponen de relieve los claros efectos de técnica que la aquejan y las contradicciones que trae. No resulta exagerado afirmar que lo dicho por el Ministerio Público en sede de casación equivale a un concepto adverso para la labor cumplida por el censor. Este, en su planteamiento inicial, común para los dos cargos que formula, habla de violación directa de la ley sustancial por error de derecho y controvierte la prueba que tuvo en cuenta el juzgador para fundamentar la sentencia como si se tratara de una violación indirecta por error de hecho. En el segundo de los cargos habla de error de hecho, pero referido siempre al enunciado inicial de error de derecho y de violación directa para caer nuevamente en la contradicción de alegar a un mismo tiempo dos vías inconciliables e ineficaces para demostrar el quebranto de la ley sustancial.

Valga lo dicho para concluir que la demanda, que tan precarias y contradictorias condiciones presenta, no resulta idónea para lograr la prosperidad del recurso.

Como consecuencia de los razonamientos 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Además de los requisitos formales de la demanda, por ser recurso eminentemente técnico, se requiere su idoneidad sustancial, esto es, la viabilidad de su estudio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 26.

Vistos

El procesado Benedicto López Galindo, recurrió en casación contra la sentencia de treinta de julio de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la dictada el veinticinco de marzo de ese mismo año por el Juzgado Trece Superior de esta ciudad, lo condenó a la pena de ciento treinta y cuatro meses de prisión por los delitos de doble homicidio y lesiones personales cometidos en concurso.

El recurso fue declarado admisible, mediante auto de veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (Fl. 2 del cuaderno de la Corte). Se aclara dicho auto en el sentido de que la fecha de la sentencia impugnada es treinta de julio de mil novecientos ochenta y uno y no treinta y uno de esos mismos mes y año como allí se dijo. Igualmente que los delitos por los que se le condenó al recurrente son los de doble homicidio y lesiones personales cometidos en concurso.

Su apoderado presentó, como demanda de casación, el escrito cuyo análisis pasa a hacerse para ver si se ajusta a las exigencias básicas que hagan imperiosa su tramitación, o si por el contrario ha de declararse desierto el recurso por ausencia de esos indispensables presupuestos.

El artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, dice que la demanda debe contener "un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

Estos son los requisitos que pudieran denominarse formales de la demanda, pero tratándose de un recurso eminentemente técnico, se requiere además su idoneidad sustancial, esto es, la viabilidad de su estudio, porque si palmariamente y ab initio *revela ella una ostensible e indesconocible contradicción en sus términos, se impone su rechazo* in límine, *por razones de lógica jurídica y economía procesal, puesto que de antemano se advierte su obligada improsperidad.*

Ha sostenido la Corte de manera uniforme y reiterada que la alegación simultánea de la violación directa y de la indirecta de la ley sustancial se excluyen, puesto que al paso que la primera exige la aceptación de los supuestos fácticos del fallo y de la apreciación probatoria que de ellos hicieron los juzgadores de instancia, la segunda, en cambio, permite discutirlos y desconocerlos.

También ha predicado la Corte con igual énfasis y similar reiteración que, cuando se trata de juicios en que interviene el jurado de conciencia, no es procedente acudir a la violación indirecta de la ley, dada la razonable amplitud de que disfrutan los jueces de conciencia para valorar la prueba. Se dice esto, por cuanto, si el veredicto no fue declarado contraevidente ni contradictorio, la sentencia tiene que ser dictada en consonancia con el mismo, so pena de incurrir en otro de los motivos de casación (artículos 519 y 580, numeral 2 del C. de P. P.).

Igualmente ha dicho la Corte con el mismo sello de firmeza, que, en tratándose de la violación directa, tampoco puede alegarse al mismo tiempo la aplicación indebida y la errónea interpretación, por contraponerse, ya que este último

concepto de violación presupone que la norma aplicada fue seleccionada adecuadamente, solo que se le dio un alcance que no les es propio.

Incongruencias de esta naturaleza son evidentes en el libelo que se analiza, como puede observarse de los siguientes apartes del mismo:

"Invoco pues, para efectos de la infirmación del fallo que nos ocupa, la causal primera prevista al artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al considerar que la decisión es violatoria de la ley sustancial, por *indebida aplicación* o *interpretación errónea* de la ley sustancial y *falta de apreciación de determinadas pruebas*" (subrayas fuera de texto)... "Esta versión de López decimos, se halla confirmada con prueba técnica cuyo análisis escapó al juzgador de primera y segunda instancia"... "Estos aspectos que considero de vital importancia y que reposan al expediente legalmente aportados, fueron ignorados por el fallador"... "La falta de apreciación de estas pruebas llevó, a no dudar, al fallador a omitir la imperiosa aplicación del ordinal segundo del artículo 35 del Código Penal derogado".

El recurrente no alega causal distinta de la primera.

No cabe, por tanto, duda de que se está en presencia de una demanda que no reúne, por las contradicciones anotadas, los presupuestos requeridos para tenerla como ajustada a los requisitos legales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto por Benedicto López Galindo contra la sentencia de fecha y origen referidos en la parte motiva de este auto.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Las decisiones del Jurado sólo requieren mayoría de votos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Magistrado Auxiliar: doctor *Miguel Chaves Rey.*

Aprobado: Acta número 26.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segundo grado de fecha 10 de diciembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se condenó a los procesados Hipólito y Luis Alfonso Moreno Mahecha, a la pena principal de 18 años de presidio (hoy prisión) y a las accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio cometidos en las personas de Campo Elías Moreno Moreno y Celestino Moreno Moreno, confirmando de este modo en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad, el 13 de septiembre de 1980.

Resultandos

1. Los hechos y la actuación procesal, fueron narrados en la instancia así:

"Dan cuenta los autos, que el día once de febrero del presente año aproximadamente a las siete y media de la mañana, iban los hermanos Campo Elías y Celestino Moreno Moreno, por el camino de la finca San Luis, en la Vereda de Rioseco, jurisdicción del Municipio de Vergara a esta población con unas bestias cargadas de panela, cuando en forma sorpresiva fueron atacados por varios sujetos, que según lo afirmado por Celestino, fueron los hermanos Jesús Alonso, Hipólito y Luis Alfonso Moreno Mahecha, quienes les hicieron disparos a su hermano Campo Elías, falleciendo instantáneamente y después Hipólito lo persiguió con un revólver, logrando huir, evitando así la misma suerte de su hermano".

El 16 de febrero de 1978, el Juez Promiscuo Municipal de Vergara puso en actividad el aparato jurisdiccional con el fin de descubrir a los autores y partícipes del crimen.

Dentro de esta actividad investigativa fueron vinculados mediante indagatoria y luego privados de la libertad mediante auto de detención precautelativa de fecha 17 de marzo, los hermanos Jesús, Luis e Hipólito Moreno Mahecha (Fls. 17, 19 y 21).

Agotada la investigación por competencia, le correspondió al Juzgado Sexto Superior, declararla cerrada mediante auto de 11 de agosto de 1978.

Una vez cumplido el trámite con las partes se procedió a la calificación del mérito del sumario con un llamamiento a juicio con intervención del jurado de conciencia, contra Jesús Alfonso Moreno Mahecha, Luis Alfonso Moreno Mahecha e Hipólito Moreno Mahecha, por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio cometidos en las personas de Campo Elías Moreno Moreno y Celestino Moreno Moreno, respectivamente.

La audiencia pública fue realizada el 27 de agosto de 1980 al término de la cual el jurado popular respondió a los cuestionarios en la forma siguiente:

Cuestión primera, que se refería a la participación delictuosa de Jesús Alfonso Moreno Mahecha, por unanimidad el *iure* respondió: "No es responsable". (Fl. 321).

Cuestión segunda, que se refería a la participación delictuosa de Luis Alfonso Moreno Mahecha, por mayoría de votos el *iure* respondió: "Sí

es responsable" y uno de ellos respondió: "No hay pruebas suficientes". (Fl. 322).

Cuestión tercera, que se refería a la participación delictuosa de Hipólito Moreno Mahecha por mayoría de votos el *iure* respondió: "Sí es responsable" y uno de ellos, respondió: "No hay pruebas suficientes". (Fl. 323).

Cuestión cuarta, que hace relación a la participación en el delito de Jesús Alfonso Moreno Mahecha por unanimidad el *iure* respondió: "No es responsable". (Fl. 324).

Cuestión quinta, que se refiere a la participación delictual de Luis Alfonso Moreno Mahecha por mayoría de votos el *iure* respondió: "Sí es responsable" y uno de ellos respondió: "No hay pruebas suficientes". (Fl. 325).

Cuestión sexta, que se refiere a la participación delictual de Hipólito Moreno Mahecha por mayoría de votos el *iure* respondió: "Sí es responsable" y uno de ellos respondió: "No hay pruebas suficientes". (Fl. 326).

Como fácilmente se advierte de las respuestas segunda y quinta, se refieren a la responsabilidad de Luis Alfonso Moreno Mahecha, en el homicidio consumado y tentado, en que estuvo implicado y de esto no cabe la menor duda.

De manera que el Juzgado del conocimiento no tuvo otra alternativa que dictar la sentencia de 3 de septiembre de 1980, en la cual condenó a Luis Alfonso e Hipólito Moreno Mahecha a la pena principal de 18 años de presidio y las penas accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios correspondientes por la infracción. En la misma decisión se absolvió al procesado Jesús Alfonso Moreno Mahecha en razón de los cargos que se le formularon en el auto calificatorio.

Recurrida la anterior decisión al Tribunal Superior fue confirmada en su integridad en fallo de 10 de diciembre de 1980, sentencia contra la cual es condenado Luis Alfonso Moreno Mahecha interpuso el recurso extraordinario de casación.

2. *La demanda.* El recurrente impugna la sentencia por la tercera causal de casación (Art. 580-3, C. P. P.), con un reproche cuyo contenido es el siguiente:

Según la opinión del recurente la sentencia de condena para Luis Alfonso Moreno Mahecha debe ser infirmada porque se fundamentó en un veredicto *inexistente* si se considera que el jurado de conciencia se desintegró al momento de emitir su respuesta —segunda— que no fue respondida por uno de los jurados *con un sí o un no,* formalidad ésta que no se cumplió.

Aduce el censor que, uno de los jurados no hizo pronunciamiento de responsabilidad ni para afirmarla ni para negarla lo que se traduce en la "desintegración" del jurado.

Alega que es ambigua la respuesta del jurado, cuando afirmó que: "No hay pruebas suficientes".

Precisa que solo dos jurados se pronunciaron sobre la responsabilidad. (Fl. 322).

Y finalmente, retorna a afirmar que el veredicto es inexistente y se asimila en casación a un veredicto contradictorio por lo que debe casarse y ordenar al juez convoque nuevo jurado.

3. *Respuesta del Ministerio Público.* Opina que "ninguna razón le asiste al impugnante en el cargo planteado y, por tanto, las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas".

a) Dado que no es cierto que el veredicto sea contradictorio e inexistente por las dos respuestas en que uno de los jurados dijo "no hay pruebas suficientes", pues, esto equivale a una absolución de acuerdo con el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

b) La ley no establece formalidad alguna al jurado al contrario, cuando el *iure* estime que el hecho se cometió en circunstancias diversas debe expresarlo así brevemente en la respuesta (Art. 535, *ibidem*).

c) Que las conclusiones las tomó el juez por mayoría de votos (Art. 536, *ibidem*). Y solicita no se case la sentencia.

Se considera

Ciertamente como lo anota el Ministerio Público con una certera implicación normativa en la ley de procedimiento que, no existe vicio alguno en la sentencia condenatoria proferida en contra de Luis Alfonso Moreno Mahecha, y por consiguiente, no procede deber distinto que mantener en firme la providencia, pues, los raciocinios jurídicos del señor Procurador Delegado constituyen acierto y merecen por esto, ser acogidos en su integridad.

Examinado más en detalle el argumento expuesto por el censor contra la veredicción, es necesario tomar en cuenta la regla de la "mayoría de votos" que tiene cabal cumplimiento y plena validez jurídica en los juicios con intervención del jurado de conciencia y entonces se concluye, que la respuesta "sí es responsable", por dos de

los integrantes del tribunal popular constituye la voluntad soberana de la ley y por tanto vinculante al poder-deber del juez en su decisión.

Que por lo demás es la reiterada doctrina de la Corte y en efecto, así se ha expresado:

"Por el hecho de salvar su voto uno de los jurados no debe concluirse que el jurado queda desintegrado. Aquel hecho indica solamente que el individuo que salvó su voto no estuvo de acuerdo con la opinión de la mayoría. (Sent. 14 de abril de 1843, LV, 362).

De otra parte, resulta grave error de técnica de casación alegar que el veredicto es contradictorio, cuando ese motivo no está contemplado dentro de las causales de casación por ser de exclusiva competencia del juez del conocimiento.

En suma, el cargo, mal formulado, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria, fechada el 10 de diciembre de 1980, proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD DEL SINDICADO

El Juez debe disponer inmediatamente la libertad del sindicado, cuyo auto detentivo ha revocado en relación con el proceso al cual está ligado

---

CONOCIMIENTO DE INFRACCIONES PENALES

Artículo 12 del Código de Procedimiento Penal. Obligación del funcionario o empleado público de iniciar investigación o poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente. (Providencia de abril 27/82, cuyo ponente es el doctor Alfonso Reyes Echandía, proceso contra el doctor William Sanz Suárez).

(Otra titulación: Libertad del sindicado)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 26.

Vistos

Mediante providencia del 10 de diciembre de 1981, el Tribunal Superior de Ibagué sobreseyó definitivamente en favor del doctor William Sanz Suárez, Juez Primero Penal del Circuito del Espinal; contra tal decisión el apoderado de la parte civil interpuso recurso de apelación.

Hechos

Dentro del proceso adelantado contra Julio Lamprea Charry, por delito de estafa, el Juez Primero Penal del Circuito del Espinal, después de haberle dictado auto de detención, que aquel apeló, en nueva providencia decretó su libertad pero condicionó la excarcelación a que el Tribunal expidiera la correspondiente orden. En esa misma investigación, el juez puso en conocimiento de las autoridades pertinentes con notable retardo hechos supuestamente delictivos que le fueron denunciados en diligencia indagatoria por Lamprea Charry.

Resultandos

1. Julio Lamprea Charry formuló denuncia penal contra el Juez Sanz Suárez con fundamento en dos acusaciones:

1ª Haber prolongado su detención a pesar de auto en que dispuso su libertad al resolver petición de excarcelación basado en el numeral 2º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, mientras el Tribunal tramitaba el recurso de apelación interpuesto contra el auto de detención proferido en su contra por el juzgado, y

2ª No haber dispuesto que se investigasen penalmente las imputaciones que en diligencia de indagatoria hiciera contra su denunciante César Augusto Salcedo y contra Genaro Arias.

2. Se allegaron al proceso en fotocopias diligencias y autos dictados en el sumario contra Julio Lamprea; se practicó inspección judicial a ese mismo proceso, se recibió ampliación de la denuncia y se demostró la calidad de juez con que actuó el sindicado. Con tales elementos de juicio el Tribunal profirió cesación de procedimiento por inexistencia de los delitos que se atribuian al procesado; apelada tal decisión, esta

Sala dispuso revocarla mediante auto del 15 de julio de 1981, y en su lugar, proseguir la actuación.

3. El Tribunal escuchó entonces en diligencia de indagatoria al sindicado y ordenó el cierre de la investigación. Al calificar su mérito, optó por sobreseerlo definitivamente del primer cargo porque "el funcionario actuó no con el propósito de demorar la excarcelación de Lamprea Charry, sino para llenar unas formalidades indispensables para el mismo fin y sin causar ningún perjuicio al detenido, pues, también era reclamado por otro Juzgado", y del segundo cargo porque tal hecho —haber retardado la orden de expedir copias para que se investigasen supuestos ilícitos que le fueron denunciados en diligencia de indagatoria— "no lo considera la ley penal como infracción", pues el artículo 174 del Código Penal solamente sanciona la conducta del funcionario "que no da cuenta a la autoridad" de un hecho delictivo, pero no la demora en hacerlo, demora que en este caso se debió a exceso de trabajo en el Juzgado.

4. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita confirmar el auto apelado en cuanto a la acusación por el delito de detención arbitraria con argumentos semejantes a los del *a quo* y revocarlo respecto del abuso de autoridad para que, en cambio, se disponga continuar por separado la investigación, pues considera que se trata de un hecho desconectado del anterior, y no se dan los supuestos jurídicos de un sobreseimiento definitivo.

Considerandos

1. Cuando esta Sala se ocupó de revisar el auto de casación de procedimiento emitido por el Tribunal de Ibagué, expuso así las razones que la llevaron a revocarlo: "Como quiera que los recursos que se conceden en el efecto devolutivo no suspenden el cumplimiento de la providencia recurrida ni impiden la normal continuación del proceso (Art. 354 del C. de P. C.), el juez sindicado no debía haber condicionado la libertad provisional decretada en favor de Lamprea Charry a una orden que en tal sentido impartiese el Tribunal que conocía del recurso de apelación interpuesto contra el auto de detención; por esta vía demoró cuatro días en disponer su excarcelación. ¿Por qué lo hizo? El denunciante dice que actuó así para perjudicarlo y por razones de enemistad personal, previas a la iniciación de tal proceso y que la condición deferida al Tribunal para hacer efectiva su libertad y el marconi subsiguiente fueron simples patrañas para ocultar sus verdaderos propósitos. Puesto que sobre punto tan crucial no se ha oído al sindicado en diligencia indagatoria, ni se ha investigado sobre las motivaciones de enemistad anotadas por el denunciante, necesario es continuar la actuación sumarial para despejar con absoluta claridad esta delicada cuestión". (Auto de junio 15 de 1981).

2. De acuerdo con esta decisión de la Corte era indispensable que la investigación se orientase en dos sentidos:

1º Conocer del juez sindicado las razones que lo llevaron a retardar el cumplimiento de su propio auto que disponía la libertad de Lamprea y a demorar sensiblemente la orden de compulsar copias para que se investigasen los probables delitos denunciados por el mismo Lamprea en su indagatoria, y

2º Investigar "sobre las motivaciones de enemistad anotadas por el denunciante" y que según él explicarían los comportamientos del sindicado.

Lamentablemente el Tribunal se limitó a practicar la diligencia de indagatoria del Juez Sanz Suárez y nada hizo para despejar el segundo importante interrogante, a pesar de que en su ampliación de denuncia el señor Lamprea relata con amplitud hechos antecedentes a los ahora investigados que, de ser ciertos, permitirían suponer situación de enemistad entre el procesado y los esposos Lamprea (Fls. 70 vto., 71 cdno. pl.).

3. Este reprochable vacío en la investigación impide llegar a conclusiones definitivas sobre la situación jurídica del procesado en cuanto a las reales motivaciones que lo llevaron a actuar en la forma en que lo hizo, que de suyo no es clara aún después de leer sus explicaciones. En efecto, en cuanto al retardo en la expedición de la orden de libertad no debía escapársele al conocimiento de que una apelación en el efecto devolutivo deja al *a quo* con poder decisorio sobre el proceso y el de que los autos de detención son susceptibles de revocación en cualquier momento; pero hay algo más en este asunto oscuro: es el propio auto de detención contra Lamprea, cimentado en supuestos tan delezoables que obligaron al propio Tribunal en la providencia en que lo revocó a estampar afirmaciones como las siguientes: "Si ya estaba establecida la relación entre Arias y Lamprea para esta clase de transacciones, no existía ni siquiera la remota posibilidad de que por el mismo medio se cometiera el delito de estafa que forzada y caprichosamente trata de tipificar el señor Juez Primero del Circuito Penal del Espinal"; y luego de criticarle

el sostener la tesis de que Lamprea cometió estafa con cheque postdatado girado por su esposa y que no fue pagado por cuenta saldada, eludiendo así el cumplimiento de sus obligaciones y fingiéndose en bancarrota, dice que tal afirmación se basa "en premisas equívocas por lo forzosamente acomodadas, lo cual lleva a la conclusión mentirosa que le sirve al juez para justificar la detención de Julio Lamprea, situación que se presenta más confusa si se tiene en cuenta que esta Sala tiene pleno conocimiento de la capacidad, de los conocimientos jurídicos y de la clara inteligencia del señor juez *a quo*". (Fls. 32/3, cdno. original).

4. *Que este hecho no configura delito porque no se le causó daño al detenido Lamprea en razón de que contra él pesaba boleta de captura para ser oído en diligencia indagatoria por otro juzgado, es tesis que la Sala no comparte, porque tal situación no hace desaparecer la obligación jurídica del juez de disponer inmediatamente la libertad del sindicado cuyo auto detentivo ha revocado en relación con el proceso al cual está ligado; liberado de éste, seguirá detenido por cuenta del funcionario que lo reclama; pero si el primer juez retarda la orden de libertad, esa demora lo perjudica porque durante dicho lapso se le ha conculcado al detenido el derecho de gozar de su libertad en sentido jurídico respecto del proceso en el que aquella le fue decretada, y consecuencialmente, se le ha vulnerado el derecho de que el segundo funcionario le decida su situación procesal dentro de los términos que la ley establece, lo que no podría hacer mientras no tenga a su disposición al procesado, por lo menos para los efectos de la diligencia de indagatoria. No puede, entonces, afirmarse como lo hacen Tribunal y Ministerio Público, que en tales casos el hecho deja de ser antijurídico.*

5. Respecto de la segunda acusación, considera la Sala, en desacuerdo con el criterio de la fiscalía, que sí existe conexidad con la primera. En efecto, el imputado es la misma persona; ambos hechos se produjeron en actuaciones adelantadas en el mismo proceso; la enemistad del juez con Lamprea que según éste existe, podría ser hilo conductor que subjetivamente liga una y otra situaciones, y finalmente, hay elementos de juicio comunes que facilitarían la investigación conjunta y dificultaría la acción de la justicia al separarlas.

Y en cuanto a la situación jurídica del procesado frente a este hecho, *yerra el Tribunal al sostener que la demora del juez en poner en conocimiento de otras autoridades la comisión de supuestas infracciones no está prevista en la ley como delito porque el artículo 174 del Código Penal, se refiere únicamente a la omisión de dar cuenta de ellas a la autoridad. Olvida el* a quo *—y es olvido inexcusable— el clarísimo texto del inciso primero del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual "el 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, la iniciará sin tardanza si tuviere competencia para ello; en caso contrario pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente..."; y olvida también el Tribunal el contenido del artículo 172 del Código Penal de 1936 (vigente para la época de los hechos), que sanciona la conducta del funcionario o empleado público "que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado".*

6. No hay, pues, lugar a decretar sobreseimiento definitivo en este proceso por ninguno de los dos cargos que se le hacen al sindicado; en su lugar se dispondrá uno de carácter temporal, para que durante la nueva fase sumarial se llama a declarar a las personas mencionadas por el señor Lamprea en su ampliación de denuncia (Fls. 70 vto. y 71 cdno. original), se practique diligencia de careo entre denunciante y sindicado, se allegue copia de la denuncia formulada ante el Tribunal de Ibagué contra el Juez Sanz Suárez el 20 de septiembre de 1980, según lo asevera el apoderado de la parte civil, y se practiquen todas las demás diligencias que permitan el real esclarecimiento de estos hechos.

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

Resuelve

REVOCAR el auto apelado y, en su lugar, sobreseer temporalmente al doctor William Sanz Suárez y disponer que se reabra la investigación para que durante el nuevo lapso sumarial se practiquen las diligencias puntualizadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUSENCIA DE VIOLACION A LA LEY PENAL

Lo que la ley erige en delito es el ejercicio del mandato cuando, simultáneamente, se ejercen funciones judiciales y no el sólo hecho de recibirlo y no renunciarlo o sustituirlo oportunamente

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1982.

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

Magistrado Auxiliar: doctor *Miguel Chaves Rey.*

Aprobado: Acta número 027.

Vistos

Practicada la indagación preliminar dentro de las diligencias adelantadas en averiguación de si los hechos atribuidos al doctor Carlos De Silvestri Rodríguez, podían configurar un delito de abuso de autoridad consistente en omitir, sustituir un poder que le había sido conferido, no obstante haber sido designado y haber actuado posteriormente como funcionario de la Rama Jurisdiccional en el Distrito Judicial de Santa Marta, de acuerdo con la denuncia que formuló en su contra el doctor Juan N. Payares De la Hoz, corresponde a la Corporación resolver si es el caso de abrir o, por el contrario, de abstenerse de iniciar investigación penal en relación con ese hecho.

Resultandos

El doctor Carlos De Silvestri, con poder que le había conferido la señorita Estebana Fonseca Roa, presentó ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Ciénaga, el día 5 de septiembre de 1967, demanda ejecutiva, con acciones preventivas, para que se condenara a José Escorcia Zamora al pago de la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000), más los intereses y costos del juicio.

El mencionado Despacho judicial, por auto del 7 de los mismos mes y año, decretó el embargo y secuestro de varios inmuebles y muebles de propiedad de Escorcia Zamora, con base en el correspondiente título de recaudo ejecutivo, que era una letra de cambio cuyo plazo había vencido desde el día 15 del mes inmediatamente anterior.

Luego de los incidentes propios de tales juicios, como el de tacha de falsedad del instrumento negociables, y de la solicitud de desembargo de los inmuebles, solo quedó embargado, como resultado de la actividad profesional del ahora denunciante, doctor Payares De La Hoz, el predio denominado "San José".

El doctor De Silvestri fue nombrado dos años después Juez Unico del Circuito de Ciénaga mediante Acuerdo número 64 de 13 de agosto de 1969 y, recién posesionado, al advertir que a su despacho se encontraba el negocio, dictó un auto por medio del cual se declaró impedido para conocer de él "por haber figurado como apoderado de la demandante y por enemistad manifiesta con el doctor Juan N. Payares (Art. 435, ordinales 5º y 15 del C. J.)", disponiendo, en consecuencia, remitir "el expediente al honorable Tribunal Superior de Santa Marta (Decreto 528 de 1964), artículo 44", como se hizo, en efecto, con Oficio número 52 de 3 de octubre de aquel año.

Con posterioridad a esos hechos el doctor De Silvestri fue designado Juez Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, mediante Acuerdo número 38 de 13 de agosto de 1971, oficina en la cual volvió a encontrar el expediente en el que se había declarado impedido, disponiendo en esta ocasión devolverlo al Juzgado de Ciénaga por haber dejado de ser juez de ese lugar y, por consiguiente, por haber desaparecido la causa de la radicación del asunto en el Juzgado de Santa Marta.

Finalmente, el doctor De Silvestri fue nombrado Magistrado de la Sala Civil —Laboral— del Tribunal Superior de Santa Marta, cargo

que actualmente desempeña, sin que, en tal carácter, hubiese tenido que ver con el negocio en el que había actuado, hacía aproximadamente quince (15) años, como abogado en ejercicio.

De los hechos anteriores, según el denunciante, "se colige que el doctor Carlos De Silvestri desde cuando recibió el poder hasta hoy no ha dejado un momento de ser apoderado", pues, "es apoderado quien acepta el mandato (y) el denunciado no solamente lo aceptó sino que lo ejerció", de donde concluye que el doctor De Silvestri, al actuar como apoderado de Estebana Fonseca Roa en el juicio contra Escorcia Zamora y, simultáneamente, como Juez Civil del Circuito de Ciénaga y de Santa Marta y como Magistrado de la Sala Civil —Laboral— del Tribunal Superior de Santa Marta, incurrió en actos que tipifican el delito de abuso de autoridad, desde luego que "aún continúa siendo apoderado en el mencionado juicio civil".

Considerandos

Es cierto que el doctor Carlos De Silvestri Rodríguez omitió renunciar o sustituir el poder que había recibido de la señorita Estebana Fonseca Roa cuando, dos años después, fue designado Juez Unico del Circuito de Ciénaga, pero esta omisión, además de constituir un acto de simple descuido o negligencia del abogado, le es imputable a éste como tal y no como juez o magistrado *los actos que para el funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público constituyen violación de la ley penal son aquellos propios del ejercicio profesional de los abogados, que consisten en actuar como mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogar en ellos, o aconsejar a las partes litigantes (Art. 179 del Código de 1936) o en litigar, gestionar o asesorar en asunto judicial, administrativo o policivo (Art. 157 del Código de 1980), actividades ninguna de las cuales se atribuye al doctor De Silvestri, ni como Juez de Ciénaga y de Santa Marta, ni como Magistrado de la Sala Civil —Laboral— del Tribunal de esta última ciudad.*

El fundamento de la demanda y el hecho en el cual el demandante considera que el doctor De Silvestri incurrió en violación de la ley penal, no se refiere al indebido ejercicio por parte de éste de actividades profesionales propias de los abogados, mientras, simultáneamente, ejercia las funciones de juez o de magistrado, sino a la circunstancia de no haber renunciado al poder que había recibido de la señorita Fonseca Roa al ingresar a la Rama Jurisdiccional del Poder Público en 1969, omisión de la cual el denunciante deduce que el Magistrado De Silvestri sigue actuando, junto con ese carácter oficial, como apoderado judicial de aquella, lo que no es cierto, sin embargo, en parte porque la ley penal, de manera expresa, ha dejado proscrita toda forma de responsabilidad puramente objetiva y, en parte, principalmente, porque lo que la ley erige en delito es el ejercicio del mandato cuando, simultáneamente se ejercen funciones judiciales y no el solo hecho de haberlo recibido y no haberlo renunciado o sustituido oportunamente.

Al respecto ha dicho la Corte:

"...Para que la infracción del artículo 179 del Código Penal, se configure, son indispensables las siguientes condiciones, sin las cuales no podría sancionarse:

"a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia entre las partes, y

"b) Que en esa controversia o juicio, el funcionario 'abogue', esto es, que asuma su defensa o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituirla...".

(Autos, 5 julio 1948, LXIV, 571; 30 mayo 1951, LXIX, 740; 25 septiembre 1951, LXXI, 179).

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

"...En la primera hipótesis de esta disposición, la existencia de un mandato y el ejercicio del mismo, es elemento indispensable para estructurar el delito; en la segunda, no se trata de ejercer un mandato ni de asumir funciones de apoderado en determinado negocio; el simple hecho de abogar de palabra o por escrito ante las autoridades civiles o administrativas, es lo que la ley considera como infracción penal; en la tercera, se prescinde de la intervención de los funcionarios ante las autoridades civiles o administrativas, y el delito se tipifica por el hecho de aconsejar, dictaminar u opinar en un negocio, a fin de que el dictamen, consejo u opinión sirva como norma de conducta a las partes litigantes...".

"...Por el artículo 179 del Código Penal, la ley garantiza la independencia absoluta de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público en la administración de justicia, y establece una incompatibilidad o impedimento legal para ejercer dos o más funciones a la vez: la de empleado público, por una parte, y la de mandatario, procurador, vocero, abogado o simple consejero, por otra...".

(Auto, 14 septiembre 1955, LXXXI, 272). Las subrayas, fuera del texto.

Lo hasta aquí expuesto no quiere decir, desde luego, que el entonces apoderado de la señorita Estebana Fonseca Roa, hubiese actuado correctamente al posesionarse como juez, sin antes haber renunciado o sustituido el poder que había recibido de ésta, diligencia propia de su actuación como abogado, que debió haber realizado para que otro profesional hubiese proseguido las gestiones que le habían sido encomendadas y que el doctor De Silvestri dejó abandonadas inexplicable y, al parecer, injustificadamente.

La falta disciplinaria correspondiente aparece descrita en el numeral 1 del artículo 55 del Decreto 196 de 1971, pero, infortunadamente, la acción correspondiente aparece ya prescrita.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de abrir investigación contra el doctor Carlos De Silvestri Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, en relación con estas diligencias y, por consiguiente, RECHAZA la demanda de constitución de parte civil presentada por el doctor Juan N. Payares De La Hoz.

Notifíquese y archívese el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION. CAUSAL 1ª

Error de hecho consistente en la debida apreciación o en la falta de apreciación de determinadas pruebas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 27.

Vistos

Argemiro Sánchez Zuluaga, quien fuera condenado en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Líbano, en sentencia de nueve (9) de abril del año pasado a la pena de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión por los delitos de hurto calificado y acceso carnal violento, providencia que fuera confirmada, en todas sus partes, por el Tribunal Superior de Ibagué por la suya de diecisiete (17) de junio del mismo año, interpuso contra esta última el recurso extraordinario de casación que le fue concedido por el *a quo* y declarado admisible por esta Sala, donde se ha tramitado debidamente, hasta que, agotado el rito, ha llegado el momento de decidir, a lo cual se procede previo el relato de los hechos y las consideraciones que se consignan a continuación.

Hechos y actuación procesal

Aquellos pueden resumirse diciendo que el 22 de noviembre de 1979 y a eso del medio día, se presentaron a la casa de Eudocio Bustos, ubicada en el Corregimiento de Murillo, Municipio del Líbano, tres sujetos que se hacían pasar por agentes de policía en cumplimiento de una misión oficial, lo cual fue creído por los moradores de la vivienda, quienes atendieron a los presuntos representantes del orden los cuales, ya en la tarde y después de haber manifestado que se trataba de un asalto, procedieron a apoderarse de todo lo de valor que encontraron y, no contentos con eso, abusaron sexualmente de María Custodia Uribe, una de las tres mujeres que allí vivían, siendo las otras dos, su hermana Rosa Irene de Cañón y la abuela de ambas Romelia Cubides de Bustos.

Estas tres personas reconocieron en rueda de personas a Argemiro Sánche Zuluaga como uno de los asaltantes y Rosa Irene manifestó, además, que lo conocía de antemano por haber sido su madre arrendataria en la finca de Pablo Urrego.

Iniciado el proceso por la Inspección Especial Departamental de Policía de Murillo, fue proseguido por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal y culminó en el ya mencionado Juzgado Segundo Penal del Circuito del Líbano, que profirió, con fecha 22 de agosto de 1980, auto de llamamiento a juicio contra Rigoberto Urrego Rozo por el delito de robo y Argemiro Sánchez Zuluaga por los de robo y violencia carnal, sobreseyó definitivamente en favor de Avelino López Alba y temporalmente en el de José Huber (sic) Triana Triana y de Jesús Agudelo Granados o Granada.

Apelada que fue esta providencia, el Tribunal la confirmó totalmente por la suya de 6 de noviembre del mismo año.

En ambas se señala a Sánchez Zuluaga como autor material de los dos delitos mencionados, a saber, el de robo (hoy hurto agravado) y el de violencia carnal (ahora acceso carnal violento) y a Urrego Rozo únicamente por el primero, basándose, en ambos casos, en el testimonio de los habitantes de la casa asaltada, en los reconocimientos ya mencionados y en la capacidad para delinquir mostrada por Sánchez Zuluaga, quien con anterioridad había sido sindicado por ilícitos contra la propiedad y condenado por el de hurto.

Es de advertir que en su declaración, Eudocio Benito Bustos, el dueño de la casa asaltada, en ampliación de su denuncia manifestó que con

posterioridad a los hechos había ido a ella la madre de Sánchez a rogarle que se arreglaran por las buenas, ofreciéndole que le daba cincuenta mil pesos y le entregaba un revólver que había sido robado al denunciante.

Además, la ofendida María Custodia Uribe expresó en una de sus intervenciones que, cuando la llamaron a reconocer al sindicado en mención, fue con su padre al cuartel de policía y en el patio del mismo vio a un individuo que estaba barriendo y en quien reconoció como la persona que la había violado, señalándolo después cuando la pusieron frente a la rueda de personas.

Por su parte Romelia Cubides de Bustos, quien también reconoció a Argemiro Sánchez Zuluaga como uno de los asaltantes, advirtió que cuando perpetró el asalto tenía bigote y en cambio se lo había afeitado al comparecer en rueda de personas.

De otro lado, Rigoberto Urrego Rozo, en ampliación de indagatoria y luego de haber negado en la primera vez su participación en los hechos investigados, la confesó, agregando que, en cambio, nada había tenido que ver en ellos Sánchez Zuluaga a quien dice haber conocido en la cárcel. Acusa a Hoover Triana y a Jesús Agudelo Granados de ser las personas que lo acompañaron en el asalto. No así Sánchez Zuluaga.

Otros declarantes afirmaron haber visto a este último en sitio distinto al de los hechos y, por supuesto, el propio procesado niega toda participación en ellos. Empero ni el juzgado ni el tribunal tuvieron por veraces esas afirmaciones y las desecharon.

El Tribunal, en la sentencia que se examina y transcribiendo la providencia enjuiciatoria, expresa que los testigos de cargo merecen entera credibilidad ya que en ellos no se nota el menor interés de favorecer a nadie ni, menos, de perjudicar al procesado.

También se apoya el fallo en los reconocimientos a propósito de los cuales afirma que son dignos de crédito, pese a que en algunos casos hubo reconocimiento anterior al de la diligencia pero, advierte, no puede olvidarse que se trata de individuos conocidos en la región.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Cuatro cargos formula el actor contra la sentencia recurrida y si bien con cada uno de ellos menciona una causal de casación distinta, es fácil advertir que las censuras están ubicadas en el segundo aparte de la primera de ellas, o sea por error de hecho consistente en la indebida apreciación o en la falta de apreciación de determinadas pruebas.

Se resumen a continuación y con ella la respuesta del Ministerio Público al conjunto de la demanda.

Primer cargo. Critica el demandante el hecho de haberse fundado la sentencia en los reconocimientos en rueda de personas, diligencias en las cuales, dice, no se observaron las formalidades legales por cuanto los reconocedores vieron primero a los presuntos reconocidos por haber la policía mostrado los presos a las personas que iban a participar en la diligencia.

El Procurador Tercero Delegado Penal, replica a este cargo y a los siguientes solicitando que se desechen por graves errores de técnica en el planteamiento de la demanda ya que toda ella se reduce, a su juicio, a la formulación de censuras vagamente presentadas y a citas de fragmentos que el actor considera aplicables al caso para insinuar la posible existencia de errores de hecho pero sin entrar a distinguir entre violación directa o indirecta de las normas penales, todo lo cual constituye fallas insuperables que lo llevan a la conclusión expuesta.

Segundo cargo. Lo hace consistir el autor en la falta de apreciación de algunas pruebas como la declaración de Wilfredo Trujillo, cabo de la policía, quien en una casa vecina a la de los hechos viera, la noche anterior a los mismos, a dos individuos de los que asaltaron la vivienda de Eudocio Bustos. Este declarante, añade, no fue llamado a ampliar su declaración sobre el caso, produciéndose así un vacío investigativo en el proceso.

Tercer cargo. Lo expone diciendo que no se apreció en debida forma la confesión de Rigoberto Urrego, quien aceptó su participación en los hechos, pero excluyó de la misma a Sánchez Zuluaga.

El Tribunal no acogió del dicho de este sindicado, sino la primera parte. No así la segunda, lo cual censura el actor como una violación a las normas que rigen la admisión o rechazo de esta clase de pruebas.

Cuarto cargo. Según el actor, el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba pericial rendida por el doctor Arnaldo Acosta Camacho sobre los rasgos

físicos de Argemiro Sánchez Zuluaga, por cuanto la descripción que hace del encausado es diferente a la que suministran las testigos Irene y María Custodia Uribe.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente la demanda no es un modelo de técnica, no solo por los motivos apuntados por el Ministerio Público sino, además, porque carece de la mención de las normas infringidas y no dice, obviamente, el concepto de la infracción.

Con todo, como se deja advertido, es fácil ver que el actor ha querido atacar la sentencia como violatoria, en forma indirecta, de las disposiciones sustanciales que contemplan esta clase de ilícitos y ha proyectado su censura en el ámbito de la segunda parte de la causal primera de casación, tachando de erróneas las conclusiones de la misma por falta de apreciación o apreciación indebida de algunas pruebas, es decir, por errores de hecho en la valoración de ellas.

La Sala va a examinar los cargos, en el orden de su formulación para ver si resultan aceptables o rechazarlos, en caso contrario.

Primer cargo. Para éste y los restantes, debe advertirse, de antemano, que la sentencia del Tribunal no solo se fundó en los reconocimientos en rueda de personas practicados con la presencia del recurrente y en que éste fue señalado como uno de los asaltantes, y más precisamente, como el sujeto que había sometido a acceso carnal violento a María Custodia Uribe, sino en las declaraciones de ésta, su hermana y sus abuelos, quienes conocían, desde antes, a Sánchez Zuluaga por ser habitante de la región donde todos residían y haber actuado dicho individuo sin disfraz de ninguna especie.

De otro lado, también se apoyó el *ad quem* en la capacidad de delinquir demostrada por este procesado, quien no solo había sido objeto de varias sindicaciones, sino condenado por delito contra la propiedad.

En estas condiciones, el hecho de que, al concurrir al cuartel de policía para la diligencia de reconocimiento, la ofendida y su hermana hubieran visto antes de dicha diligencia a Sánchez Zuluaga a quien tenían las autoridades barriendo un patio y lo hubieran reconocido de inmediato, no invalida el señalamiento que, momentos después, hicieron de él en la rueda de personas, ya que aquél primer encuentro no fue, como pretende el demandante, un acto preparado por las autoridades, sino puramente casual y nada hubo en él que pudiera falsear o hacer artificioso dicho reconocimiento por lo que puede decirse que esta prueba conservó todo su valor como elemento de convicción muy importante dentro del proceso.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. No corresponde a la realidad de la sentencia recurrida decir que expresó el Tribunal en ella su convicción de que Sánchez Zuluaga fuera el tercer componente del trío que asaltó la casa de Bustos basándola en el hecho de haberse hospedado otras tantas personas, la noche antes, en la de Avelino López Alba, porque en ninguna parte el Tribunal dice tal cosa y si el juez la consignó, no lo hizo así el Tribunal que razonó sobre otras bases (las que se dejan expuestas) y, por lo tanto, no es merecedor de esta censura que, por lo mismo, debe ser desechada.

Tercer cargo. No es cierto, como lo pretende el actor, que la confesión de un sindicado no pueda, en ningún caso, dividirse. Claramente establece el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, que la confesión se presume verídica "mientras no se presente prueba en contrario", es decir, mientras no haya elementos de convicción que la desvirtúen en todo o en parte.

Que es lo que ha ocurrido en el presente caso, pues las pruebas tantas veces mencionadas echan por tierra el dicho de Urrego Rozo de que Sánchez no estuvo en el asalto, fuera de que ya antes había manifestado que él (Urrego) tampoco había tomado parte en el mismo, actitud esta que le resta credibilidad a su posterior afirmación, en sentido contrario, permitiendo suponer que su presunta confesión no fue sino un subterfugio para favorecer a su compañero de andanzas delictivas.

Así, pues, tuvo razón el Tribunal al desechar esta prueba por su falta de confiabilidad y cae, entonces, la censura que se deja examinada.

Cuarto cargo. La discrepancia entre la descripción que alguién hace de una persona y la que suministran otras, no puede ser base por sí sola para censurar por error de hecho una sentencia que se base parcialmente en estas últimas porque, como es bien sabido, no es fácil que dos personas describan exactamente de una misma manera a un individuo ya que eso depende de las condiciones objetivas y subjetivas de la captación de la imagen, de las de tiempo y circunstancias de la conservación del recuerdo y, finalmente, de aquellas en que se hace el reconocimiento judicial.

En el caso de autos, el procesado Sánchez Zuluaga trató de cambiar su apariencia afeitándose el bigote, fuera de lo cual fue reconocido no por uno sino por varios de los habitantes de la casa asaltada quienes, como se deja dicho, lo conocían de tiempo atrás y así lo manifiestan en sus declaraciones.

Con base en éstas y no solo en los reconocimientos, el Tribunal llegó a la misma conclusión del Juzgado en el sentido de que el individuo reconocido en rueda de personas, era el mismo que, en unión de otros dos, había asaltado la casa y violado a una de sus moradoras, conclusión perfectamente atendible y que, por lo tanto, no puede calificarse de errónea.

No se acepta, en consecuencia, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION. CAUSAL 4ª. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR ERROR EN EL AUTO DE PROCEDER EN EL NOMBRE Y APELLIDO DEL RESPONSABLE Y POR VICIOS EN LA INTEGRACION DEL JURADO DE CONCIENCIA

No es el simple error en cuanto al nombre y apellido del responsable lo que genera nulidad del proceso, sino la imposibilidad de determinar su identidad física.

Causales de nulidad en los juicios en que interviene el jurado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 30 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Abogado Asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 27 (29 de abril/82).

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación que el defensor del procesado Omar de Jesús Ortiz Vélez, propuso contra la sentencia de 7 de noviembre de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar sin modificaciones la dictada por el Juzgado Catorce Superior de esta ciudad el 10 de julio del mismo año, condenó a aquél a la pena principal de diecisiete (17) años de presidio (hoy prisión), a las accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios derivados de los delitos que le fueron imputados, o sean los de homicidio agravado en José Abel Charry Díaz y lesiones personales en Luis Mariano Charry Díaz.

El recurso se admitió por auto de 3 de marzo de 1981, y, dentro del término legal, fue presentada por el recurrente la demanda respectiva, la que en su oportunidad se declaró ajustada a las prescripciones de ley (Fls. 2 y 24 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

En breve síntesis, pero acorde con la realidad procesal, el Tribunal los presenta así:

"...En las horas de la tarde del cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, el señor José Abel Charry Díaz se trasladaba cabalgando en una yegua de la cabecera del Municipio de Pulí al sitio denominado Talipe. Lo acompañaban a pie su sobrino Luis Mariano Charry y los menores Néstor Eduardo, Milton Darío y William Molina, quienes arreaban unas reses. En el camino se sumó al grupo un individuo desconocido, quien pronto entabló conversación amistosa con el jinete para más adelante, en la Vereda 'Loma Larga', disparar sorpresivamente en su contra y por la espalda, una pistola, causándole lesiones que determinaron su deceso en forma inmediata. En vista de lo anterior, Luis Mariano Charry trató de aprehender al agresor con el resultado de que éste en el curso del forcejeo que sostuvieron le causó heridas con una piedra y luego huyó dejando abandonado el maletín de color verde que llevaba consigo...".

En lo tocante a la actuación procesal, conste que, con fundamento en la diligencia de levantamiento del cadáver, el Juzgado Promiscuo Municipal de Pulí inició el sumario el 4 de marzo de 1974 y que de éste se hizo cargo posteriormente el Juzgado 26 de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Bogotá, hasta quedar radicada definitivamente la competencia en el Juzgado Catorce Superior de esta ciudad, el cual decretó la detención preventiva de Omar de Jesús Ortiz Vélez u Omar Ortiz Vélez "como incurso en el delito de homicidio en la persona de Abel Charry Díaz". Posteriormente cerró la investigación y la calificó con llamamiento a juicio del procesado no solamente por el homicidio que había dado mérito para su detención precautelar, sino también por el de lesiones personales en Luis Mariano Charry Díaz (Fls. 2, 204 a 209, 385 y 398 a 418 del cuaderno principal).

En el período probatorio de la causa fueron practicadas algunas pruebas solicitadas por la defensa, y a petición del señor Agente del Ministerio Público, se ordenó el avalúo de los perjuicios ocasionados con las infracciones investigadas. Celebrada la audiencia pública, concluyó con la afirmación del jurado respecto de la responsabilidad del procesado tanto por el homicidio como por las lesiones personales, veredicción que, al ser acogida por el juez del conocimiento, sirvió de sustento al fallo dictado por éste y, consiguientemente, al del Tribunal, materia del recurso extraordinario. (El jurado estuvo integrado por las siguientes personas: Luis Guantibonza Vargas, Alfonso Quimbayo Rubio y Luz Stella García).

La demanda

Propone las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo formula en su orden uno y dos cargos contra la sentencia del Tribunal, así:

Causal primera. Cargo único:

Violación indirecta de la ley sustancial.

Así lo formula: "La violación de la ley, en la sentencia recurrida, proviene de apreciación errónea en las pruebas en que se fundamenta la providencia en mención, habiéndose incurrido en un error de derecho, el cual aparece manifiesto en los autos".

Entiende por error de derecho, en concepto que dice haber tomado de la "Biblioteca de Autores Españoles y Extranjeros", "no aplicar la norma de conformidad con los hechos investigados".

Por eso dice que el error del juzgador consistió en que dio por demostrado, sin estarlo, que su representado Omar Ortiz Vélez, es el autor penalmente responsable de los delitos que se le atribuyeron y que cayó en ese error "porque no apreció, no analizó las pruebas de conformidad con la sana crítica y el buen criterio jurídico que debe animar al juzgador en bien de la recta administración de justicia y protección de los intereses ciudadanos". A continuación impugna la apreciación y valoración que el fallo hizo de los principales elementos de juicio que obran en el proceso.

De allí deduce la violación de los artículos 215, 216 del Código de Procedimiento Penal y 37 del Código Penal.

Concluye solicitando la infirmación del fallo y la absolución de su representado.

Causal cuarta. Nulidad de la sentencia por error en el auto de proceder en el nombre y apellido del responsable y por vicios en la integración del jurado de conciencia.

Cargo primero:

El proceso es nulo, con arreglo al numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, debido a que en el auto de proceder se habla de "Omar de Jesús Vélez Ortiz" u Omar Ortiz", siendo que el verdadero nombre del procesado, como se desprende de las diligencias de indagatoria y del reconocimiento en fila de personas, es el de Omar Ortiz Vélez.

En demostración del supuesto error el actor cita el caso del reconocimiento en fila de personas, para el cual llamaron a Omar de Jesús Ortiz Vélez, nombre bien diferente de Omar Ortiz, su defendido, y agrega que tanto en la Cárcel Modelo como en La Picota, al igual que en el Directorio Telefónico, "existen muchas otras personas con los mismos nombres y apellidos", lo que hace suponer la equivocación respecto del nombre del incriminado y el consiguiente vicio de nulidad.

Cargo segundo:

El proceso es nulo, conforme al artículo 211 del estatuto de procedimiento penal, por no haber sido reemplazado uno de los integrantes del jurado, siendo que procedía hacerlo; por aparecer dentro del grupo de los seleccionados una persona no incluida en la lista correspondiente; y por existir equivocación respecto de los nombres de los seleccionados.

Para el demandante, la actuación en este proceso está viciada de nulidad por las siguientes razones:

a) Porque Luis Eduardo Matamoros Aponte, quien fue sorteado jurado de conciencia por el Juzgado para esta causa y posteriormente excluido por el Tribunal de la lista de personas llamadas a prestar ese servicio, no fue reemplazado como correspondía hacerlo;

b) Porque al solicitar certificación al Tribunal sobre las personas que podían ser miembros del jurado, aquella entidad respondió que no había podido encontrar copia de las listas correspondientes a los años de 1974 a 1979, y

c) Por cuanto, si en el Tribunal no fue hallada la lista de las personas de entre quienes el Juzgado del conocimiento debía seleccionar los jurados, ello significa que los escogidos no solo no aparecían en la lista elaborada por el Tribunal, sino que "para la fecha de elección de jurados

en este proceso no se podía saber quiénes conformaban la lista".

En apoyo de esta censura acompaña al libelo copia de la certificación del Tribunal a ese respecto.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de acoger la relación que de los hechos hiciera el Tribunal, como de compendiar la actuación procesal y los cargos de la demanda, solicita desechar el recurso con fundamento en apreciaciones a las que aludirá la Sala al referirse a los motivos de censura, pues las estima valederas.

Consideraciones de la Corte

La metodología propia del recurso extraordinario de casación, como lo tiene establecido esta Corporación y lo recuerda el Procurador Delegado, impone el estudio de la demanda comenzando por los cargos referidos a la causal cuarta, pues es apenas obvio que de tener éxito alguno de ellos se haría innecesario el examen de los demás motivos de impugnación.

Causal cuarta. Cargo primero:

Acierta el Procurador Delegado cuando, después de afirmar que es doctrina de esta Sala la de que no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que genera la nulidad del proceso sino la imposibilidad de determinar su identidad física, concluye:

"En el presente caso ... no existe tal error, porque el actualmente condenado y recurrente, fue identificado físicamente y reconocido sin vacilaciones por quienes lo vieron en el lugar de los hechos, sin dubitación alguna; así la acusación resulta concreta, se determinó suficientemente la persona a quien se atribuyó la conducta delictuosa y, consecuentemente, no puede admitirse nulidad por el aspecto indicado, sin que por otra parte se precise lesión o perjuicio alguno para el procesado por el motivo alegado, dadas las circunstancias expresadas...".

Agréguese a lo anterior que en la parte motiva del auto de proceder reiteradamente se alude a "Omar de Jesús *Ortiz* Vélez" u "Omar *Ortiz*", éste es, a los apellidos que dijo el procesado en su indagatoria que eran los suyos (Fls. 398, 402, 406, 410, 412 y 415). Fue en la parte resolutiva, donde se hizo la equivocada inversión de uno de ellos. Pero no queda duda de que el juez se refirió a una misma persona en la providencia enjuiciatoria, máxime que éste, en sus dos partes, la considerativa y la resolutiva, confirma una unidad jurídica.

Es que lo que en verdad interesa no es tanto el nombre cuanto la individualización del procesado, esto es, la certeza de que se está en presencia de quien realizó los hechos delictuosos que se investigan.

De allí que el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal preceptúe que "la imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona".

Comentando y precisando el alcance de esta norma, dijo la Sala en sentencia de 25 de septiempre de 1979:

"La norma transcrita recoge la diferencia que hay entre individualización e identidad y que es suficientemente conocida en criminalística. Disciplina ésta estrechamente vinculada al procedimiento penal, como bien se sabe. El español Manuel López-Reyes Arrojo puntualiza esa diferencia, con innegable acierto, de la siguiente manera:

" 'Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concresión de una persona por la reunión de una serie de elementos que provienen de ella misma y que se refiéren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral.

" 'Identificar es algo que se halla íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe conducir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido'. ('Criminalística'. Enciclopedia Omeda. Tomo V., Pág. 119).

"Al decir 'identidad física' el artículo 114 se refiere a la individualización o, lo que es lo mismo, al 'quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción', que se encuentra en el punto 2º del programa mínimo investigativo que puntualiza el artículo 234 del Código de Procedimiento

Penal, y cuando alude al verdadero nombre y apellido y las otras generalidades se remite a su identificación. Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en la afirmación: 'Este y no otro'. Por la segunda, se agregan a esa individualización, el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 que consigna 'reglas para la recepción de indagatoria'.

"Lo que importa, en consecuencia, para que no se retarden ni suspendan la instrucción, el juicio y la ejecución en su caso, es la individualización o identidad física del procesado. Por tanto, si sobre ella no existe duda, mal puede darse la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, ya que esta norma, y así queda demostrado, no se refiere al simple error en cuanto a nombres y apellidos del procesado, sino a una confusión de gran magnitud, que de allí derivada, lleve vacilación suficiente que coloque a la justicia ante la horrorosa posibilidad de condenar a un inocente. Para la identidad, entendida como una yuxtaposición de datos, posterior a la individualización, existe el artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, que impone al funcionario de instrucción el deber preferente de practicar las pruebas conducentes para precisarla en cualquier estado del sumario cuando surgieren dudas al respecto".

Como los principales testigos aludieron a Omar de Jesús Ortiz Vélez u Omar Ortiz como la persona a quien atribuían los hechos que refirieron a la justicia y lo reconocieron en rueda de personas, no queda duda en cuanto a su identidad física y su relación con los hechos.

El cargo no prospera.

Cargo segundo:

Es cierto que *en los juicios en que interviene el jurado son causales de nulidad, fuera de las previstas en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, para la generalidad de los procesos penales, las que establece el artículo 211* ibidem, *vale decir "reemplazar ilegalmente, en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo"; "figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente"; y "haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal que no pueda saberse quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado".* Pero en el caso que ahora se estudia no concurre ninguno de esos motivos de nulidad, como pasa a exponerse.

En efecto, Luis Eduardo Matamoros Aponte fue excluido de la lista de jurados por el Tribunal Superior de Bogotá mediante su Acuerdo número 20 de junio 26 de 1978, determinación que se le informó en Oficio número 220 de 30 de junio de ese año (Fl. 589 del cuaderno principal). Pero cuando fue sorteado y notificado formaba parte de esas listas, como hay que deducirlo del acto de exclusión. Ese sorteo y notificación ocurrieron el 7 de octubre de 1976 y el 28 de abril de 1977, respectivamente, esto es, en fechas anteriores a su exclusión (Fls. 491 y 498 *ibidem*).

Luego, ninguna tacha ostentó su selección como jurado para actuar en esta causa.

No lo hizo, porque ya para la fecha de la audiencia (29 de mayo de 1980 - Fl. 613 *ibidem*) no formaba parte de las listas. Actuaron otros de los nombrados, porque para eso la ley prevé el escogimiento de jurados principales y suplentes con el fin de que exista siempre la posibilidad de realizar las audiencias públicas.

No puede olvidarse que esta causal de nulidad tiene su limitación en el tiempo para ser alegada (artículos 211, numeral 1º y 544 del C. de P. P.) y que el defensor del procesado en las instancias, el mismo que ahora recurre en casación a su nombre, no presentó en oportunidad la solicitud de reemplazo de ese jurado.

Así se refiere a este aspecto el Procurador:

"Además, cabe agregar, que aunque el señor apoderado intervino en la diligencia inicial de sorteo en su calidad de defensor (Fl. 491) y tuvo conocimiento de las decisiones posteriores en cuanto a sorteos parciales, providencias debidamente notificadas, como también de la forma como se integró el jurado ya que interviene en la audiencia, no presentó en oportunidad reclamo alguno, en el trámite de primera instancia, formulando esta observación en forma breve y sin fundamentación suficiente al alegar en segunda instancia (Fl. 4, cuad. 4); y la norma procesal señala un término concreto para pedir el reemplazo de jurados impedidos o respecto a quienes se observare irregularidad (Art. 544 C. de P. P.), sin que se presentare dentro del mismo, petición alguna de las partes, ni de la defensa; lo cual no contribuye ciertamente a demostrar la acusación referida" (Fls. 32 y 33 del cuaderno de la Corte).

En cuanto a la inexistencia de listas de jurados, deducida de la constancia expedida por la Secretaría del Tribunal, y los posibles vicios de nulidad que de esa circunstancia pretende derivar el actor, por estimar que, entonces, los sorteados no figuraban en las listas de jurados del Juzgado del conocimiento y que hubo, por lo mismo, equivocación o confusión en su escogimiento, cabe observar que lo que puede inferirse lógicamente de las actuaciones procesales es lo contrario, esto es, la existencia de dicha lista. La diligencia inicial de sorteo de jurados, a la cual concurrió el defensor y ahora recurrente, además del Fiscal, hace suponer fundadamente que la selección de los jurados se sizo con apoyo en la correspondiente lista (Fl. 491 del cuaderno principal). De no haber sido así, se habría producido inmediatamente la objeción del defensor o del representante del Ministerio Público a esa diligencia.

Por manera que si en el Tribunal no fue encontrado el libro de asiento de las actas contentivas de las elecciones generales de jurados, ello no puede indicar otra cosa que o la Secretaría de esa Corporación no estaba dando cumplimiento a lo ordenado por el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 523, o que el libro se extravió, pero nunca, como es lógico, que en el Juzgado Catorce Superior no existiera la lista pertinente.

Y si, de otra parte, ninguna constancia en contra se dejó en la diligencia de sorteo, en la cual se anotó a qué nombre correspondía cada una de las fichas inseculadas, y debidamente numeradas, es por cuanto se hizo su confrontación con la lista, como lo dispone el artículo 540 del Código de Procedimiento Penal (Fl. 491 *ibidem*). En la misma forma se procedió en los sorteos parciales (Fl. 510, 525 y 555 *ibidem*).

No se advierte, por lo mismo, dónde pueda existir la confusión que plantea el recurrente y que no entra a comprobar, ya que no estaba en condiciones de hacerlo, pues la realidad de la actuación procesal denota lo contrario.

Se desestima la censura.

Causal primera. Cargo único:

No está llamado a prosperar, pues ha sido alegado en un juicio en que intervino el jurado de conciencia y, como es suficientemente sabido, en esas circunstancias no puede invocarse la violación indirecta de la ley por errores en la apreciación de la prueba, que es lo que hace el censor, dada la razonable amplitud que asiste a los jueces populares para valorarla y la exigencia legal de que la sentencia esté en consonancia con la veredicción del jurado, salvo que se le declarase contraevidente o contradictoria.

Acierta entonces el Ministerio Público cuando dice a este respecto:

"Conviene anotar en primer término respecto a esta acusación, que de conformidad con el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal '...en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate...'.

"Significa lo anterior que el fallador no puede desantender el veredicto de los jueces de conciencia, para entrar a fallar con directa apreciación de la prueba y con prescindencia del pronunciamiento de aquellos; por manera que la petición de la demanda de absolver al procesado, sin atender la respuesta del jurado, es claramente improcedente.

"Por tal motivo tiene amplio fundamento la jurisprudencia de la honorable Corte en el sentido de que en los juicios con intervención del jurado es inadmisible la invocación de la causal primera por violación indirecta de la ley en razón de errores de apreciación probatoria sobre la responsabilidad del procesado, pues implicaría desplazar al jurado contra lo previsto claramente en la ley y desconocer su autonomía; o entrar a hacer una declaración de contraevidencia que no está prevista en el recurso de casación y corresponde únicamente a los falladores de instancia conforme a las normas procesales, suficientemente expresas al respecto; interpretación la anterior reiterada a través de muy numerosos fallos" (Fls. 35 y 36 del cuaderno de la Corte).

Se desestima el cargo.

En virtud de las precedentes consideraciones, 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, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TIPIFICACION DE LOS PUNIBLES

Detención arbitraria. Prolongación indebida de la detención y abuso de autoridad. Captura y citación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 28.

Vistos

Por vía de apelación conoce la Corte del auto de 17 de septiembre de 1981, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín se abstuvo de iniciar sumario contra la doctora Caridad Eugenia González, Juez Segundo Penal Municipal de Barbosa (Ant.), en razón de los cargos que, por detención arbitraria, prevaricato y abuso de autoridad, le atribuyó el abogado Hernán Darío Velásquez Gómez. En la misma providencia dispuso la expedición de copias para efectos de la correspondiente investigación disciplinaria en razón de los cargos que también le formuló el doctor Velásquez Gómez a la Juez por inasistencia al despacho.

Hechos

Al Juzgado Segundo Penal Municipal de Barbosa, a cargo de la doctora Caridad Eugenia González, correspondió, por reparto, la denuncia formulada por Ramiro Cardona contra Carlos Velásquez por los delitos de usurpación de tierras y daño en cosa ajena.

La funcionaria practicó como diligencia preliminar una inspección judicial, con intervención de peritos, en la finca en la que se decía que se cometieron los hechos denunciados. Posteriormente ordenó la captura del sindicado, la que se efectuó el viernes 7 de agosto de 1981. Al día siguiente, sábado, compareció al Juzgado el abogado denunciante de la juez con el objeto de asistir profesionalmente al capturado. Como la juez no se encontraba en el Juzgado, el secretario ante la insistencia del doctor Velásquez Gómez, la localizó telefónicamente y ésta llegó "pasadas las doce del día". Aunque el abogado le requirió que recibiera inmediatamente la indagatoria, no lo hizo, aduciendo que disponía de tres días para hacerlo. El lunes siguiente, o sea el 10 de agosto, comenzó en las horas de la mañana a indagarse al capturado, pero suspendió la diligencia a petición del apoderado, quien argumentó que el denunciante no era querellante legítimo, por no ser el propietario del fundo en que se decía ocurrieron los hechos, lo cual obligó a la juez a realizar varias consultas en oficinas de la localidad y mediante llamadas a Medellín, para terminar disponiendo ese mismo día la libertad del capturado y declararse después impedida para seguir conociendo del proceso, seguramente por el hecho de ser quien denuncia hermano de un empleado de su juzgado.

Afirma el denunciante que la juez incurrió en los delitos de detención arbitraria y prevaricato, pues ordenó la captura del sindicado sin ser necesaria, toda vez que era suficientemente conocido el lugar de su residencia y por ello habría bastado citarlo. Además prolongó indebidamente su privación de libertad ya que, habiendo podido recibirle la indagatoria el día sábado 8 de agosto cuando quedó a su disposición, solo vino a hacerlo el lunes 10 siguiente, retardando así el cumplimiento de un acto propio de sus funciones, pues la ley la obligaba a recibir la injurada a la mayor brevedad posible, o sea, ese mismo sábado.

Por último señala el denunciante que dada la injusticia de los actos cometidos por la juez con abuso de sus funciones (captura innecesaria y dilación en la recepción de la indagatoria), incurrió también en el delito de abuso de autoridad.

Planteamientos del Tribunal

Considera la Corporación que el comportamiento de la funcionaria acusada se ajustó a los pre-

ceptos legales y, por lo mismo, no cometió los delitos que se le atribuyen.

Al emitir la juez la orden de captura contra Carlos Velásquez, sin previa citación, no cometió arbitrariedad alguna, pues los delitos por los cuales procedía (usurpación y daño) tienen señalada pena de prisión, circunstancia que la facultaba para disponer, discrecionalmente, esa medida, de acuerdo con el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la interpretación que a esa norma le da el denunciante, anota el Tribunal: "Por ninguna parte aparece la exigencia de que el juez únicamente ordene la captura que considere necesaria, sino la facultad para citar primero si no considera necesaria la captura".

En cuanto al hecho de no haber recibido la juez inmediatamente la indagatoria del capturado, el Tribunal recuerda que el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, señala un término máximo de hasta tres días para recepcionarla, de donde habiéndola practicado dentro de ese plazo no incurrió en la ilicitud que el denunciante le atribuye.

Tampoco encuentra el Tribunal que sea violatorio de la ley el comportamiento de la juez por haber iniciado el sumario contra Carlos Velásquez por el delito de usurpación de tierras, no obstante que la denuncia la formuló persona distinta del legítimo querellante, pues "la buena fe de la funcionaria se patentiza en el incidente de consultas, descrito por el quejoso, que ella protagonizó tan pronto recibió el reclamo del abogado". Y el que no se hubiera declarado impedida desde un comienzo para conocer del proceso carece igualmente de significación jurídica, "pues el hecho de que su citador fuera pariente del denunciante no era para ella legalmente causal de impedimento o recusación".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en paridad de criterios con el Tribunal, estima que la juez no hizo cosa distinta de ceñirse "a la norma sobre captura facultativa por lo que en ningún momento abusó de su función, afirmación esta que se refuerza con la circunstancia de que antes de librarla practicó, con buen sentido de la previsión, inspección judicial al fundo supuestamente invadido o dañado".

Por otra parte, como la funcionaria recibió la indagatoria del sindicado dentro del término que le otorga la ley, no puede afirmarse que hubiera prolongado ilícitamente la privación de su libertad o retardado un acto propio de sus funciones.

Finalmente observa el Procurador que "si bien en el evento delictual de la 'usurpación de tierras' sólo se procederá mediante querella (Art. 369, C. P.), en el caso de 'daño en cosa ajeno' no se exige esta formalidad, por lo que si quien formula querella en un evento de éstos no es querellante legítimo, por ser esta infracción de las en que debe procederse de oficio, el funcionario de instrucción la recibirá como denuncia y procederá en consecuencia, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 326 del estatuto procesal penal".

Al abuso de autoridad no se refiere, pues los hechos en que el denunciante lo hace consistir son los mismos en que pretende configurar los delitos de detención arbitraria y prevaricato que, como lo deja dicho, no se tipifican.

En consecuencia solicita la confirmación del auto apelado.

Alegato de segunda instancia

Al fundamentar ante la Corte el recurso de apelación que interpuso, repite el abogado sus acusaciones contra la Juez Segundo Penal Municipal de Barbosa, para concluir nuevamente, como en su denuncia, que infringió la ley al haber ordenado, sin ser necesaria, la captura de Carlos Velásquez, y al no haberlo escuchado en indagatoria el mismo día sábado cuando se enteró de que se encontraba capturado por cuenta de su despacho. También quebrantó la ley al no haberse declarado impedida desde el principio, siendo que uno de sus subalternos es hijo del dueño de la finca donde se produjeron los presuntos atropellos que motivaron la denuncia ante su Juzgado, y hermano de quien la formuló.

Censura la interpretación que el Tribunal dio a los artículos 426 y 434 del Código de Procedimiento Penal, y reprocha su precipitud al no haber ordenado siquiera la práctica de diligencias preliminares.

Consideraciones de la Corte

Tres son los delitos por los que, de manera expresa, acusa el denunciante a la Juez Segunda Penal Municipal de Barbosa, a saber: Detención arbitraria, prevaricato y abuso de autoridad. Por separado se aludirá a cada uno de ellos.

Detención arbitraria. Lo hace consistir en que la juez dictó orden de captura, sin que fuera necesaria, contra Carlos Velásquez, a quien se sindicó en su juzgado de usurpación de tierras

y daño en bien ajeno, como también en el hecho de que, capturado aquél el viernes 7 de agosto de 1981 y puesto a disposición del Juzgado al otro día (sábado), solamente vino a escucharlo en indagatoria en las horas de la mañana del lunes siguiente, o sea el 10 de agosto de ese año.

Como puede observarse, el denunciante advierte en la conducta de la juez la configuración de las dos formas de detención arbitraria que sanciona el Código Penal en sus artículos 272 y 273, o sea, la privación ilegal de la libertad y la prolongación ilícita de la misma.

Precisando el alcance de cada una de estas modalidades delictivas dijo esta Sala en providencia de 16 de julio de 1981:

"1. El tipo de detención arbitraria —fundamentalmente idéntica 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 anejas, 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 (Art. 296 del C. P. anterior) o de prolongación ilícita de privación de la libertad, como lo denomina el nuevo Código Penal (Art. 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 prolonga 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".

En el primer caso se precisa que el funcionario, con abuso de sus funciones, prive a otro de su libertad sin estar autorizado por la ley para hacerlo, o estándolo, lo haga sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades que aquella prescribe a ese respecto.

En el segundo caso, la ilicitud, que también entraña el abuso de la función, se traduce en una indebida prolongación de la privación de libertad, más allá del término permitido por la ley.

En el caso que se analiza, la juez, al ordenar la captura del sindicado y al recibirle indagatoria dentro de los tres días siguientes a aquel en que fue puesto a disposición de su juzgado, ni lo privó arbitrariamente de su libertad, ni prolongó indebidamente su situación de retenido para efectos de la indagatoria.

En efecto, el Código de Procedimiento Penal faculta al juez para librar orden de captura contra el presunto sindicado en orden a escucharlo en indagatoria, cuando a su juicio exista mérito para recibirla, o sea, cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, o por haber sido sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito, el funcionario lo considera autor de la infracción o partícipe de ella, siempre que ésta se encuentre sancionada con pena de prisión.

Si el juez no considera necesaria la captura o si el delito tiene asignada pena diferente, se citará al sindicado y, en caso de renuencia, se ordenará su captura (artículos 381 y 426).

De estos textos legales se desprende que la captura, como forma de comparecencia para ser indagada una persona, no es obligtoria, sino que su empleo está librado al prudente juicio del juez, quien de acuerdo con las circunstancias que revele la actuación procesal, y siempre que el delito esté reprimido con pena de prisión, optará por disponer la captura o por ordenar la citación.

Así lo expresó también la Sala en la providencia a que antes se aludió. Se dijo al respecto: "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".

De tal manera, que ni omnímoda facultad para mandar a capturar simplemente porque así se quiere, pero tampoco relegarla al campo de último recurso, porque es ella la forma general u ordinaria para hacer comparecer al sindicado para su indagatoria, siendo la citación la medida de excepción. Si la voluntad del legislador hubiese sido la contraria, habría empezado por precisar que al sindicado debía primeramente citársele y, en caso de renuencia, disponer su captura.

En el caso presente, y por cuanto el Tribunal no ordenó la práctica de diligencias preliminares, aunque no obran en el expediente los elementos de juicio que permitan deducir los motivos que llevaron a la juez a estimar necesaria la captura

de Carlos Velásquez para ser indagado, no quiere decir que ellos no hubieran existido, pues el propio denunciante de la funcionaria pone de presente que ésta efectuó, como diligencia preliminar, una inspección judicial al fundo presuntamente invadido y dañado.

De esa personal comprobación de los hechos, objeto de la investigación y de las informaciones que, sobre el terreno de los mismos, tuvo que haber obtenido de los comparecientes a la diligencia, derivó seguramente la necesidad de ordenar la captura del supuesto autor de los mismos. Y como además los delitos que se le atribuían están sancionados con pena de prisión (artículos 365 y 370 del C. P.), se hacía viable esa medida precautelativa.

Tuvo, por tanto, razón el Tribunal al no apreciar ilicitud en el comportamiento de la juez por este respecto.

En cuanto al cargo deducido de no haberle recibido indagatoria a Carlos Velásquez el mismo día en que quedó de cuenta de la juez, cabe recordar que el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, dispone que dicha diligencia debe practicarse a la mayor brevedad posible dentro de los tres días siguientes a aquel en que el capturado fue puesto a disposición del funcionario. Se expresa así el deseo del legislador, que no es otro que el que se escuche sin dilación al capturado, pero esto no quiere decir que si no se hizo tan pronto fue puesto a disposición del juez, pero sí dentro de los tres días siguientes a ese hecho, el funcionario prolongó indebidamente ese estado de privación de libertad.

En el caso que se analiza hay que tener presente que Carlos Velásquez quedó por cuenta del Juzgado a cargo de la denunciada un sábado y que ésta, por ausencia que se investiga disciplinariamente, no se enteró inmediatamente de ese hecho. Sólo en virtud de la insistencia ante el secretario, por parte del abogado ahora denunciante, para que fuese localizada la juez, vino ésta a comparecer pasadas las doce horas de ese día, como el mismo lo registró en su denuncia (Fl. 1 vto. del cuaderno del Tribunal).

En esas condiciones, ya ni siquiera eran horas de despacho, pues de acuerdo con las disposiciones sobre horario en las oficinas judiciales, los sábados se labora para el público de ocho de la mañana a doce meridiano (artículo 127 del Decreto 250 de 1970).

Seguramente por esa circunstancia y por cuanto la ley establece un término de tres días para escuchar dentro de él al capturado en su declaración injurada, la funcionaria no atendió la petición del abogado para que lo hiciera inmediatamente. Vino a realizarlo el lunes siguiente, esto es, al segundo día hábil de haberlo sido puesto a su disposición.

Y se dice que al segundo día hábil, porque si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 149 que en cualquier día y hora pueden practicarse actuaciones en la investigación sumaria, ello se refiere a precaver de nulidad las que se realizaren en días festivos y de vacancia, pero no a obligar al funcionario a llevarlas a efecto en esas circunstancias.

Así lo precisó la Corte en la referida providencia de 16 de julio de 1981. Se dijo allí lo siguiente:

"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 el 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; solo 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 al 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".

Esa doble circunstancia de encontrarse en horas no hábiles de despacho y estar apenas corriendo el término de los tres días dentro del cual tenía obligación de indagar al capturado, impide que se configure la ilicitud que el denunciante ha pretendido encontrar en la negativa de la juez a escuchar ese mismo sábado a Carlos Velásquez en su injurada.

Prevaricato. Para el denunciante éste radica en el retardo de la juez para recibir la indagatoria, por no haberlo hecho "a la mayor brevedad posible", que la constituiría el momento mismo en que se percató de que el capturado estaba por cuenta de su despacho.

Ya se dejó dicho al analizar este mismo hecho, en el cual hace consistir el doctor Velásquez Gómez el delito de detención arbitraria en su modalidad de prolongación indebida, que la funcionaria acusada no violó la ley, pues escuchó al capturado dentro del término que ésta consagra para hacerlo.

En cuanto a torcidas intenciones y deseo de perjudicar al sindicado, baste recordar que la juez vino a enterarse sobre las doce del día sábado 8 de agosto de 1981, que el señor Velásquez se encontraba privado de su libertad y a órdenes de su Juzgado.

Su ausencia del despacho en la mañana de ese día no fue ni siquiera con conocimiento de ese hecho, de donde no puede inferirse ánimo o interés de mantenerlo encarcelado hasta el lunes siguiente.

No se dan, por tanto, los elementos que configuran este hecho punible.

Abuso de autoridad. Sobre los mismos hechos aducidos para predicar la comisión de los delitos de detención arbitraria y prevaricato, hace consistir el denunciante esta nueva ilicitud penal que atribuye también a la doctora Caridad Eugenia González.

De esta manera alude a ese presunto delito: "Abuso de autoridad. No hay duda que la juez cometió en ejercicio de sus funciones un acto injusto contra Carlos Velásquez tanto al ordenar su captura sin ser necesaria como al no recibirle indagatoria el sábado 8 de agosto".

Como el abuso de la función caracteriza tanto a la detención arbitraria como al delito de abuso de autoridad, solo que en aquélla incide específicamente en el bien jurídico de la libertad individual, en ambos casos es necesario acreditar su existencia y ya se advirtió que en el evento que se analiza no se presentó, pues de haberse dado, habría configurado la ilegítima detención y con ella el delito que reprime esa arbitrariedad; con exclusión, en ese evento, del delito de abuso de autoridad, pues éste constituye tipo penal supletorio respecto del de detención arbitraria.

Entonces, las consideraciones hechas al tratar aquellas otras ilicitudes atribuidas a la juez, valen respecto de ésta, para concluir también en relación con ella que no se tipifica.

El hecho de no haberse declarado inicialmente impedida la juez acusada para tramitar el sumario contra Carlos Velásquez, no obstante ser el citador de su juzgado, hermano del denunciante, no constituye infracción penal, ya que, si bien es cierto que existe ese parentesco entre el denunciante y el empleado dependiente de la juez, no lo es menos que tal vínculo familiar no está señalado como uno de los grados considerados por la ley como causal de impedimento o recusación, pues la norma se refiere exclusivamente a las propias partes, su cónyuge o alguno de sus hijos (artículo 78, numeral 9º del C. de P. P.).

Además, tan pronto como a la funcionaria se le hizo caer en la cuenta de que en el fondo el denunciante era el padre del empleado, por ser el dueño del fundo presuntamente invadido y dañado, y ostentar, por lo mismo, la calidad de querellante legítimo en relación con el delito de usurpación, manifestó su impedimento y fue separada del negocio, según se desprende de la relación que sobre este aspecto hace su acusador en la denuncia.

Por último, por cuanto uno de los delitos denunciados, el de daño en bien ajeno, es de los que se investigan de oficio, podía la juez, en principio, adelantar la actuación, no obstante que el otro, el de usurpación, requería querella de parte.

Visto lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES O SUPRALEGALES

Deben configurarse ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No se requieren que sean resueltas en el mismo momento en que se aleguen, sino que la cuestión se desate sin previos traslados ni alegatos

Corte Suprema de Justicia
Salà de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 28.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Ana Tulia Castellanos de Obando, contra la sentencia del 1º de septiembre de 1981 en virtud de la cual el Tribunal Superior de Bogotá la condenó a la pena principal de tres años de prisión y cinco mil pesos de multa, como responsable de conservación de estupefacientes.

Hechos

En operativo legalmente adelantado por unidades de la Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad, el 10 de mayo de 1975, en la casa distinguida con el número 74-13 de la calle 5ª de Bogotá, fueron decomisados elementos idóneos para el procesamiento de cocaína, una papeleta de tal sustancia y en el patio interior de la casa contigua, un paquete de 460 gramos también de cocaína que la mujer Ana Tulia Castellanos de Obando, residente en el inmueble allanado, había arrojado al darse cuenta del operativo.

Actuación procesal

Los Juzgados Cincuenta y Tres y Doce de Instrucción Criminal, adelantaron sucesivamente la investigación; cerrada ésta el Veinte Penal del Circuito, profirió sobreseimiento temporal respecto de los sindicados; pero al clausurarse la segunda etapa sumarial, dictó auto de proceder contra Ana Tulia Castellanos de Obando, por conservación de estupefacientes (Art. 38 del Decreto 1188 de 1974) y sobreseyó definitivamente a los demás incriminados. Como no fuera apelada tal determinación, se adelantó el plenario durante el cual no se practicaron pruebas. Culminada la audiencia pública con intervención del defensor de oficio (la procesada hubo de ser declarada reo ausente), el Juzgado del conocimiento emitió sentencia condenatoria que, revisada en consulta por el Tribunal obtuvo plena confirmación.

Demanda de casación

Con referencia a la causal cuarta de casación y explícita mención de nulidad constitucional, el recurrente formula cuatro cargos a la sentencia, así:

Primero. Violación del artículo 26 de la Carta por incumplimiento de las formalidades propias del juicio y de los artículos 335, 385 y 392 del Código de Procedimiento Penal, porque a pesar de que en diligencia de indagatoria la procesada mencionó al señor José Yuvi o Yudi, como la persona que le dejó a guardar el paquete que encontró luego la Policía y además un revólver, el Juzgado no le hizo ratificar el cargo bajo la gravedad del juramento y "al no juramentarse la incriminación era difícil oír en indagatoria a tal individuo, luego se cercenó el derecho de la señora Castellanos de Obando", porque "el tal Yudi hubiera podido confesar ¿y qué hubiera sucedido entonces?"; responde el actor que si este tercero hubiese sido indagado y allí reconocida su participación en los hechos, "esta confesión habría favorecido a la procesada".

Segundo. Nueva violación del artículo 26 de la Constitución y de los artículos 335, 385 y 392 del

Código de Procedimiento Penal, porque en diligencia de ampliación de indagatoria pedida por la procesada precisó que el nombre de quien le había dejado el paquete era el de David Crown Lawrence, acompañó una fotografía del mismo y suministró datos sobre sus rasgos físicos y, además, el número de la placa del vehículo en el que se transportaba, pese a lo cual el Juzgado tampoco dispuso juramentar el cargo ni adelantó gestiones para localizarlo y recibirle indagatoria, con lo cual se lesionaron derechos y garantías de su defendida, ya que en una eventual confesión de Crown "sobre él recaería la imputación directa del hecho punible".

Tercero. Nueva violación del artículo 26 de la Constitución, del artículo 1º del Código de Procedimiento Penal y de los artículos 37, número 8º y 135 del Código de Procedimiento Civil, porque habiendo planteado el defensor en la audiencia pública una nulidad constitucional, el Juzgado no la resolvió "de plano", sino que esperó hasta el momento procesal de la sentencia —diecinueve días después— con lo que se le suprimió el derecho de apelar y, por lo mismo, la oportunidad de debatir "en la segunda instancia esta nulidad".

Cuarto. Ultima violación del artículo 26 de la Carta y del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, porque no se le recibió indagatoria al señor Crown Lawrence a pesar de que existía mérito legal para ello, "con lo cual se vulneraron los intereses de la señora de Obando".

Concepto de Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita no casar la sentencia recurrida, pues considera que todos los cargos formulados al amparo de la causal cuarta son infundados. Respecto del primero indica que la procesada si juró la imputación que le hiciera al señor Yudi en relación con el segundo, advierte que era innecesario tomarle nuevo juramento y que el Juzgado sí hizo diligencias para lograr la identidad del señor Crown y consideró, además, que la inculpación hecha por la señora Castellanos era acomodaticia y falta de seriedad; en cuanto al tercer cargo sostiene que al resolver la nulidad en la sentencia no se alteraron "las bases fundamentales del juzgamiento ni se desconoció el derecho de defensa"; por lo que respecta al cuarto y último, advierte que es reiteración del segundo.

Considerandos

Las llamadas nulidades constitucionales o supralegales, de creación jurisprudencial, suponen no solamente que la irregularidad procesal en que se haya incurrido no esté sancionada de esa manera por la ley, sino que configuren ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No basta, pues, la existencia de cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad, para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico o para que éste sea oficiosamente reconocido por la Corte. La vulneración de uno cualquiera de aquellos supremos principios que orientan el proceso penal y garantizan una recta y equitativa administración de justicia, ha de ser por tal modo evidente que se imponga como ineludible la extrema solución de la nulidad, es decir, el expreso reconocimiento del error y la remoción del obstáculo procesal que hasta el momento de su declaratoria impedía repararlo. Por eso no pueden tener éxito las demandas de nulidad supralegal en las que no se demuestre fehacientemente lesión verdadera a uno de aquellos principios, o en las que se aleguen simples informalidades que han dejado incólume el derecho de defensa, que no han desquiciado las reglas sustanciales del proceso o que no han vulnerado las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal.

En cuanto a los cargos que con fundamento en la causal cuarta de casación, formula el recurrente al amparo de la nulidad constitucional, la Sala los encuentra visiblemente infundados por falta de consistencia probatoria y jurídica. He aquí las razones de esta tesis, en relación con cada uno de ellos:

Primer cargo. Descanza en la aseveración de que el Juzgado no dispuso que la procesada Ana Tulia Castellanos ratificara bajo juramento las imputaciones que le hacía a un señor de apellido Yudi o Yuvi. Para desvirtuarlo basta copiar la parte pertinente de la diligencia de indagatoria visible al folio 78: "Preguntado: ¿Díganos si está dispuesta a juramentar el cargo que le hace al señor José Yudi? Contestó. Sí, bajo la gravedad del juramento me ratifico en los cargos hechos contra el señor José Yudi y estoy dispuesta a reconocerlo en cualquier parte. Acto seguido la señorita juez por ante su secretario procedió a juramentarla en la forma establecida por los artículos 157 y 158 del Código de Procedimiento Penal, y se le impuso el contenido del artículo 191 del Código Penal y bajo la gravedad del juramento que ha prestado prometió haber dicho la verdad en cuanto a los cargos formulados".

Segundo cargo. Dos meses después de que la procesada hiciera la revelación precedente, en ampliación de indagatoria pedida por ella, manifestó que el nombre de quien le había dejado a guardar el paquete encontrado por lá Policía no era José Yudi sino David Crown Lawrence, del cual suministró una fotografía y algunos datos sobre sus características personales (Fl. 204). Alega el recurrente que no se juramentó a la procesada en esta oportunidad y que nada se hizo para localizar al extranjero. Lo primero es cierto, pero no constituye informalidad alguna porque ya se había cumplido en la diligencia anterior el rito procesal del juramento y no necesitaba repetirse puesto que la imputación se refería a los mismos hechos y a la misma persona, aunque a ella se le daba ahora nombre diferente. Lo segundo no se ajusta a la realidad procesal, como que el mismo día de esta diligencia (julio 16 de 1975) el Juzgado envió el Oficio número 290 a la División de Extranjería del DAS en el que solicitaba información sobre el señor David Crown Lawrence; oficio semejante fue reiterado el 28 de abril de 1977, con resultados negativos (Fls. 269 y 272). De otro lado no ve la Sala de qué manera la no recepción de indagtoria de ese supuesto o real sujeto vulneró el derecho de defensa de la procesada o conculcó alguna otra garantía procesal; aseverar, como lo hace el recurrente, que si indagada esta persona hubiese confesado, tal hecho habría favorecido a su patrocinada porque entonces la imputación recaería sobre aquél, es desconocer que la responsabilidad penal tiene carácter personal e intransmisible y que, por consiguiente, en tal hipotético supuesto el sujeto de apellido Yudi o Crown respondería —según el caso— de posesión, elaboración, conservación o transporte de estupefacientes, sin que tal deducción de responsabilidad relevase a la señora Ana Tulia de la que se le atribuyó en la sentencia por conservar en su poder la cocaína que se le encontró.

Tercer cargo. Es verdad que el defensor propuso en la diligencia de audiencia pública como nulidad los mismos hechos que ahora reitera el recurrente y que a ella se refirió el Juzgado en la sentencia, para rechazarla. Pero esta determinación no supone que, a su vez, se haya incurrido en otra nulidad supralegal. *Ni el Código de Procedimiento Penal (Arts. 210/14), ni el de Procedimiento Civil (Arts. 152/9), señalan que las nulidades deban ser resueltas en el mismo momento en que sean alegadas; ni siquiera la expresión "de plano" a que se refiere el artículo 135 de esta última codificación tiene el alcance que quiere darle el recurrente, sino el de que la cuestión se desate sin previos traslados ni alegatos; y en este caso la nulidad fue planteada en la diligencia de audiencia pública y resuelta en la sentencia del 19 de junio de 1981, luego de que la Secretaría pasara al Despacho el expediente el día 9 del mismo mes y año; de manera que el Juzgado estudió y resolvió la nulidad propuesta en la actuación inmediatamente siguiente a la de aquella en que se planteó y dentro de los términos que la ley le concedía para proferir sentencia. Dice el actor que por no haber decidido el Juzgado la nulidad en la misma diligencia de audiencia pública se conculcó el derecho de defensa de su patrocinado porque impidió que de tal determinación pudiera apelar; pues bien, afirmar tal cosa es desconocer la naturaleza meramente declarativa de aquella diligencia y olvidar que de esa misma decisión tomada en la sentencia podía recurrir ante el funcionario de segunda instancia, lo que ciertamente no hizo, ya que del fallo en cuestión conoció el Tribunal por la vía de la consulta.*

Cuarto cargo. Como bien lo anota la Procuraduría, el demandante reitera aquí la misma acusación expuesta en el segundo cargo, por lo que a ella se responderá con los mismos argumentos expresados al estudiarlo en precedencia; a ellos se remite, pues, la Sala.

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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION. CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

No basta expresar en qué error incurrió el calificador, sino que se hace preciso demostrar, sin lugar a dudas, cuál debió ser la falta concreta deducible a cambio de la que se critica

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 28 de 4 de mayo/82.

Vistos

Corresponde a la Sala decidir el recurso extraordinario de casación que la procesada Rosalba Cardona Franco y su defensor interpusieron en contra de la sentencia de 28 de enero de 1981, mediante la cual el Tribunal Superior de Villavicencio al revisar la del Juzgado Segundo Superior, la condenó como autora responsable de los delitos continuados y concursantes de falsedad en documentos y peculado a la pena principal de sensenta (60) meses de presidio (hoy prisión), a las accesorias correspondientes y al pago de $ 1.355.119, por concepto de perjuicios civiles. El recurso fue sustentado mediante apoderado especial y la demanda se declaró ajustada a derecho.

Los hechos

Se resumieron en las instancias de la siguiente manera: "En la Caja de Crédito Agrario del Municipio de Cumaral (Meta), luego de una revisión o visita a dicha entidad en enero del corriente año —1979—, el Auditor Regional Encargado para el Meta, comprobó que se venían cometiendo serias irregularidades en contra de los derechos de la Caja, y por ello presentó denuncia por los delitos de peculado y falsedad, sindicando de las ilícitas maniobras a Rosalba Cardona Franco, quien venía desempeñando el cargo de Jefe de Cartera; César Yesid Guiza, Director de la Caja por la época de los hechos, y el Gerente Regional Luis Mariano Murgas Arzuaga, pues según el libelo de denuncia, éstos se hallaban comprometidos en la sustracción de dineros que habían cancelado algunos deudores de la Caja, deudores que aparecieron con los recibos de cancelación del Banco...".

El proceso

Abrió la investigación (5 de febrero de 1979) el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal. Perfeccionada en lo posible pasó al Juzgado Segundo Superior, por competencia, y allí se calificó el proceso mediante llamamiento a juicio para Rosalba Cardona Franco por los delitos de falsedad y peculado, sobreseimiento definitivo para Luis Mariano Murgas Arzuaga, Carlos Hernán Romero Perico, Edgar Enrique Astroz Garzón, Víctor Hugo Camelo Perilla, César Julio Beltrán, César Yesid Guiza, Myriam Parra de González y Orlando Castro Lugo, y sobreseimiento temporal para Gustavo Cardona Franco, Amadeo Beltrán Hernández y Luis Alfonso Buitrago Espinosa. En la segunda instancia el Tribunal de Villavicencio agregó a los delitos deducidos para la enjuiciada la modalidad de la continuidad de los mismos.

Los perjuicios fueron tasados por expertos en la secuela del juicio y realizada la audiencia pública se produjo sentencia de condena para la procesada el 12 de septiembre de 1980. Apelada dicha providencia recibió su confirmación en el Tribunal mediante la que ahora es objeto del recurso.

La demanda

Propone la demanda un solo cargo al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque, según alega el censor, la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad porque se incurrió, en relación con el

delito de peculado que se le cargó a la procesada, en errónea denominación jurídica de dicha infracción en el auto de proceder (Num. 5º, Art. 210 del C. de P. P.). No toca el enjuiciamiento por falsedad.

Sobre la base de que la procesada no tenía las funciones de guardar, recaudar, pagar o administrar bienes del Estado, o de instituciones en que tenga parte el Estado, hecho éste reconocido por el juzgador, afirma que no podía ella cometer delito de peculado tal y como esta infracción está prevista en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. De esta disposición dice, en uno de los apartes de la demanda, que fue aplicada indebidamente ("directamente, bajo el concepto de aplicación indebida del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951", dice) y que se dejó de aplicar la del artículo 412 del Código Penal, una y otra normas vigentes al tiempo de la comisión de los hechos.

Solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida, se decrete la nulidad que alega y se diga en qué estado queda el proceso.

Contestación del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la demanda acusa falta de técnica en su presentación porque "le faltó la demostración de dos argumentaciones concurrentes: de una parte que los hechos que el juzgador tuvo como establecidos fueron subsumidos en una norma que no era la rectora del tipo penal; y de la otra, qué infracción debió ser reconocida por el fallador". Afirma que la proposición jurídica resulta incompleta y que a la Corte le está vedado "concluir qué delito se cometió pues la demanda no contiene ninguna consideración al respecto".

Abunda luego el Ministerio Público en la demostración de que sí existe peculado en la conducta de la procesada así no fuera ella la persona directamente indicada para recibir dineros de los deudores de la Caja afectada. Esos dineros que recibía, dice, eran oficiales y ella tenía el carácter de funcionario público en razón del cargo que ocupaba en la entidad. Por esa razón se le entregaron los valores de que dispuso. Cita en su respaldo una providencia de esta Sala que lleva fecha del 18 de noviembre de 1980.

La alegación de la parte civil

Expresa su solidaridad con el criterio del Procurador Delegado y termina por afirmar que "siendo cierta, entonces, la falla de la demanda, por falta evidente de técnica, es obvio que el cargo no puede prosperar". Y agrega que en el proceso está plenamente demostrada la calidad de empleada de la Caja que tenía la procesada y la apropiación por parte suya de una considerable cantidad de dinero perteneciente al Estado. La dice "coadministradora" de la oficina, pues las funciones que ejercía incidían sustancialmente en la marcha de la misma y agrega que la guarda de los dineros, bienes y efectos del Estado dependían de la buena o mala gestión que pudiera ella realizar como Jefe de Cartera y de su lealtad para con la institución en donde prestaba sus servicios.

Las consideraciones de la Sala

Es incuestionable que un enjuiciamiento por delito distinto de aquel que cometió el procesado resulta error protuberante que la ley de procedimiento eleva a la categoría de nulidad, porque vale tanto como imputar una delincuencia desavenida con los hechos que la investigación sumaria comprobó. Así lo establece con exactitud el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal que tiene conexión íntima con la causal cuarta de casación del artículo 580 de la misma obra.

En el caso presente toda la demanda se dedica a la demostración de que la calificación de peculado no cuadra a la conducta que siguió la procesada al apropiarse de bienes de la institución para la cual trabajaba por no ser ella sujeto activo posible de dicha infracción. De tal manera deriva el censor hacia la errónea denominación jurídica del delito desde el auto de proceder; pero, aún en el caso de encontrar correctos sus análisis y argumentaciones en dicho sentido, su demanda resulta incompleta si se tiene en cuenta que no basta expresar el error en que incurrió el calificador sino que se hace preciso demostrar, sin lugar a dudas, cuál debió ser la falta concreta deducible a cambio de la que se critica. Esta última parte de una correcta demanda no fue cumplida como lo anotan el Ministerio Público y la parte civil.

En efecto, revisada la demanda se ve que por dos ocasiones se cita en ella el artículo 412 del Código Penal vigente por la época en que se sucedieron los hechos y, consultada dicha obra tal disposición se refiere al abuso de confianza. Pero nada más, porque por parte alguna del libelo se analizan los hechos establecidos en la indagación para demostrar que se ajustan a la norma en cita. De donde se concluye que, en gracia de discusión y con cierta amplitud de criterio, puede

considerarse que la demanda comprueba la equivocación del juzgador en la deducción de un delito continuado de peculado, pero en manera alguna establece que los mismos hechos debieron considerarse como constitutivos de infracción diferente.

Cabe concluir entonces que asiste razón al Procurador que conceptúa y al apoderado de parte civil que alega cuando uno y otro dicen que por tan claras fallas de técnica no puede prosperar el recurso. Y, aunque pueda considerarse marginal la observación cabe advertir, en razón del vocabulario utilizado en un aparte de la demanda, que si el propósito del censor estaba encaminado a destacar que el juzgador de instancia incurrió en error de hecho o de derecho y a consecuencia de ello violó la ley sustancial, indirectamente, la causal de casación pertinente era la primera, cuerpo segundo, y en ningún caso la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Lo dicho porque a folio 15 del libelo se utiliza la expresión "directamente" después de hablar de disposiciones infringidas, de aplicación indebida y de falta de aplicación de una determinada disposición sustantiva.

No es del caso entonces penetrar en el examen de si existe o no peculado en la conducta que se atribuye a la procesada. Basta el afirmar que la jurisprudencia predominante aparece en las citas que de ella hace el Ministerio Público y que, a pesar de tratarse de un fallo con claros salvamentos de voto y dirimido mediante Conjuez, mientras lo que allí se dice no se cambie debe estarse a ello. Y agregar que la dicha jurisprudencia se creó para un caso que guarda evidentemente disimilitudes con el que ahora ocupa a la Sala y en el cual el carácter de funcionario público adscrito a la Caja defraudada que tenía la procesada es punto comprobado plenamente, como comprobado está que la apropiación se efectuó sobre caudales oficiales, etc., y, principalmente, que las funciones que en dicha institución desempeñaba la recurrente le imponían, por lo menos, la obligación de tutelar los dineros que a ella entraban. Por otra parte, el hecho mismo de haber falseado los papeles de contabilidad para cubrir y oscurecer las apropiaciones que precedieron a dicha actividad ilícita refuerza la hipótesis del peculado.

Por las consideraciones que anteceden, 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, objeto de la impugnación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Si las pruebas aducidas por el peticionario para sustentar la petición, no producen la certeza sobre la existencia real de los factores de perturbación que alega, ni tampoco, respecto de la gravedad que les atribuye, debe rendirse concepto desfavorable

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de mayo de 1982.

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

Aprobado: Acta número 028.

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 José Adolfo Caicedo Yusti, para que se cambie de radicación el proceso que adelanta el Juzgado Primero Superior de Buga, por el delito de homicidio, contra los procesados Harold González González y Gerardo Fernández González, sus defendidos.

El memorialista, para apoyar su solicitud, considera tres (3) factores de principal perturbación para la recta administración de justicia en el Distrito Judicial donde, por razón del territorio, se adelanta el proceso:

1. La presión que ejerce la prensa del lugar contra sus defendidos:

"...el día 5 de febrero del presnte año, en la edición número 1758 del periódico 'El Caleño', página 6ª, parte inferior de la publicación dice 'Alerta - Buga. Que se castigue a los asesinos. Se teme que el crimen quede impune como el de otros profesionales. El asesinato del abogado Rivera: La ciudadanía pide justicia'. Lo anterior es una presión pública, venga de donde viniere, que se ejerce contra los futuros jueces de conciencia y de esa forma, no se puede administrar una recta justicia y públicamente se está conculcando en forma indirecta a ejercer plenamente el derecho de defensa, que le asiste a los presuntos implicados...".

2. Dificultdad de una adecuada defensa de los procesados, pues los profesionales que antecedieron al peticionario renunciaron a su defensa debido al ambiente "pesado" y a la posición social de la víctima y de su familia:

"...Antecesores al suscrito en la defensa, puesto que soy vecino de Tuluá (V), aparecen los doctores Rigoberto López C., vecino de Buga y el doctor Carlos E. Muñoz P., vecino de Cali, ajenos a Buga, profesionales que, renunciaron a seguir ejerciendo la defensa, en razón del ambiente pesado y sobre todo por la posición que ocupaba la víctima y su familia. Basta observar con detenimiento, la declaración del ex Magistrado del Tribunal Superior de Buga y prestigioso penalista, doctor Modesto Rivera R., como también la del conocido penalista, doctor Carlos Humberto Morales..." y

3. Las pruebas han sido mal llevadas al proceso o han sido equivocadamente valoradas:

"...11º Es que no es solamente lo que sostienen los expositores o declarantes. Se ha llegado al colmo del exceso, dentro de la investigación, que al perito o auxiliar de la justicia, que aparece en el acta de levantamiento, lo identificaron con el número de una cédula de ciudadanía, que no le correspondía, sino a otra persona diferente y al perito le hacen aparecer expresiones, que jamás las (ha) pronunciado, ni tampoco conoce su significado, violándose el contenido del artículo 1º de la Ley 39 de 1961, que establece que, el único elemento para identificarse los mayores de edad es la cédula de ciudadanía...".

"...12º Pretenden hacer creer, que las estigmas de la pólvora que quedan en el dorso de la mano, al dispararse un arma de fuego, se pueden

observar macroscópicamente, siendo que realmente se pueden observar es microscópicamente...".

"...13º Se habla del decomiso de un arma de fuego, de calibre 32 largo y por presión pública del Coronel Alvaro Bonilla López y de otro Oficial del Ejército, hacen creer que, el revólver 32 largo exhibido por el Agente del F-2, era un 38 largo...".

"...14º A los presuntos sindicados, se les toma la prueba del 'guantelete' en la misma noche en que los capturan y como sale negativa, no aparece por parte alguna, sosteniendo los señores del Sipec F-2 de Cali, que fue imposible tomarla, para justificar la no presentación al proceso, puesto que, favorecía a mis representados...".

"...15º A la testigo Alba Ruth Plaza Pizarro, el Juez Octavo de Instrucción Criminal de Buga, que inició la investigación para que señalaran a los presuntos sindicados, como los autores directos del 'homicidio' en la persona del doctor Oscar H. Rivera O., no acudió como lo manda la ley, al reconocimiento fotográfico, sino que mostró el periódico 'El Caleño', para que la testigo en forma obligada, los señalara, porque únicamente le mostró el funcionario, las dos fotos, de dos lesionados...".

Considerandos

Las pruebas presentadas por el señor defensor de los procesados para sustentar su petición no producen, no obstante, la certeza sobre la existencia real de los factores de perturbación que alega ni, tampoco, respecto de la gravedad que les atribuye:

1. *La prensa, como las personas, admite calificaciones sobre su seriedad, veracidad y credibilidad, de manera que informaciones, afirmaciones o titulares que en un diario o revista producirían conmoción o impacto en la opinión pública nacional o regional, no lo producen, sin embargo, cuando ellas se imprimen en órganos de publicidad cuya misión cotidiana es exclusiva, o primordialmente, la difusión exagerada o senciacionalista de hechos de sangre, la llamada "prensa amarilla", que se manifiesta con gran despliegue de titulares y abundancia de fotografías, de ordinario las más repulsivas, no importa que se trate de un asesinato o de un simple accidente o de un fenómeno causado por fuerzas puramente naturales (una inundación, un terremoto, etc).*

Basta hojear los ejemplares del periódico que el peticionario ha acompañado a su solicitud para advertir que, salvo algunas páginas dedicadas a la actividad deportiva, todas las demás corresponden a ese tipo de publicación sensacionalista, para mantener la cual todo hecho de sangre, todo delito cualquiera que él sea, todo accidente, todo fenómeno natural, se exagera, se magnífica, se lleva a titulares destacados y se adoba con abundante utilización de tinta roja y con caprichosas informaciones.

De admitirse que este tipo de prensa perturba la paz y el sosiego de la región, afecta la serenidad de sus jueces y magistrados, o determina el veredicto de los jueces de conciencia respecto de cada negocio en particular, serían pocos, si alguno, los negocios que podrían adelantarse en las ciudades, la mayoría de las más importantes del país, donde existe este tipo de publicaciones.

Por lo demás la solución frente a informaciones tendenciosas, calumniosas o injuriosas, no es la de huir del lugar donde tales informaciones se producen, sino la de responsabilizar a sus autores al amparo de la Constitución Nacional, conforme a la cual la prensa es libre en tiempo de paz, pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atenta a la honra de las personas, al orden social o la tranquilidad pública y al amparo, por tanto, de las disposiciones legales que desarrollan ese precepto, particularmente las contenidas en la Ley 29 de 1944, todavía vigente.

2. No está acreditado, tampoco, que los procesados no hayan podido obtener adecuada defensa, por la imposibilidad de contar con los servicios de los profesionales que deseaban contratar o habían contratado, debido al ambiente hostil del lugar y a la posición social de la víctima y de su familia.

En contra tal afirmación aparece, de bulto, la presencia del actual defensor de los procesados, no importa, desde luego, de dónde sea oriundo o en cuál o cuáles lugares ejerza la profesión, dentro o fuera de su Departamento.

Los abogados inicialmente contratados por la familia de los procesados, los doctores Rigoberto López Cifuentes y Carlos E. Muñoz, no indicaron, al renunciar sus encargos, que hubiesen sido llevados a ello por las razones que indica el peticionario y no por cualesquiera otras (Fls. 52 y 51), en tanto que otros abogados del lugar, como los doctores Modesto Rivera Ramírez, Guillermo León Rojas y Carlos Humberto Morales, dicen no haber aceptado la asistencia de los procesados, el primero "debido a que era íntimo amigo del occiso" (Fl. 62 vto.), el segundo, por su parte,

"por la amistad y el colegaje con el extinto" (Fl. 50) y el tercero, por último, "por haber yo mantenido una estrecha amistad con el doctor Oscar Rivera, desde mucho antes de éste haber culminado sus estudios de derecho; amistad que también mantenía en forma muy estrecha con su hermano el arquitecto Emiro Rivera" (Fl. 54 vto.), lo que quiere decir, evidentemente, que se abstuvieron por razones estrictamente personales y no por consideraciones de orden social o de otra índole.

El hecho de que la víctima o su familia gocen del aprecio y del respeto de la sociedad no es de suyo, tampoco, motivo suficiente para el cambio de radicación del proceso, salvo cuando incide o puede llegar a afectar la libertad de los jueces, de modo tan manifiesto, que resultaría poco probable que en tan adverso ambiente pudiera administrarse recta justicia, exenta, por tanto, de apremios y presiones que directa o indirectamente, pero inevitablemente, alterarían la serenidad e imparcialidad de los encargados de administrarla en el lugar.

Sobre este motivo, frecuentemente invocado de la preeminencia económica o social de la víctima o de los procesados, o de sus influencias reales o supuestas, 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 septiembre 1946, LXI, 201).

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

"...El hecho de que el denunciante y el apoderado de la parte civil son personas de prestigio profesional en el distrito donde se adelanta el proceso, no justifica por sí solo el cambio de radicación...".

(Conceptos, 28 septiembre 1951, LXX 586; 6 octubre 1954, LXXVIII, 1014; 10 marzo 1956, LXXXII, 327; 24 julio 1956, LXXXIII, 320), y

3. *El cambio de radicación no puede fundarse, finalmente, en el valor que a juicio del interesado ha debido darse a las pruebas o en la manera como éste considera que han debido llevarse al expediente, asuntos sobre los cuales la Corte carece de atribución legal, ya para aprobar, bien para criticar las determinaciones adoptadas por los jueces y respecto de los cuales el propio Código de Procedimiento Penal señala los remedios que deben emplearse y la oportunidad en que éstos han de proponerse, si hubiere lugar a ellos.*

Por lo demás, tanto el Fiscal del Tribunal, como los declarantes Libardo Acosta Ortega y Carlos Humberto Morales, están conformes en afirmar que el juez del conocimiento "es fiel garantía de imparcialidad para fallar el proceso" (Fl. 90), que "en Buga se goza de una recta administración de justicia" (Fl. 57 vto.) y que si era aconsejable cambiar la radicación del proceso, ello debía fundarse en "el mal ambiente que el asunto tenía en la ciudad", pero "no por parcialidad de los jueces" (Fl. 53).

Las razones en que se funda el peticionario no justifican, por lo visto, la medida reclamada.

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

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

La legitimidad de la personería puede ser ad causam **o** ad processum. **La primera es de carácter sustancial, porque se relaciona con la titularidad del derecho vulnerado y, la segunda, es de índole formal porque se refiere a la aptitud de auto-representarse o de representar a otro en el proceso respectivo**

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 5 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 28 de mayo 4 de 1982.

Expediente número 27064.

Vistos

El doctor Alfonso Gómez Méndez, con poder especial del doctor Felipe Salazar Santos, ha presentado demanda de constitución de parte civil dentro del proceso seguido contra los hoy ex Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Víctor J. Chaustre Ramírez y Sergio Delgado Calderón, por un presunto delito de prevaricato.

Hechos

El doctor Felipe Salazar Santos denunció, hace varios años, una serie de irregularidades que se presentaron en la Cámara de Representantes cuando fue Presidente de ella el doctor Alberto Santofimio Botero. A ese proceso se vinculó el citado parlamentario y a varios empleados administrativos de la Corporación como posibles autores de los delitos de peculado y falsedad.

El proceso culminó con sobreseimiento definitivo para el doctor Santofimio Botero y con sentencia absolutoria para el resto de implicados proferida por el Tribunal Superior de Bogotá mediante la cual, además, revocó la orden de expedir copias para investigar la pretendida falsedad de la Resolución número 398 de 24 de julio de 1975, que aparece firmada por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.

Inconforme el denunciante con este último pronunciamiento, se convirtió en acusador de los Magistrados Víctor J. Chaustre Ramírez y Sergio Delgado Calderón, por considerar que esos funcionarios incurrieron en el delito de prevaricato al suscribirlo como integrantes de la respectiva Sala de Decisión.

Se considera

De conformidad con el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, el rechazo de la demanda de constitución de parte civil "...sólo podrá fundarse en ilegitimidad de la personería del demandante...".

La legitimidad de la personería puede ser ad cau sam o ad processum, *la primera es de carácter sustancial porque se relaciona con la titularidad del derecho vulnerado y, la segunda, es de índole formal porque se refiere a la aptitud de auto-representarse o de representar a otro en el proceso respectivo.*

Se es titular del derecho lesionado con el delito cuando éste se adquirió en legal forma, y se tiene aptitud de representación cuando la titularidad se acompaña de la capacidad de auto-representación, o cuando ésta se recibe por mandato de la ley, del juez o del titular del derecho.

Entonces, según el artículo citado el rechazo de la demanda tendrá que producirse cuando quien la suscribe no es el titular del derecho afectado, o bien, cuando quien la incoa no tiene capacidad de representación.

Esto sitúa las cosas en la noción de derecho vulnerado o derecho afectado o derecho lesionado, y en el concepto de perjuicio resarcible, pues del

entendimiento de estos contenidos depende el alcance de la institución de la parte civil.

Sin eufemismos hay que admitir que ese derecho responde a un interés jurídico privado y no sólo a un interés de carácter general o público, y debe aceptarse que apunta a aquel daño que se causa de manera inmediata y directa con el delito. Debe ser el interés privado de la persona natural o jurídica afectada porque es la única forma en que derecho y daño se concretan en un sujeto determinado, pues si fuese público todos podrían alegar su lesión y demandar perjuicios, lo que sería absurdo. Y, debe ser daño resarcible el que ha sido causado de modo inmediato o directo, porque de no ser así se caería en el abuso del derecho.

Con razón la Corte ha dicho:

"...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 cuantas personas se sintieran lesionadas, lo que en verdad no ha querido la ley. No cabe duda que el legislador de conformidad con los artículos 2341 del Código Civil, 24 y 125 del Código de Procedimiento Penal, ha establecido este específico derecho de acción a favor de quienes realmente han sufrido daño con el delito, ésto es, en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio o de sus herederos...". (C. S. de J., Cas, Penal, auto del 14 de mayo de 1981).

¿Qué significan estas disquisiciones? Que sólo el titular de bienes o derechos realmente lesionados puede derivar del delito perjuicios resarcibles. Y, a falta de él, sus herederos.

Igualmente significa, que sólo quienes tienen capacidad para representar *en juicio pueden demandar para sí o para otro, el pago de esos perjuicios.*

La ausencia de uno cualquiera de estos presupuestos de la acción civil indemnizatoria, obliga, se repite una vez más, al rechazo de la demanda.

En el caso concreto se tiene:

1. El doctor Felipe Salazar Santos fue *simple* denunciante en el proceso contra Alberto Santofimio Botero y otros.

2. Con los hechos por él denunciados no se le había inferido daño *personal* en forma inmediata y directa según se desprende de lo ocurrido y de lo que fue materia del juicio.

3. No fue *parte civil* en ese momento ni podía serlo conforme a los puntos anteriores, y

4. En ninguna parte de la sentencia definitiva proferida en ese asunto se tildó de *temeraria* su denuncia.

Bastan estas someras observaciones para concluir que si en ese proceso los jueces y magistrados prevaricaron, al doctor Salazar Santos, por cumplir con el deber ciudadano de denunciar los delitos, no se le conculcó ningún derecho ni se le infirió daño alguno.

Aducir ahora, que el citado profesional puede constituirse en parte civil contra los magistrados que fallaron aquel proceso porque con su sentencia vino a quedar ante el país "...como un denunciante temerario, apresurado, que tomó la vía judicial como arma política...", es nada menos que jugar con la exageración y el sofisma. Si bien es cierto que se absolvió a todos los procesados, la verdad es que no se dijo que los hechos denunciados no fueran objetivamente delictivos y, por eso mismo, resalta que su denuncia tuvo al menos fundamentos razonables. Pretender que por obra de los jueces la opinión pública se ha creado una imagen falsa del doctor Salazar Santos, es olvidar que como cualquier denunciante asumió ese riesgo, exponiéndose conscientemente a esas y otras conjeturas más conspicuas.

En síntesis: como los elementos de juicio disponibles en este momento indican que el doctor Felipe Salazar Santos carece de personería sustantiva y de legitimidad para ejercer por sí o por medio de apoderado el derecho a la acción de resarcimiento de perjuicios, la demanda debe rechazarse con fundamento en el ya citado artículo 131 del Código de Procedimiento Penal.

Con las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, RECHAZA la demanda de constitución de parte civil presentada por el doctor Alfonso Gómez Méndez, en representación del doctor Felipe Salazar Santos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Si el demandante no precisó la clase de error alegado, si no demostró la violación sustancial, si no estableció el nexo causal del pretendido error y la parte resolutiva del fallo, y si por último, acompañó pruebas para tratar de reforzar sus puntos de vista, cometió errores de técnica insalvables que excusan a la Corte de penetrar en la demanda

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 29.

Expediente número 26885.

Vistos

Se resuelve el recurso de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de febrero de 1980, por medio de la cual confirmó con algunas modificaciones la proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito del 31 de octubre del año anterior que condenó a Luis Carlos Moreno Herrera, a la pena de 20 meses de prisión y multa de $ 20.000, como infractor del Decreto 1188 de 1974.

Hechos

Fueron condensados en los siguientes términos:

"...Dio origen a la presente investigación el operativo realizado por la Policía Judicial el día 30 de enero del año en curso (1979), según el cual después de haber aterrizado en el Aeropuerto de Eldorado de Bogotá, el vuelo 921 de Viasa, proveniente de Lima (Perú), fue seguido un camión que salió de las instalaciones aledañas al muelle internacional del citado aeropuerto, habiendo sido interceptado dicho automotor sobre la Autopista de Eldorado a la altura de la Avenida Boyacá, lo mismo que la comioneta Ford-Ranger, que al parecer acompañaba al otro vehículo. Los agentes de la autoridad encontraron dentro del camión un guacal, que al ser desarmado en las dependencias de la Unidad de Estupefacientes, se encontraron tres bolsas que contenían cincuenta kilos de cocaína...". (Fls. 33 y 34).

La demanda

El actor formula un solo cargo por la causal primera de casación, cuerpo segundo (Art. 580-1 del C. de P. P.), al estimar que el Tribunal Superior violó indirectamente, por aplicación indebida, la ley penal sustancial.

El fundamento jurídico de la demanda descansa en que el sentenciador por haber apreciado erróneamente algunas pruebas dejó de aplicar el principio *in dubio pro reo* (Art. 216 del C. de P. P.).

Bajo esta premisa indica que los procesados Riaño y Bernal, quienes iban en el camión donde fue hallada la caja de cocaína, afirmaron que seguían a una camioneta con "stops" redondos, es decir, una distanta a la que conducía Moreno Herrera, pues ésta tenía "stops" rectangulares. (Al respecto acompañó prueba documental).

Observa que no se encuentra plenamente acreditado que la guía aérea que amparaba el guacal donde iba la droga hubiera sido encontrada en poder de Moreno Herrera, pues mientras unos aseguran que la llevaba en los bolsillos, otros dicen que fue hallada en el vehículo por él manejado.

Por considerar que estos aspectos desembocan en una clara situación de duda frente a la participación en el delito de su representado y concretamente sobre su responsabilidad penal, ve violados por la sentencia los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal y el 38 del Decreto 1188 de 1974.

Consecuencialmente pide que se case el fallo impugnado para que en su lugar se dicte el que corresponde.

Se considera

La demanda adolece de fallas que inhiben a la Corte para un pronunciamiento de mérito.

Reiteradamente esta Corporación ha dicho que cuando se alega violación indirecta *de la ley sustancial, el impugnante no sólo está en la obligación de señalar las pruebas sobre las cuales recae el error del sentenciador, sino que debe precisar en qué consistió el error indicado y cuál su naturaleza jurídica, si de hecho o de derecho.*

No es esta exigencia un simple capricho de la Corte como pudiera pensarse, sino clara demanda de la ley (Art. 580-1 del C. de P. P.) y de la teoría del error. Basta entender que ambos errores tienen una etiología jurídica distinta, como que el uno nace de la falsa interpretación del hecho y el otro de la falsa aplicación de la norma legal probatoria, para concluir que la precisión obedece a una estricta lógica jurídica del recurso que no puede ser sosloyada por el recurrente ni suplida por la Corte que no está llamada a ampliar, completar o corregir la impugnación, sino a decidirla.

Esto se hace más imperioso cuando, como en el caso concreto, se aduce el in dubio pro reo, *principio legal que por su complejidad requiere un detenido estudio de todo el acervo probatorio recaudado en el proceso para medir su ponderación y eficacia.*

Y, es justamente en este terreno donde las equivocaciones de los demandantes son frecuentes porque olvidan que la duda, per se, *es un fenómeno de puro hecho, pero que el valor probatorio que se le da a ese fenómeno, la ley lo determina. De suerte que este tipo de impugnación tiene dos aspectos:*

1. *Cuando la sentencia reconoce que existe duda razonable originada en el haz de pruebas recaudado y, no obstante, deja de aplicarle a esa situación el valor probatorio que le asigna la ley, ésto es, el de plena prueba* pro reo, *se presenta error de* derecho *por violación indiscutible de la consecuencia condicionada o consecuencia jurídica del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.*

2. *Cuando la sentencia ignora la existencia de duda razonable y manifiesta originada en el haz de pruebas recaudado y, sin embargo de que existe esa situación, decide perjudicando al reo, se presenta error de* hecho *por desconocimiento de la situación fáctica condicionante del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.*

Como se ve, además de ser diferentes estos dos errores, son de suyo sustancialmente inconfundibles. De ahí que sea menester lógico del actor precisar cuál de ellos impregna la sentencia viciándola de fondo.

Empero, ésto no es suficiente. Hay que demostrar enseguida que el error que se propone afecta de manera indirecta la ley sustancial de la sentencia, por exclusión evidente o por aplicación indebida, porque si la violación se queda en las disposiciones reguladoras de la prueba, sin lesionar la ley sustancial en uno cualquiera de los aspectos anotados carece de capacidad para socavar la parte resolutiva del fallo atacado y, por ende, no se articula el nexo causal entre el error señalado por el censor y lo decidido, que es precisamente lo que se debe establecer para poner en evidencia que otro muy distinto debió de ser el sentido jurídico de la sentencia.

Finalmente, en la casación penal no existen términos probatorios porque no es un recurso para comprobar hechos sino un recurso para hacer un juicio en el que sólo se confronta la sentencia con la ley para determinar si se respetó el derecho objetivo y si no se le ocasionó agravio al recurrente.

En consecuencia, si el demandante no precisó la clase de error alegado, si no demostró la violación sustancial, si no estableció el nexo causal del pretendido error y la parte resolutiva del fallo y, si, por último, acompañó pruebas para tratar de reforzar sus puntos de vista, cometió errores de técnica insalvables que excusan a la Corte de penetrar en la demanda.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo 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 condenatoria dictada en este proceso el veinticinco de febrero del año pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ASOCIACION PARA DELINQUIR: CODIGO DE 1936. ESTATUTO DE SEGURIDAD (DECRETO 1923 DE 1978). CONCIERTO PARA DELINQUIR. NUEVO CODIGO PENAL. (DECRETO 100/80)

Los mismos elementos conforman esta figura (Asociación), tanto en el anterior Código, como en el estatuto de seguridad y en el nuevo ordenamiento (Concierto), pues si bien ha variado la descripción típica no ha desaparecido, como hecho punible, la conducta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 29.

Vistos

Contra la sentencia de seis (6) de junio de 1980, proferida por el Tribunal Superior Militar en que se confirmó la de primera instancia emanada del Consejo Verbal y fechada a veintinueve (29) de noviembre del año anterior en que se condenó a Manuel Francisco Fuentes Padilla, Manuel Bienvenido Mendoza Castro, Carlos Julio Ramírez Torres y William Mengual Carreño, a la pena principal de diez (10) años de presidio, interpuso, en tiempo oportuno, el apoderado de los procesados, recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala donde se ha venido tramitando conforme al rito legal sin que se observe nulidad de ninguna especie, por lo cual y habiendo terminado el procedimiento, se pasa a resolver lo que sea del caso.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse aquellos diciendo que el día 25 de diciembre de 1978, en las horas de la tarde y en momentos en que transitaba por la carretera del Caribe desde Riohacha hacia Santa Marta, el señor Silvio Gómez acompañado por su esposa Celina Esther Otero de Gómez y sus hijos, en un vehículo de marca Renault 12, modelo 1975, fueron interceptados por un carro de servicio público, sin placas, ocupado por cuatro individuos que, amenazando con armas de fuego a Gómez y a los ocupantes del automóvil primeramente mencionado, los obligaron a detenerse, después de lo cual procedieron a despojarlos de sus joyas y otros artículos de valor, terminando por apoderarse también del carro, huyendo después con éste y el que los había llevado al sitio de los hechos. Pocos días después, el 13 de enero de 1979, fueron capturados, dentro de un automóvil que correspondía a la descripción del ocupado por los asaltantes, Manuel Fuentes Padilla, Manuel Bienvenido Mendoza Castro, Carlos Julio Ramírez Torres y William Rafael Mengual Carreño, quienes intentaban asaltar otro vehículo.

Mengual Carreño y los demás que se acaban de mencionar, fueron reconocidos, en rueda de personas, por Gómez Gómez, como los que los habían asaltado, a él y a su familia, en las circunstancias mencionadas. La señora Celina Esther de Gómez reconoció, en igual forma, a Mengual, Fuentes y Ramírez, como los partícipes del asalto.

Al ser indagado Mengual Carreño, dice que el 13 de enero se dirigía a Maicao a sacar unas armas y que, al darse cuenta de que lo perseguían, él y sus acompañantnes, las arrojaron a los lados de la carretera. Niega, empero, haber participado en el asalto a la familia Gómez. En igual forma declaran sin juramento Ramírez Torres, Fuentes Padilla, Mendoza Castro.

Por medio de Resolución número 0602 de 19 de noviembre de 1979, se convocó, por el Comando de la Segunda Brigada, con sede en Barranquilla, un Consejo Verbal de Guerra, para juzgar a los sindicados, como responsables por el delito de que trata el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978. Dicho Consejo se celebró en la ciudad menciona-

da el 21 de noviembre del año también citado y en él se sometieron a los vocales cuestionados del siguiente tenor:

"El acusado ..., es responsable sí o no de haber integrado en compañía de otros una banda armada y de haberse apoderado mediante amenazas con arma de fuego ejercida contra Silvio Gómez Gómez y Celina Otero de Gómez de los siguientes elementos de su propiedad: un carro Renault 12, un reloj Seiko, de 200 bolívares, de $ 2.500 colombianos, de ropa por valor de $ 7.000, de un equipo de radio-receptor, de un amplificador marca MRTZ, de dos cornetas 'Trianciales', de un equipo de sonido, de dos parlantes Pioners, de un equipo de filmación, de dos cámaras fotográficas, de una caja de herramientas y de joyas por valor de $ 40.000, según hechos ocurridos en las horas de la tarde del día 25 de diciembre de 1978, en la carretera que de Riohacha conduce a Santa Marta?".

Los vocales contestaron, por unanimidad "sí es responsable" a cada uno de los cuestionarios que les fueron sometidos.

Con base en esa respuesta, el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, profirió la sentencia que se deja mencionada al comienzo de la presente en la que, después de hacer el recuento de las pruebas aportadas durante la investigación y de los alegatos de las partes durante la audiencia, afirmó que existen en los autos pruebas suficientes para demostrar tanto la violación de la ley como la responsabilidad de los sindicados haciendo especial hincapié en las declaraciones de los ofendidos y en las diligencias de reconocimiento que se dejan mencionadas, todo ello para concluir que debe aceptarse el veredicto asentado lo cual procede a condenar en la forma vista.

Apelada esta sentencia por los procesados, conoció del proceso el Tribunal Superior Militar que decidió la alzada por medio de la providencia que es ahora materia del presente recurso extraordinario en la cual se muestra de acuerdo con el *a quo* y, por lo tanto, confirma la decisión recurrida.

Demanda de Casación y respuesta de la Procuraduría

Una serie de cargos hace el demandante a la sentencia recurrida fundamentados en la causal cuarta de casación.

Considera, en efecto, que ella fue dictada en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional por haberse adelantado el presente proceso ante la justicia penal militar siendo así que, en concepto del actor, debió serlo ante la ordinaria porque aquella, dice, es solo para militares en servicio activo.

Cita como violados los artículos 26 y 170 de la Carta Política y agrega que ésta "no habla ni da piso al famoso Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978 y Decreto 2144 de 1978), para juzgar a particulares como en el caso de mis defendidos".

Agrega que a éstos se les imputó una conducta descrita en el mencionado Estatuto "ajena, dice textualmente, por adecuación típica a la conducta imputada. Se montó una asociación para delinquir y condenarlos como se hizo. Se olvidaron las formas propias del juicio y la justicia militar queriendo ser más pura y drástica que la ordinaria condenó con base a una conducta que solo ellos vieron y adecuaron".

Termina afirmando que la "asociación para delinquir" es una figura delictuosa que ya no existe pues fue sustituida, en el nuevo código, por otra llamada "concierto" y que a sus defendidos a la sumo podría habérseles imputado un delito contra la propiedad.

Eso no obstante, en el cuerpo de su alegato, aboga por la aplicación del principio de favorabilidad alegando que la pena del artículo 186 del nuevo estatuto penal es más benigna que la contemplada por el Decreto de Seguridad, lo cual no le impide insistir en que ésta desapareció al ser sustituida la figura por la ya mencionada de "concierto para delinquir".

A estos argumentos responde el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares manifestando que como el despojo fue coetáneo con la amenaza, se adecua la conducta a la descripción que trae el artículo 3º del mencionado estatuto cuyo texto transcribe para decir, en seguida, que la "norma en mención contiene cuatro modalidades delictivas que se agrupan acumulativamente bajo el rubro de asociación para delinquir, para el apoderamiento de bienes muebles ajenos, mediante la violencia moral o física".

Agrega que el artículo 9º del mismo ordenamiento atribuye competencia para juzgar dicho delito a la justicia penal militar y que si bien el nuevo código de las penas creó en su artículo 186 la figura llamada "concierto para delinquir" para sustituir el de asociación "cabe insistir nuevamente dice con criterio ya reiterado por este Ministerio Público en otras oportunidades, de que el nuevo Código Penal no puede derogar

el Decreto legislativo 1923 de 1978, de prevalencia constitucional, por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria".

Concluye solicitando que se deseche, por improcedente, la demanda.

Consideraciones de la Corte

Desordenada en extremo, casi caótica, es la demanda que se deja resumida en los apartes anteriores, ya que expone, en forma por demás confusa, los argumentos en que funda su solitud de casar la sentencia agrupándolos todos bajo el común denominador de nulidad constitucional.

Eso no obstante y teniendo en cuenta que, según doctrina reiterada de esta Sala, aunque las nulidades no hayan sido alegadas, debe examinarse si concurren en un determinado proceso, la Corte va a analizar las que menciona el actor, pese a la falta de sustentación adecuada que, según se deja dicho, se advierte en la demanda.

Para mayor claridad se hace la separación de los cargos, cosa que el demandante no llevó a cabo pues, como también queda expresado, presentó todas las censuras en un solo bloque, sin separación entre una y otras, como correspondía hacer, en aras de una mayor claridad del libelo acusatorio.

Primer cargo. Haberse adelantado el proceso por la justicia penal militar cuando, en concepto del demandante, debió hacerse ante la ordinaria.

Se responde diciendo que la Sala Penal de la Corte, en decisiones mayoritarias y acatando sentencias de la Corte Plena ha sentado que el legislador extraordinario, esto es, el ejecutivo en estado de sitio, puede atribuir a la justicia penal militar el juzgamiento de civiles.

Se ha basado, sustancialmente, en la interpretación del artículo 61 de la Constitución Política en el sentido de que si esta norma solo prohíbe la acumulación o el ejercicio simultáneo de la autoridad política o civil y la judicial o militar en tiempo de paz, "contrario sensu" le está permitiendo en tiempo de guerra ,o lo que es lo mismo, de turbación del orden público, atribuir a la autoridad militar, el juzgamiento de los civiles o los militares por delitos comunes.

No prospera, en consecuencia, esta censura.

Segundo cargo. Dice el demandante que se faltó a las formas propias del juicio, con violación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta, al juzgar y condenar a sus defendidos por asociación para delinquir conforme al Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978), siendo así que esa figura delictiva fue sustituida por el nuevo Código Penal que creó la de "concierto para delinquir" a cuyo tipo no se adecua el comportamiento de los procesados quienes, a lo sumo, cometieron un delito contra la propiedad.

El argumento es, como se deja dicho, de la totalidad de la demanda, confuso y, pudiera añadirse, contradictorio. En realidad, contiene dos críticas a la sentencia: una haber aplicado el llamado estatuto de seguridad estando vigente el Código Penal que es más favorable a los procesados y otra, la falta de tipicidad en la conducta juzgada.

Hasta una tercera parece encerrarse en este cargo cual sería la de que desapareció como delito la asociación para delinquir.

Respecto a la primera censura, o sea la falta de aplicación del llamado Estatuto de Seguridad sin tener en cuenta que el nuevo Código había sustituido la figura de "asociación para delinquir" por la de "concierto para delinquir" y señalado para ésta una pena más benigna que la de aquél, se responde que cuando la sentencia fue proferida, o sea el seis de junio de 1980, aún no estaba en vigencia el Código Penal (Decreto 100 de 1980), que solo entró a regir el 29 de enero de 1981. De manera que mal podía darse aplicación a normas legales que aún no se encontraban en vigor.

Este mismo argumento sirve para desechar el criterio de favorabilidad alegado por el actor, ya que en sede de casación no se trata de saber cuál norma debe aplicarse para una posible rebaja de pena, como lo hizo la Sala en decisiones mayoritarias en las que se estudió este punto y en la última de las cuales se concedió la libertad a los procesados con base en el criterio de favorabilidad por considerarse que era más benigna la pena consagrada en el Código para el "concierto" que la del Estatuto relativa a la "asociación para delinquir" y que, por tanto, debía reducirse la sanción en forma de ajustarla a esta última norma, sino de saber si se violó la ley vigente en el momento del fallo.

Por tal razón los argumentos expuestos por el demandante no son aplicables a la situación planteada por él, pues no puede considerarse que existiera nulidad ni violación directa de la ley por el hecho de haberse cambiado, con posterioridad a la sentencia atacada, la norma reguladora de la conducta juzgada ya que, de todos modos,

cuando se hizo el juzgamiento se le dio aplicación a la vigente en ese momento, como era imperativo hacerlo.

Respecto al consistente en haber desaparecido el delito por el cual se juzgó y condenó a los procesados por cuanto ya no se habla, en el nuevo Código, de "asociación para delinquir", sino de "concierto para delinquir", la Sala no comparte la opinión del censor, pues basta examinar las normas legales correspondientes para cerciorarse de que, en el fondo, se refieren al mismo hecho, o sea la unión de varias personas, con cierta permanencia y con el fin de cometer ilícitos, elementos que conforman esta figura tanto en el anterior Código, como en el Estatuto de Seguridad y en el nuevo ordenamiento de las penas por lo que puede decirse que si bien ha variado la descripción típica no ha desaparecido, como hecho punible, la conducta, con lo que cae por su base la argumentación del censor, que, además de infundada es, como atrás se observó, contradictoria, pues al paso que niega la existencia, en el nuevo Código, de ese delito, la reconoce al comparar las penas respectivas.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Tercer cargo. Lo hace consistir, sustancialmente, en la falta de adecuación típica de la conducta atribuida a los procesados, pues niega que configure una asociación para delinquir y, a lo sumo, acepta que constituya un delito contra la propiedad.

No ofrece ninguna argumentación en respaldo de su dicho, limitándose a afirmar de manera escueta lo que se deja consignado.

Pero basta una ojeada al expediente para cerciorarse de que de autos se dan todos los elementos que tanto el Estatuto de Seguridad como el anterior Código Penal y el nuevo, han requerido como fundamentales en esta figura, a saber, la presencia de un número plural de individuos (dos o más), su unión más o menos permanente, y el propósito común de cometer delitos, no determinándolos de antemano en sus específicas características, es decir, sin que se trate de un cierto y determinado ilícito porque entonces se estaría dentro de las formas de cooperación delictuosas.

Todas esas modalidades, se repite, están presentes en la conducta de los acusados, quienes conformaban una banda o pandilla dedicada a asaltar en la carretera que de Santa Marta conduce a Riohacha y que no solo perpetraron este ilícito, sino que fueron aprehendidos en el momento en que consumaban otro semejante, lo cual hace innegable que se está en presencia de la figura delictuosa autónoma de asociación para delinquir por la cual fueron llamados a juicio y lleva a desechar, por infundada, esta censura.

Cuarto cargo. Violación de las formas propias del juicio. Lo hace consistir vagamente el actor en el hecho de haber sido procesados y condenados sus poderdantes por la justicia penal militar y no por la ordinaria, así como en el habérseles atribuido un ilícito que, en su concepto, no cometieron.

Nada más lejos de la violación de las formas propias del juicio que la falta de competencia o la de adecuación típica.

El resguardo que, por este aspecto, contiene el artículo 26 de la Carta Política se dirige a la protección de las formas procesales en cuanto los ritos que la ley señala para el juzgamiento sirven, esencialmente, para amparar los derechos de los procesados y los de la sociedad, pues es garantía de ellos la observancia de los principios fundamentales en que tales procedimientos se basan. Ocurre empero que éstos no se vulneran, por el aspecto mencionado, con las fallas sobre competencia, que dicen relación a otra de las garantías mencionadas en la misma norma, a saber, la de que los acusados sean juzgados ante juez competente, ni a la adecuación típica de la conducta.

De manera que no anda bien encaminado el censor cuando pretende que esas dos presuntas faltas (la de competencia y la de adecuación típica) sean consideradas como violaciones del debido proceso y por eso su censura debe ser desechada.

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

Resuelve

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

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 21/80), reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de normalidad, solo 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 166 de la Constitución Nacional, según su interpretación exiológica, 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 (Arts. 21, 166 y 157, C. N.; Código Nacional de Policía, Arts. 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 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.

Fecha ut supra.

IMPEDIMENTOS

El hecho de haber proferido la sentencia no sólo no impide al juez que la dictó resolver el incidente de liquidación de los perjuicios causados con la infracción materia de la condena, sino que es él mismo, por disposición expresa de esa norma, quien debe tramitarlo y resolverlo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de mayo de 1982.

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

Aprobado: Acta número 029.

Vistos

El señor Magistrado Fabio Calderón Botero, se ha declarado impedido para conocer del recurso de hecho interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que, en segunda instancia, aprobó la regulación de los perjuicios causados con el delito de abuso de confianza que se imputó y por el cual fue condenado el señor Abel Carrasco Amaya, en la consideración de que como juez dictó en el proceso, hace aproximadamente veinte (20) años, el fallo condenatorio de primera instancia, circunstancia que, a su juicio, configura la causal de recusación prevista en el numeral 2 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil.

Para resolver, la Sala considera:

Los funcionarios de lo civil deben declararse impedidos cuando "han conocido del proceso en instancia anterior" (Num. 2 del Art. 142 del correspondiente Código de Procedimiento), en tanto que los del ramo penal sólo pueden hacerlo "cuando han dictado la providencia de cuya revisión se trata" o son parientes "dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar" (Num. 7 del Art. 78 del respectivo Código de Procedimiento), lo que quiere decir que para aquellos la causal surge del proceso *en que van a actuar, en tanto que, para éstos, únicamente,* de la providencia *que van a revisar.*

Por ello la Corte ha dicho, reiteradamente, que los actos ejecutados por los jueces y magistrados de la Rama Penal en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, al propio tiempo, motivo de impedimento para su posterior intervención dentro del mismo proceso, afirmación tanto más cierta entre nosotros cuanto que la legislación procesal penal entrega de tal modo a un mismo funcionario el conocimiento de la totalidad del asunto, que bien puede éste actuar desde la iniciación de la investigación hasta el proferimiento y ejecución de la sentencia correspondiente, sin otras excepciones, legalmente reconocidas, que las indicadas en el numeral 7 del respectivo Código.

Basta detenerse en el texto del artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, de otra parte, para advertir que el hecho de haber proferido la sentencia no solo no impide al juez que la dictó resolver el incidente de liquidación de los perjuicios causados con la infracción, materia de la condena, sino que es él mismo, por disposición expresa de esa norma, quien debe tramitarlo y resolverlo.

Y sí, pues, quien dictó la sentencia puede decidir el incidente, síguese que, con mayor razón, puede hacerlo quien no dictó la providencia de regulación de perjuicios de cuya revisión se trata.

La causal invocada, fundada en disposiciones que se oponen a las que rigen el procedimiento penal es, por ello, improcedente.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el señor Magistrado Fabio Calderón Botero y dispone, en consecuencia, que éste conozca del recurso de hecho sujeto a la decisión de la Corte.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL DEL CARGO POR FALTA COMETIDA AL TENOR DE LO NORMADO POR EL ARTICULO 199 INCISO 1º DEL DECRETO 1660 DE 1978

Si al Tribunal Superior de Aduanas está asignada la competencia para imponer la sanción a jueces y empleados de su especialidad, obvio resulta que también tiene la facultad de suspender provisionalmente a todos aquellos que incurran en falta, dentro de los presupuestos de que trata el artículo 199 del decreto en cita

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 28 de 6 mayo/82.

Vistos

Procede la Sala, ya clausurada la etapa investigativa, a calificar el mérito de la misma en este proceso que se sigue a los doctores Evencio Posada Valbuena, Carmencita Londoño de Rojas, Carlos Julio Díaz Méndez, José de J. Villamizar Mendoza y Roberto Medina López, Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, denunciados por el abogado Alberto Ramírez Ospina, por supuesto delito de abuso de autoridad.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal y el apoderado de los denunciados, solicitan sobreseimientos definitivos para cada uno de ellos. La investidura de Magistrado, para cada denunciado, se demostró con prueba documental plena en la indagación preliminar tal como se ve a folios 15 a 32, 36 y 37, y 40 a 43 del expediente.

La denuncia gira en torno del Acuerdo número 016 de 27 de mayo de 1980, mediante el cual los cinco (5) Magistrados nombrados (el doctor Edgar Guillermo Señudo Rodríguez, no intervino, pues gozaba de permiso), resolvieron:

1. Suspender provisionalmente por el término de noventa (90) días y sin derecho a remuneración, al doctor Henry Pallares Leal del cargo de Juez Primero de Distrito Penal Aduanero de Bogotá.

2. Encargar de dicho despacho y mientras se proveía en interinidad, a la señora Inés Iregui viuda de Villamil, Secretaria del Juzgado, y

3. Enviar copia del Acuerdo al Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial "en solicitud de investigación disciplinaria y penal si hubiere lugar", y dar aviso de lo allí resuelto tanto al Concejo Superior de la Judicatura que por aquel tiempo existía como a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y al Pagador de la Rama Jurisdiccional.

La emisión de tales determinaciones obedeció a las consideraciones que a continuación se consignan:

"1º Que en el día de ayer la doctora Luz América Ruiz Yepes, actual Juez Quinta de Instrucción Penal Aduanera de esta ciudad, en declaración juramentada rendida ante la doctora Carmencita Londoño de Rojas, Magistrada de esta Corporación, formuló cargos contra el doctor Henry Pallares Leal, actual Juez Primero de Distrito Penal Aduanero de esta ciudad.

"2º Que los cargos consisten fundamentalmente en que el doctor Henry Pallares Leal de manera (sic) personal, en repetidas ocasiones y a cambio de algunas sumas de dinero, demanda la libertad del señor Hugo Ospina Betancur, que se encuentra detenido a órdenes del despacho de la doctora Luz América Ruiz Yepes, por los delitos de contrabando y falsedad.

"3º Que se debe proveer inmediatamente por esta Corporación a tomar las medidas necesarias para que se investigue la conducta del doctor Henry Pallares Leal y además se le suspende del cargo que viene desempeñando, puesto que los (sic) hechos revisten suma gravedad.

"4º Que el artículo 199, inciso 1º, del Decreto 1660 de 1978 prescribe: 'En los casos de flagrancia o cuasiflagrancia, *o de perjuicio grave para el servicio,* cuando la falta pudiere dar lugar a destitución, el superior inmediato puede relevar de sus funciones al empleado suspendiéndolo provisionalmente de su cargo, sin derecho a remuneración, mediante resolución expedida de plano que tendrá vigencia inmediata y cuyos efectos se prolongarán mientras se surten los procedimientos disciplinarios, pero en ningún caso por tiempo superior de noventa (90) días, vencidos los cuales sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho a reincorporarse y al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente a este período' ".

El Acuerdo en cita concluye con las palabras "comuníquese y cúmplase" que anteceden a la fecha y a la firma de los cinco (5) Magistrados que intervinieron en su adopción, y de la de la Secretaria del Tribunal señorita Alicia Becerra Pineda.

El denunciante, doctor Alberto Ramírez Ospina, dice que no podía aplicarse por parte de los Magistrados del Tribunal de Aduanas a un juez como lo era el doctor Pallares Leal, el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, porque no era éste un empleado de dicha Corporación como sí lo son el Secretario, el Oficial, el Escribiente, etc. En consecuencia, afirma, cometieron un acto constitutivo de abuso de autoridad. Por otra parte, agrega, la disposición aplicada, que rige sólo "para empleados, no para jueces", se debió adoptar mediante "resolución", expedida de plano, es decir, mediante una decisión susceptible de notificación y resulta claro que se tomó por Acuerdo "de comuníquese y cúmplase". Tampoco por este aspecto procedimental del asunto acertaron los Magistrados. Además, continúa, omitió el Tribunal denunciar el hecho atribuido al doctor Pallares Leal ante el funcionario competente (Tribunal Superior de Bogotá), a pesar de que se le imputaba el delito previsto en el artículo 164 del Código Penal. La omisión de denuncia anotada "ronda el texto de los artículos 172 y 174 del Código Penal", según textualmente se copia. Al final dice que los hechos denunciados tienen que ver, ya en el campo disciplinario, con los numerales 11, 13, 16 y 1º del artículo 162 del Decreto 1660 de 1978. El escrito de denuncia estaba inicialmente dirigido al extinguido Consejo Superior de la Judicatura.

Mediante diligencias de indagación preliminar se comprobó con prueba documental plena y completa según ya se dejó dicho el carácter de Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas que tienen los denunciados; se obtuvo copia auténtica del Acuerdo número 016 de 27 de mayo de 1980 "por el cual se suspende del cargo a un funcionario" que es precisamente el doctor Henry Pallares Leal, Juez Primero de Distrito Penal Aduanero de Bogotá, y se logró información del Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial acerca de la apertura en el despacho a su cargo de investigación disciplinaria para el doctor Pallares Leal, con base en comunicación recibida del Tribunal Superior de Aduanas y copia del Acuerdo número 016 de 27 de mayo de 1980. Se sabe también por dicho informe (Fls. 34 y 35) que mediante providencia de 11 de agosto de 1980, se llamó a descargos al doctor Pallares Leal y se promovió acción penal en su contra ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, según consta en el Oficio número 3684 de 13 del mismo mes y año y copia de todo lo actuado.

Ratificada bajo juramento la denuncia se abrió la investigación y durante ella los denunciados fueron escuchados en declaración de indagatoria y en sus versiones sostuvieron que no habían infringido la ley penal de ninguna manera.

Se trajo al expediente copia del Acta número 18, correspondiente a la reunión extraordinaria de 24 de mayo de 1980, a la cual asistieron los cinco (5) Magistrados denunciados. A dicha reunión la doctora Carmencita Londoño de Rojas hizo llegar la declaración que ante ella rindió la doctora Luz América Ruiz Yepes, Juez Quinta de Instrucción Penal Aduanera de Bogotá. Se dispuso en dicha sesión y dada la gravedad de los cargos que dicha Juez hacía al doctor Pallares Leal la suspensión de éste en el ejercicio del cargo de Juez Primero de Distrito Penal Aduanero, con base en lo dispuesto por el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978.

Vino al proceso copia auténtica de la declaración que por el día 26 de mayo de 1980 rindió la doctora Luz América Ruiz Yepes ante la doctora Carmencita Londoño de Rojas y en ella la revelación de toda una serie de propuestas de parte del nombrado juez para que aquélla, la doctora Ruiz Yepes, aceptara dinero (primero $ 10.000 y luego $ 50.000), para dejar en libertad a Hugo Ospina Betancur, sindicado de contrabando en el Juzgado a cargo de la Juez.

Al folio 68 aparece una historia del proceso que por un posible delito de contrabando se sigue a Hugo Aospina Betancur o Betancourt, Alvaro Martínez, Angel María Pacheco Rosas, Estaurófilo Rodríguez López y Delio Moreno Moreno. Un

carrotanque avaluado en $ 1.500.000 y mercancías (2.400 cartones de cigarrillos de marcas varias y 10 botellas de cognac Hennessy), avaluadas en $ 605.000, quedaron retenidos por cuenta de la investigación. Ospina Betancourt fue indagado (mayo 19 de 1980) y preventivamente detenido (mayo 23 de 1980), con petición de libertad mediante caución que se le niega.

Al folio 75 y con fecha del 27 de agosto de 1980 aparece la comunicación de reintegro del doctor Pallares Leal al Juzgado Primero de Distrito Penal Aduanero "una vez transcurrido el término de suspensión provisional de que trata el Acuerdo número 016 de mayo 27 del corriente año, emanado de ese honorable Pleno", según él mismo dice y se copia textualmente.

Al folio 76, existe copia del Acuerdo número 027 de 28 de agosto de 1980 "por el cual se hacen unos nombramientos en interinidad", por parte del Tribunal Superior de Aduanas y para el período que se inició el 1º de septiembre de dicho año. Dichos nombramientos se hacen en interinidad porque, según allí se dice: "El honorable Consejo Superior de la Judicatura aún no ha enviado a esta Corporación las listas para proveer los cargos de la jurisdicción especializada, de conformidad con el artículo 217 de la Constitución Nacional". Para el Juzgado Primero de Distrito Penal Aduanero que ocupaba el doctor Pallares Leal, se nombra a la doctora Carmenza Duret Orbegozo, por aquel entonces Juez Primero de Distrito Penal Aduanero de Cartagena.

Hay un memorial del doctor Pallares Leal a folio 95 en el cual y con alegaciones muy parecidas a los cargos que se ven en la denuncia del doctor Alberto Ramírez Ospina, solicita reposición del Acuerdo número 016 de 27 de mayo de 1980, mediante el cual el Tribunal Superior de Aduanas le suspendió provisionalmente con base en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978. El Tribunal en sesión de 10 de junio siguiente se ocupó del tema y decidió "no tramitar la petición de reposición del Acuerdo 016 a que se aludió anteriormente, por cuanto de conformidad con el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 la providencia no tiene recurso alguno por ser expedida de plano y entrar en vigencia de inmediato" (Fl. 94). Se dispuso comunicar esto al doctor Pallares Leal y así se hizo por Oficio número 331 de 12 de junio de 1980 (Fl. 92).

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que debe sobreseerse definitivamente para los Magistrados indagados. En primer término, dice, sí tenían competencia para aplicar "la medida correctiva" no sólo a los empleados sino también a los funcionarios que le están jerárquicamente subordinados. En segundo lugar se pronuncia por la gravedad de la falta atribuida al Juez Pallares Leal. Luego razona para demostrar que el término "empleado" que utiliza el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 en su inciso primero, está utilizado "en el sentido amplio que gramaticalmente tiene" y que ello se ve más claro al leer el segundo inciso de dicho artículo. Por otra parte, dice, sería un contrasentido creer que sólo puede suspenderse provisionalmente a los empleados y no a los funcionarios cuando precisamente son estos últimos quienes tienen una mayor capacidad para causar daño a la administración de justicia. En estas circunstancias, agrega, "es atípico el comportamiento denunciado". Pero si se llegare a considerar típico el comportamiento de los Magistrados habría que aceptar que no fue antijurídica su conducta porque ellos actuaron "dentro de una situación de legítima defensa del prestigio de las instituciones agraviadas con el comportamiento actual y antijurídico del Juez Pallares". Y, de exagerar los planteamientos, agrega que ante un posible rechazo de sus anteriores argumentaciones, habría que concluir que por ausencia de culpabilidad no sería delictiva la conducta denunciada, pues actuaron de acuerdo con sus convicciones y podían hacerlo así (Art. 8º del Decreto 1660 de 1978) hasta el punto de que no les era exigible comportamiento diverso. "La no exigibilidad de otra conducta, dice, es el motivo en que fundamenta el Ministerio Público la afirmación de que no hay culpabilidad, y por lo tanto no es delictiva la conducta asumida por los Magistrados sindicados". Luego considera que se trata de un simple "culto a las palabras", el cargo de que se procedió mediante Acuerdo y no mediante Resolución, y que nada irregular hay en la tramitación del asunto, ni existe omisión del deber de denunciar, etc.

El apoderado de los indagados, por su parte, solicita también sobreseimiento definitivo para sus patrocinados y en sustentación de dicha petición, con cita de los estudios del doctor Gustavo Humberto Rodríguez ("Procesos Administrativos Disciplinarios", Bogotá, 1977), concluye que "la manifestación más clara de la potestad discrecional", del titular disciplinario, en este caso el Tribunal Superior de Aduanas, se concreta en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978. El ejercicio de tal potestad, dice, "elimina necesariamente y en forma absoluta, cualquier calificación de ilicitud en su aplicación, si, desde luego, se toman en consideración los presupuestos o antecedentes

que la originaron" como acontece para el caso concreto.

Por lo demás, considera "extravagante", "grotesca" e "incapaz de resistir el menor análisis" la distinción que pretende hacer el denunciante entre "funcionarios" y "empleados" para efectos de la aplicación de la norma en cuestión; y de "formalista" la diferenciación entre "acuerdo" y "resolución", pues para el caso concreto uno y otra son "decisiones" o "determinaciones" creadoras de una situación jurídica nueva como es la que implica la "suspensión", "alejamiento", o "retiro provisional" del funcionario.

Discrepa del Procurador Delegado que conceptúa al encontrar "extraña" la tesis sobre legítima defensa en el caso de autos, pues el sujeto activo sería a un mismo tiempo titular del poder disciplinario y en la aplicación de la norma no ejercitaría un derecho como acontece con quien legítimamente se defiende, sino ejercitando un poder o una función atribuida por ley.

De igual manera rechaza la tesis de la "no exigibilidad de otra conducta" de que también habla el Ministerio Público sobre la base de que en el cumplimiento estricto de un deber (Art. 29, 1 del C. P.), los denunciados no violaron la ley penal, en cuyo caso no se estaría ante una situación de exigibilidad que, "fuera de ser supuesta causal de eliminación de la culpabilidad", de cuyas bondades jurídicas dice dudar en forma absoluta, "no está prevista expresamente en la ley colombiana".

Sobre la base que prestan los elementos de prueba que se dejan resumidos en los párrafos antecedentes, la Sala efectúa las consideraciones que a continuación aparecen.

Discute el denunciante la capacidad del Tribunal Superior de Aduanas para dar aplicación al artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, en relación con los jueces aduaneros, pues dicha disposición, según alega, se refiere con exclusividad a empleados y no a funcionarios y, en concreto, a los subalternos de la Corporación, cuyos cargos cita expresamente. De tal creencia surge la acusación de abuso de autoridad para los Magistrados de dicho Tribunal que acordaron, con apoyo en dicha norma, la suspensión provisional del Juez Primero de Distrito Penal Aduanero de Bogotá. Que no asiste razón al denunciante se desprende con claridad de los siguientes análisis y conclusiones:

1. *El artículo discutido está ubicado en el Capítulo II, Título VIII del Decreto en mención y, por tanto, tiene relación directa con el régimen disciplinario que allí se regla. El artículo 191 que le antecede, dice: "Los Tribunales Superiores y de Aduanas conocen en única instancia de los procesos por faltas disciplinarias contra los jueces cuyo nombramiento les corresponde y contra sus propios empleados cuando sean de servicio, y en segunda, de los procesos por faltas disciplinarias seguidos contra los empleados de carrera de tales juzgados". Por consecuencia, la competencia juzgadora de los Tribunales de Aduanas comprende tanto a los jueces (funcionarios), como a los empleados (subalternos), cuando de cuestiones disciplinarias se trata.*

Cabe observar que la decisión que se adopta con apoyo en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 no es una sanción sino una medida cautelar para casos de flagrancia o cuasiflagrancia, o de perjuicio grave para el servicio, cuando la incursión en falta pueda dar lugar a la destitución del funcionario o del empleado que la comete. Por eso se la denomina "suspensión provisional", pues la "suspensión sanción" es definitiva y se produce en la sentencia con que culmina un proceso disciplinario. El inciso segundo del artículo en cita y el artículo 209, al cual se refiere, indican a las claras las diferencias entre la "suspensión provisional" como medida de cautela y la suspensión del empleo" (Arts. 169, 173 y 174) como sanción.

Si al Tribunal Superior de Aduanas, está asignada la competencia para imponer sanciones a jueces y empleados de su especialidad como queda demostrado, obvio resulta que también tiene la facultad de "suspender provisionalmente" a todos aquellos que incurran en falta que pueda dar lugar a destitución y dentro de los presupuestos de que trata el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978.

2. *El mismo decreto reglamentario que se comenta, se refiere al "respectivo superior", al "superior inmediato" y al "superior" a secas en disposiciones como las de los artículos 103, literal "f", 176, 198 y 199, que se refieren a permisos, amonestaciones de plano, mantenimiento de la disciplina interna de cada oficina (Judicial, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal) y suspensión provisional. Los conceptos de superior, superior inmediato y respectivo superior, se confunden así en una misma persona o entidad, pues tales expresiones se utilizan indistintamente en las diversas normas que señalan las funciones que puede cumplir. El superior de los jueces penales aduaneros es el Tribunal Superior de Aduanas, sin lugar a dudas.*

3. *El Decreto 1660 de 1978, distingue muy claramente por cierto entre funcionarios y empleados, pues en su artículo 4º, dice: "Quienes en la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público desempeñan cargos diferentes de los mencionados en los artículos 2º y 3º, tienen la calidad de empleados". En consecuencia el elenco de los funcionarios va, según esos artículos 2º y 3º citados, desde Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Tribunal Disciplinario, Tribunal de Aduanas, de Distrito Judicial y Administrativo hasta Juez Municipal o Territorial en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público desde Procurador General de la Nación hasta Personero Municipal. En las Direcciones de Instrucción Criminal son funcionarios los Directores de Instrucción Criminal, el Nacional y los Seccionales, y empleados los demás que desempeñen cargos en las mismas, dice el artículo 5º.*

El artículo 199 del Decreto comentado se refiere por igual a funcionarios y a empleados, pues no de otra manera podrían entenderse las denominaciones que de unos y otros hace en los dos incisos que lo integran. En consecuencia, cuando dicha norma en el inciso primero se refiere al empleado y cuando en el inciso segundo se refiere al funcionario aluden a una misma persona como susceptible de ser provisionalmente suspendida.

Asiste razón al Procurador Primero Delegado en lo Penal que conceptúa cuando afirma que una y otra denominaciones han sido empleadas en sentido genérico "pues de lo contrario los dos incisos serían inconexos". También resulta de recibo su argumentación acerca de que al no aceptarse dicho planteamiento "se llegaría al contrasentido de que los empleados no tendrían los derechos a que se refiere el inciso segundo para los casos de absolución o de imposición de medidas de menor entidad"; sin perjuicio de lo previsto en el artículo 209 que trata de la revocatoria de la sanción, cabe agregar.

Y *aciertan el apoderado de los sindicados y el Ministerio Público cuando se identifican en el criterio de que la disposición cobija por igual a funcionarios y a empleados, pues de referirse solamente a estos últimos como lo dice el denunciante, dejaría a los funcionarios por fuera cuando quiera que son éstos quienes por la mayor amplitud y fuerza de sus poderes están en capacidad de producir perjuicios más graves para el servicio con sus faltas. Además, unos y otros, funcionarios y empleados, pueden encontrarse en situaciones de flagrancia o cuasiflagrancia en la comisión de la falta y de atender a la manera de ver las cosas que tiene el denunciante sólo esas situaciones por parte de los empleados podría dar lugar a la suspensión provisional, pero no las de los funcionarios. Por este otro aspecto del problema se llegaría, indudablemente, a una conclusión que pone de presente un claro contrasentido en las argumentaciones de la denuncia.*

4. Es cierto que constituye deber para el 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 iniciarla sin tardanza si tuviere competencia para ello, o si no la tuviere poner inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente y cumplir los demás requisitos de que trata el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

Los Magistrados en el caso de autos conocieron los hechos que se imputaban al juez a quien provisionalmente suspendieron por la declaración que bajo juramento rindió la juez que los reveló. Los consideraron de tanta gravedad que no sólo dispusieron llevarlos a conocimiento del Ministerio Público para efectos disciplinarios, sino también para una posible investigación de carácter penal. ¿Incurrieron los denunciados en la infracción prevista en el artículo 174 del Código Penal, al tomar dicha determinación en lugar de poner los hechos en conocimiento del Tribunal Superior que es la entidad competente para el procesamiento de los jueces penales aduaneros? No porque si bien es cierto que el Ministerio Público no puede iniciar la investigación en el estricto sentido procedimental que tiene dicha expresión, también es cierto que sí puede provocar su iniciación como en la realidad sucedió. En consecuencia, la decisión de los Magistrados desembocó en el mismo resultado que se habría obtenido de poner los hechos directamente en conocimiento de la autoridad competente para el juzgamiento de los mismos.

Cuando existe omisión de denuncia por parte del funcionario o empleado público, cabe agregar, la posible infracción que de allí se deriva, según el Código Penal de 1936 que sería el aplicable por razón de la época de sucesión de los hechos aquí investigados, debe ubicarse en el artículo 174 ya citado, sin conexión alguna, como equivocadamente lo dice el denunciante, con el artículo 172 de la misma obra que, de manera general se refiere a las omisiones, rechazos y retardos punibles de actos de obligada ejecución.

5. Es cierto que los Magistrados denunciados tomaron la decisión de suspender provisionalmente al Juez Primero de Distrito Penal Adua-

nero de Bogotá, mediante Acuerdo y no mediante Resolución como lo prevé la disposición en que se fundamentaron.

Resulta claro que los denunciados no acertaron al bautizar la decisión que tomaron pero no infringieron el procedimiento porque dicha determinación, llámese como se llame, es una resolución. Es decir que si se apoyaron como expresamente lo consignan en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 y la decisión que allí se prevé debe tomarse mediante resolución, resulta irrelevante que la denominaran acuerdo, pues por su forma, contenido y consecuencias es y seguirá siendo una resolución. Lo demás es puro formulismo como apunta el apoderado de los indagados o formulismo inocuo si se refiere, o "culto a las palabras que carecen de trascendencia en lo fundamental" como dice el Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Esa resolución se toma "de plano" y así se hizo, y tiene vigencia inmediata y así se procedió. En consecuencia, el suspendido se enteró de su existencia desde un primer momento y se alejó del cargo porque inmediatamente su secretaria le reemplazó en el ejercicio del mismo. Si las notificaciones tienen por objeto llevar al conocimiento de las personas las decisiones judiciales, ello se cumplió perfectamente. Si se considera que una vez notificado podía el provisionalmente suspendido solicitar reposición de la medida, así sucedió. En fin, que por cualquier aspecto que se analice lo sucedido, ninguna incorrección, salvo el irrelevante punto relacionado con la denominación de Acuerdo y no de Resolución, puede hallarse aquí.

6. En cuanto a las alegaciones de posibles "legítima defensa" y "no exigibilidad de otra conducta" para los Magistrados denunciados considera la Sala que no hay necesidad de referirse a las argumentaciones que en tales sentidos trae el concepto del Ministerio Público porque de todo lo dicho se desprende, como apunta el apoderado de los indagados, que éstos cumplieron estrictamente un deber, o ejercieron, con adecuación a la ley, una función que ésta les asigna.

Como consecuencia de todo lo dicho y previo examen de lo que aportan el denunciante, el Ministerio Público y el apoderado, la Sala llega a la conclusión de que el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, se aplica por igual, por parte del respectivo superior o del superior inmediato, a funcionarios y a empleados y que, por tanto, no transgredieron la ley los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas al aplicarla a un juez que les estaba jerárquicamente subordinado y cuyo nombramiento les competía, y que, al tomar dicha determinación no desconocieron el procedimiento ni, una vez adoptada, omitieron poner en conocimiento de la autoridad el posible hecho delictuoso que de allí se desprendía.

En estas condiciones debe sobreseerse definitivamente para cada uno de ellos, porque la ley no considera como infracción penal el hecho por ellos realizado (Art. 491, num. 1º).

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a los doctores Evencio Posada Valbuena, Carmencita Londoño de Rojas, Carlos Julio Díaz Méndez, José de J. Villamizar Mendoza y Roberto Medina López, Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, porque la ley no considera como infracción penal el hecho por el cual se les denunció.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

APLICACION DE LA LEY RETROACTIVA Y ULTRAACTIVAMENTE

Aún tratándose de leyes temporales, ha de reconocerse que cuando consagran soluciones más favorables que las previstas en la ley anterior o en la que regirá después de su fenecimiento, es razonable y justo que sus benéficos efectos se extiendan tanto retroactiva como ultraactivamente.

Ley 22 de 1980, su carácter temporal. Eventual aplicabilidad ultractiva.

Hipótesis que puedan darse en el examen de esta cuestión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 10 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 29 de mayo 6 de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior de Bucaramanga, consulta su providencia del 8 de marzo de 1982, en virtud de la cual sobreseyó temporalmente por segunda vez al procesado Policarpo Suárez Arenas, a quien se imputa delito de falsedad documental.

Hechos

Se acusa al doctor Policarpo Suárez Arenas de hacer constar, en su condición de Juez Segundo del Distrito Penal Aduanero de Bucaramanga, que la diligencia de posesión del empleado Jaime Neira Molano, se efectuó en Bucaramanga, cuando ella realmente habría tenido lugar en Bogotá.

Resultandos

Considera el Tribunal de Bucaramanga, después de haber proferido un primer sobreseimiento temporal, que durante la nueva fase sumarial no se allegó prueba alguna que permitiese concluir en el reconocimiento de las exigencias necesarias para emitir auto de enjuiciamiento criminal o de sobreseimiento definitivo; por esa razón opta por reiterar el de carácter temporal que ahora consulta.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, es de parecer que se aplique el mecanismo de la cesación de procedimiento previsto en la Ley 22 de 1980, en razón de que el sindicado fue oído en indagatoria el 30 de julio de 1979, sin que haya existido desde esa fecha prueba alguna que amerite su detención preventiva.

Considerandos

Como quiera que la solicitud hecha por el Ministerio Público, plantea el interesante problema jurídico de la aplicación ultraactiva de ley temporal más favorable que las precedentes y posterior (en este caso el Código de Procedimiento Penal respecto de tres de las cuatro situaciones que la ley prevé, y los Códigos Penales de 1936 y 1980, en relación con la última), la Sala se ocupará de esta cuestión, así:

1. *El apotegma jurídico en virtud del cual la ley se aplica durante su vigencia admite —entre nosotros por permisión constitucional— una importante excepción referida a las leyes penales de favorabilidad, pues que en relación con ellas, se impone su aplicación respecto de hechos ocurridos antes de su vigencia (retroactividad) o en un momento posterior al de su fenecimiento en relación con hechos sucedidos mientras estuvo en vigor (ultraactividad).*

2. *Doctrina y jurisprudencia han reconocido también que se impone el criterio de favorabilidad precedente en tratándose de leyes intermedias, es decir, de normas cuya existencia jurídica comenzó después del hecho, pero que ya no regían (por derogatoria expresa o tácita de otra*

nueva ley) cuando debía resolverse la situación jurídica creada por aquel hecho.

3. *En tratándose de leyes temporales —que se diferencian de las intermedias porque su vida está ya delimitada en el tiempo de manera expresa o tácita desde que entraron a regir y porque apenas suspenden la vigencia de aquellas normas que le sean contrarias mientras dura su precaria existencia— ha de reconocerse que cuando consagran soluciones más favorables que las previstas en la ley anterior o en la que regirá después de su fenecimiento, es razonable y justo que sus benéficos efectos se extiendan tanto retroactiva como ultraactivamente, pues de esa manera cumplen cabalmente la finalidad para la que fueron creadas y permanece incólume el apotegma constitucional del artículo 26, inciso 2º*

4. *En cuanto a las leyes excepcionales —entendiéndose por tales las que se expiden para solucionar situaciones extraordinarias y de precaria aunque no definida duración (como las que emite el Gobierno por ministerio del artículo 121 de la Constitución Nacional), que consagren medidas de favorabilidad respecto de leyes ordinarias cuya vigencia queda restablecida al extinguirse aquellas por la desaparición del fenómeno excepcional que las engendró, resulta igualmente viable y legítima tanto su retroactiva como su ultraactiva aplicación, pues que mediante ella se resuelvan, como tales leyes lo han querido, situaciones jurídicas que existían antes de que entraran a regir o que nacieron durante su vigencia, lo que no contraría sino que se acomoda al teleológico sentido del ya citado artículo 26, inciso 2º de nuestra Carta Fundamental.*

5. En providencia del 10 de diciembre del año pasado, la Sala reconoció que la Ley 22 de 1980 es de naturaleza temporal en todas sus disposiciones y en tal carácter rige "para procesos iniciados con anterioridad al día 30 de septiembre de 1980, cuando comenzó su vigencia, y su existencia jurídica no se prolonga más allá de ese plazo de los 18 meses que el legislador estimó suficiente para establecer la normalidad de la administración de justicia, agobiada por un peso tan asfixiante de negocios que llevó a hablar en un principio de una emergencia judicial".

6. *La Ley 22 prevé cuatro situaciones en materia penal que conviene precisar antes de buscar la solución adecuada respecto de su eventual aplicación después del 12 de abril de 1982; ellas son:*

a) La excarcelación caucionada del procesado cuando haya transcurrido período superior a seis meses, a un año, o al doble de ellos (según el caso), a partir de la ejecutoria del auto de proceder, sin que se hubiese celebrado la respectiva audiencia pública (Art. 4º);

b) La cesación de procedimiento cuando hubiesen transcurrido más de dos años de iniciada "una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables", cuando el delito porque se procede tuviere señalada pena máxima imponible inferior a ocho años (Art. 5º, inciso 1º);

c) La cesación de procedimiento cuando hubieren transcurrido más de dos años "de haber sido oída una persona en indagatoria" y "no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva o ésta hubiere sido revocada" (Art. 5º, inciso 2º), y

d) La ejecución condicional de la condena "cuando se haya impuesto pena que no exceda de dos años de presidio" y se den los demás requisitos del artículo 80 del Código Penal de 1936 (Art. 6º).

Las tres primeras situaciones exigen el decurso de un determinado período que ha de contarse —en cada caso— a partir de la ejecutoria del auto de proceder, de la iniciación del proceso, de la diligencia de indagatoria o del auto que revocó el de detención. La última supone simplemente que se hubiese dictado o se vaya a proferir sentencia de condena; por manera que auto de proceder ejecutoriado, iniciación de proceso en averiguación, indagatoria, auto que revoca el de detención y sentencia de condena, son los supuestos jurídicos sobre los que se edifican las soluciones que esta ley ofrece con la denominación de excarcelación caucionada para la primera situación, cesación de procedimiento para las dos siguientes, y condena de ejecución condicional para la última.

7. *Ahora bien, sentada la premisa de que la Ley 22 de 1980 es de carácter temporal y su vigencia expiró el 12 de abril de 1982, surge la obvia inquietud de su eventual aplicabilidad ultraactiva, vale decir, después de la fecha de su formal extinción. En el examen de esta cuestión pueden darse varias hipótesis, así:*

a) La situación jurídica se consolidó antes de la vigencia de la Ley 22, de tal manera que para el 30 de septiembre de 1980 ya existían los supuestos jurídicos que hacían viable la aplicación de las soluciones que la ley ofrecía, pero durante su vigencia no fueron reclamadas ni de ellas se percató la autoridad judicial competente;

b) La situación jurídica se consolidó durante la temporal vigencia de la Ley 22, pero no logró ser resuelta judicialmente en dicho lapso, a pesar de haberse reclamado oportunamente su solución;

c) La situación jurídica se consolidó durante el período en que estuvo vigente la ley, pero solamente fue reclamada su aplicación o advertida por el funcionario después del 12 de abril de 1982;

d) El supuesto jurídico (auto de proceder ejecutoriado, iniciación del proceso en averiguación, indagatoria y revocación del auto de detención, existía cuando entró en vigencia la ley, pero la situación se consolidó después de su extinción. Ha de precisarse que esta hipótesis sólo es aplicable a los fenómenos del artículo 5º de la ley y al caso previsto en el artículo 4º cuando se trate de proceso con intervención de jurado y hubiere imputación por dos o más delitos (inciso 2º), porque respecto de ellos la consolidación de la situación jurídica creada puede ocurrir con posterioridad al 12 de abril de 1982;

e) El supuesto jurídico surgió en vigencia de la Ley 22, pero se consolidó después de la fecha de su extinción; exceptúase de esta hipótesis la situación relacionada con la condena de ejecución condicional, pues que para su consolidación no se requiere término alguno, a menos que se trate de un proceso que hubiese entrado al despacho del juez para sentencia cuando aún estaba vigente la Ley 22 y la providencia se dictase después del 12 de abril de 1982; sin embargo, este excepcional evento ha de ser resuelto dentro de las hipótesis a) o b), según el caso;

f) El supuesto jurídico y, desde luego, su consolidación aparecieron después de la vigencia de la ley.

8. *En cuanto a las hipóteis a), b) y c) no encuentra la Sala dificultad alguna para aceptar la aplicación ultraactiva de la Ley 22; respecto de la primera, porque consolidada la situación jurídica antes de la vigencia de la ley y habiéndose ésta expedido primordialmente para solucionar tales situaciones en relación con procesos preexistentes, resulta de elemental lógica y justicia que la mera inadvertencia de su oportuna aplicación, pueda ser remediada aún después de su vigencia; y en relación con las otras dos hipótesis, porque la respectiva situación jurídica se consolidó durante el término en que la ley rigió, y habiendo podido y debido ser resuelta en ese lapso, el que eso no haya ocurrido no impide que mediante una decisión judicial posterior, que tiene carácter declarativo, se aplique la solución prevista en aquella ley. Es este, por lo demás, el más puro ejemplo de aplicación ultraactiva de una ley favorable.*

9. *En relación con las restantes hipótesis, la cuestión deberá ser resuelta negativamente porque la aplicación ultraactiva de una ley temporal por razones de favorabilidad supone que durante su vigencia pudo ser aplicable en razón de que el hecho o la situación jurídica a que se refiere ocurrió o se consolidó antes de que empezase a regir o, al menos, durante el período en que estuvo vigente eventos que no se dan en ninguna de estas hipótesis.*

10. Al examinar el caso *sub judice*, encuentra la Sala que cabe en la hipótesis c), puesto que habiéndosele recibido indagatoria al procesado el 30 de julio de 1979 (Fl. 58), los dos años de término se cumplieron el 29 de julio de 1981, fecha en que aún estaba vigente la Ley 22, sin que desde entonces hubiesen existido bases probatorias para proferir auto de detención; por consiguiente se impone la solución de aplicar ultraactivamente lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo de dicha ley, mediante el mecanismo procesal allí indicado.

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

Resuelve

REVOCAR el sobreseimiento consultado y, en su lugar, DISPONER la cesación del procedimiento iniciado en este sumario.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

Compartiendo, como comparto, la decisión anterior, debo, no obstante, aclarar mi voto en cuanto en las consideraciones de aquella se admite la existencia, en materia criminal, de la llamada ultraactividad de la ley, fenómeno que, a mi juicio, no puede darse respecto de las normas penales.

1. *El principio que regula la aplicación de la penal en el tiempo es el de la* preexistencia *de aquella bajo cuya vigencia se cometió* el hecho *materia del juzgamiento y de la pena* (tempus regit actum), *conforme lo disponen perentoriamente los artículos 26 y 28 de la Constitución Política y lo reitera la ley:*

La Constitución:

"Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado si no conforme a las leyes preexistentes 'al acto que se imputa', *ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...".*

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

"...Artículo 28. Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado ex post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido 'el hecho' *y determinándose la pena correspondiente...".*

La ley:

"...Artículo 1º Legalidad del proceso. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes 'al acto' que se impute, *ante juez competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso...".*

(Decreto 409 de 1971).

"... ... ..."

"...Artículo 1º Legalidad. Nadie podrá ser condenado por 'un hecho' que no esté expresamente previsto *como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella...".*

(Decreto-ley 100 de 1980).

2. *Este principio único y excluyente no admite más excepción que la de la retroactividad de la ley penal más favorable, consagrada también constitucionalmente e igualmente reiterada en la ley.*

La Constitución:

"Artículo 26. ... ..."

"...En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...".

La ley:

"...Artículo 6º Principio de favorabilidad. En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...".

(Decreto 409 de 1971).

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

"...Artículo 6º Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados...".

(Decreto-ley 100 de 1980).

3. *No existe en materia criminal, en consecuencia, la llamada ultraactividad de la ley, que se hace consistir, equivocadamente, en el supuesto de que la aplicación de la ley se determina por la preexistente al fallar el proceso y no, como lo manda la Constitución, por la vigente al momento de cometerse* el hecho, *premisa equivocada como resultado de la cual se concluye que habiendo dejado de regir la ley al dictarse el fallo, sus efectos se extienden hasta él, con olvido de que no importa cuándo se juzguen los hechos ni cuál o cuáles sean las normas entonces aplicables, la única que puede serlo es aquella que existía al momento de cometerse la infracción, con la excepción ya vista, constitucionalmente consagrada, que consiste en aplicar a los hechos una ley posterior más favorable, que no regía con anterioridad a ellos.*

Para que pudiera hablarse de ultraactividad de la ley penal sería necesario aceptar que una ley derogada o sustitutida por otra, pudiera aplicarse a hechos cometidos con posterioridad a su vigencia, lo que resulta francamente inadmisible.

Dante L. Fiorillo Porras.

12 de mayo de 1982.

LEY 22 DE 1980

El término de dos años se debe empezar a contar a partir de la recepción de la primera indagatoria, aun cuando se reciban varias ampliaciones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 18 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 30.

Vistos

Revisa la Sala, por la vía de la alzada, la providencia de fecha cuatro (4) de noviembre de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, negó la aplicación del artículo 5º, inciso 2º de la Ley 22 de 1980, a la doctora Gloria Inés Forero Quintero, contra quien se viene adelantando un proceso por el posible delito de prevaricato, y que, no conforme con esa decisión, interpuso, para ante esta Sala, el referido recurso.

Hechos y actuación procesal

El presente proceso se inició a virtud de denuncia presentada, ante el Tribunal que se menciona, por el ciudadano Jorge Enrique Giraldo, quien acusó a la doctora Quintero Forero, por entonces Juez Trece Civil Municipal de Bogotá, de haberse parcializado dentro de un juicio de lanzamiento, propuesto por María Leonor Rubiano de Pardo, contra el denunciante y otras personas ocupantes de una casa de propiedad de la demandante, situada en la carrera 19 No. 32A-43 Sur, de esta capital.

Específicamente la acusó de haber recibido la demanda sin que previamente hubiera sido sometida a reparto, haberla admitido a pesar de faltarle requisitos, como la prueba sumarial del arrendamiento, ya que la aportada no era válida, y haberla tramitado pese a los defectos del contrato etc.

Abierta la investigación y allegadas al proceso numerosas pruebas, se la calificó por auto de 26 de junio de 1980, por medio del cual se sobreseyó temporalmente en favor de la sindicada, quien había sido sometida a indagatoria el tres (3) de agosto de 1979.

Empero, en la providencia que se deja mencionada se ordenó la ampliación de la injurada, diligencia que se llevó a cabo el 25 de agosto de 1980.

En la providencia, objeto del recurso, el Tribunal manifiesta que no han pasado dos años desde la fecha de la última indagatoria y que por tanto la peticionaria no tiene derecho a que se suspenda la acción penal con base en lo dispuesto por la Ley 22 de 1980.

En la presente instancia el Procurador Primero Delegado Penal, solicita que se revoque la decisión del *a quo* y que, en su lugar, se acceda a lo pedido por la sindicada.

El representante del Ministerio Público, luego de señalar que la recurrente fue vinculada al proceso, por medio de indagatoria, desde el tres (3) de agosto de 1979, expresa:

"Significa lo antes anotado y de acuerdo con la finalidad buscada por la Ley 22 de 1980, que el momento del cual se debe partir para saber si han pasado más de dos años desde que se oyó en indagatoria a la sindicada, es desde el 3 de agosto de 1979. De modo que hasta hoy han transcurrido más de dos años y medio, sin que de otra parte exista la prueba suficiente para decretar la detención preventiva, pues las pruebas practicadas con posterioridad al sobreseimiento temporal no cambiaron en nada la situación de la sindicada, por lo menos para justificar la medida cautelar. Además, la ilicitud por la cual se la sindica es de aquella que consagra menos de ocho (8) años de pena".

Consideraciones de la Corte

Dice la norma invocada por la peticionaria, o sea el inciso segundo del artículo quinto de la Ley 22 de 1980, al enumerar los casos en que se debe decretar la suspensión del procedimiento:

"Así mismo, 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 previo concepto del Agente del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado...".

De acuerdo con el aparte transcrito, antes, esta norma ha sido interpretada por la Procuraduría en el sentido de que en los casos en que hubiere sido oído varias veces un sindicado en indagatoria, la diligencia que debe tenerse en cuenta es la primera, para contar desde su fecha los dos años, sin que las restantes importen para ese efecto.

En ese mismo sentido se expresa también la recurrente para quien "si la tesis del honorable Tribunal fuere valedera bastaría al juzgador interrumpir los efectos buscados por la Ley 22 de 1980 (artículo 10 —sic—, inciso segundo), ordenando al sindicado comparecer a su Despacho a rendir ampliación de indagatoria un día antes que se cumplan los 2 años en ella previstos".

La Sala está de acuerdo con lo manifestado en la presente instancia por el Ministerio Público en el sentido de que el término de dos años señalado por la ley en cita, debe empezar a contarse desde la primera vez que el sindicado haya sido sometido en indagatoria, en aquellos casos que se le haya oído varias veces sin juramento.

El espíritu del ordenamiento en mención fue incuestionablemente el de descongestionar los juzgados permitiendo suspender la acción penal en todos aquellos casos en que no hubiere podido concretarse la persona del inculpado, o si alguien hubiere sido indagado, no existiera la prueba suficiente para decretar su detención preventiva.

El término de dos años que debían haber transcurrido desde entonces o a partir de la iniciación del sumario, lo consdieraba la ley suficiente para que se despejaran dichas situaciones en sentido que permitiera una calificación de fondo, o, por lo menos, una detención preventiva.

Es cierto que ya no rige la Ley 22 de 1980 por cuanto, debido a su carácter temporal, se extinguió su vigencia al cumplirse el término señalado para ella.

Pero no lo es menos que debe seguir siendo aplicada a todos aquellos casos en que el fenómeno extintivo de la acción penal se verificó cuando regía dicha norma aun cuando no se hubiera declarado entonces sino con posterioridad.

Eso es lo que ocurre en el presente caso en que, como ya se dijo, la peticionaria fue indagada, por primera vez, el tres (3) de agosto de 1979, lo que significa que los dos años del plazo extintivo de la acción creado por la ley mencionada, se cumplieron el 3 de agosto de 1981 o sea dentro de la vigencia de la Ley 22 del año anterior, la cual, por consiguiente, viene a ser aplicable al mismo.

Significa esto que debe revocarse la providencia apelada para proceder como corresponde a lo expresado en los apartes anteriores.

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

Resuelve

Primero. Revocar la providencia apelada.

Segundo. En su lugar se dispone cesar todo procedimiento en el presente proceso y archivar el expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Reiteramos el criterio, ya expuesto por nosotros con anterioridad, en el sentido de que no compartimos la opinión 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 a partir de la fecha de la indagatoria inicial, aun cuando se hayan practicado una o varias ampliaciones de la misma, de las cuales se hace caso omiso para disponer el cese del procedimiento, como si no existieran o carecieran todas ellas de relevancia procesal.

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 se adelantaran procesos respecto de los cuales no hay posibilidad de éxito investigativo y no hay fracaso de la instrucción cuando el procesado, conforme avanza el trámite y se practican nuevas diligencias, tiene que ir explicando en una o varias ampliaciones sucesivas de su indagatoria, los nuevos cargos, o las modificaciones de los anteriores, que se van presentando en el sumario.

Consideramos, por ello, que si la diligencia de ampliación es también indagatoria, desde luego que versa sobre los hechos que se investigan para determinar su real existencia y la situación jurídica del indagado respecto de ellos, tal ampliación o ampliaciones deben considerarse para determinar la aplicación de la Ley 22 de 1980, de manera que a partir de la fecha de la verificación de la última ha de contarse, a nuestro juicio, el término de dos años previsto por la ley.

Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras.

19 mayo 1982.

NULIDADES

Término dentro del cual pueden alegarse algunas de ellas, so pena de quedar saneadas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 18 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 30, mayo 18 de 1982.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Rafael Hermida Ortiz, contra la sentencia de 15 de julio del año pasado, mediante la cual, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Superior de Florencia (Caquetá), le condenó a la pena principal de quince años de prisión, a más de las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio en su cónyuge Estéfana Marín Ramos.

Hechos

Tanto el impugnador de la sentencia en casación como el Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Delegado (Tercero) en lo Penal, acuden al siguiente resumen que de ellos hizo el fallador de segunda instancia:

"La investigación fue iniciada el 28 de noviembre próximo pasado y ella da cuenta que Rafael Hermida Ortiz vivía con su cónyuge Estéfana Marín Ramos en la heredad denominada La Holanda, ubicada en la comprensión municipal de Florencia, de la cual eran dueños. Allí también vivía el anciano Carlos Méndez, a quien ocupaban como mandadero. El 27 del referido mes, fuera de Méndez, se encontraban en la finca Ofray y su hermano William López Ceballos. Aquél hacía poco había llegado del Quindío, pero desde temprano se trasladó a Florencia a solicitar el duplicado de su cédula de ciudadanía, mientras que William se dedicaba a limpiar unos colinos. Una vez que almorzaron los cónyuges Hermida Ortiz y Marín Ramos, así como William López Ceballos y Carlos Méndez, solo quedó Estéfana en la casa, ya que Méndez se dirigió al vecindario a cuidar; Hermida Ortiz salió a continuar su labor de quitar un alambre en una quebrada cercana y William, por orden de Rafael, se fue a coger camarones y cuando regresó, hacia las dos de la tarde, encontró muerta a la señora Marín de Hermida a consecuencia de lesiones propinadas con arma cortante y contundente. Avisado Rafael de lo ocurrido, con William, se encaminó a buscar el comisario de la vereda, a quien pusieron en conocimiento de lo acontecido y con él se trasladaron a Florencia a dar cuenta a la autoridad..." (Fl. 23, cuad. 6º).

Actuación procesal

Sintéticamente se presenta así:

Con base en las diligencias adelantadas por la Inspección del Permanente de Policía del Norte, el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal de Florencia, inició estas diligencias. Al principio se oyó en indagatoria a William y Ofray López Ceballos: se dictó auto de detención contra el primero de los nombrados. Posteriormente, en atención a indicios que surgieron contra Rafael Hermida Ortiz, se le oyó también en injurada, se decretó su detención y la libertad de Ofray López.

Hermida Ortiz fue llamado a responder en juicio por el homicidio que se le imputó. Verificada la audiencia el jurado, atendiendo las peticiones de fiscal y defensor, absolvió al sindicado, por insuficiencia de pruebas. El Juzgado dictó fallo absolutorio. Subidas en consulta las diligencias al Tribunal, éste, por mayoría, declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y ordenó la convocatoria de nuevo jurado el cual, por unanimidad profirió veredicto condenatorio.

Dictada la respectiva sentencia de primera instancia en ese sentido, ella fue confirmada por el

Superior, con la sola modificación consistente en la revocatoria de la publicación especial de la sentencia.

La demanda

Luego de los prolegómenos de rigor y con invocación de la causal cuarta de casación: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", el censor formula dos cargos contra la impugnada, los cuales se contestarán tras el planteamiento de cada uno de ellos, con las alusiones pertinentes al concepto del colaborador fiscal quien, desde ya se anuncia, pide que se deseche el recurso.

Primer cargo. La sentencia viola el artículo 26 de la Constitución, porque habiendo decidido el juez oír primero en declaración juramentada a Rafael Hermida luego, sin auto previo, lo oyó en indagatoria, con desconocimiento del artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, omisión que está sancionada con nulidad por el 214 de la misma obra. Luego se desconocieron las formas propias del juicio cuya observancia garantiza la norma constitucional invocada.

Aprovecha la "oportunidad para advertir que no existe prueba directa que señale al acusado Hermida Ortiz como autor material o intelectual del ilícito acontecer; ha sido conenado en base a simples indicios contingentes, con visos de sospechas e hipótesis, y ello conlleva a cometer graves errores en la administración de justicia".

Recalca sobre lo anterior y transcribe una sentencia de la Corte en la cual se precisan las garantías consagradas por la norma 26 de la Carta.

Se responde el cargo

No hubo violación ninguna del artículo 170 del estatuto procesal penal:

Primero: Porque genéricamente cualquier prueba que se practicara en este sumario ya estaba decretada desde el auto cabeza de proceso, el cual en su punto 6º dispuso que se practicará "toda otra prueba que se considere pertinente para el total esclarecimiento de los hechos delictuosos" (Fl. 6), y

Segundo: Porque al folio 49 del primer cuaderno se encuentra un auto dos días anterior a la fecha de la indagatoria, por medio del cual se ordena oír en tal clase de diligencia a Rafael Hermida Ortiz, por darse los requisitos para tal efecto por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia este cargo no prospera.

Segundo cargo. Sostiene el casacionista:

"El artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, determina que en los juicios con jurado son causales de nulidad, además de las enumeradas en el artículo 210 las siguientes: 1ª Reemplazar ilegalmente, en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alegue la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes; ... 2ª ... 3ª ...

"Y el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, establece la oportunidad para decretar dichas nulidades, señalando que una vez se adviertan, pueden decretarse en cualquier estado del proceso. Mas acontece que el artículo 213 *ibidem*, dice: 'Oportunidad para alegarlas. Salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, *no se podrán alegar sino en el recurso de casación*' (subrayo)".

Argumenta: El Secretario del Juzgado dejó constancia de que Gilberto Villamizar y Betty B. de Hernández no podían intervenir como jurados, porque el primero ya lo había sido dentro de esta causa y la segunda, por público conocimiento se sabía que estaba hospitalizada en Neiva.

Se ordenó nuevo jurado y salieron designados Leonardo Vargas y Ramón Yacel Espinosa, como principal y suplente.

Ese reemplazo fue ilegal, pues como principal se designó a Gladys Rojas de Charry y la audiencia se verificó con la intervención de Urbano Toledo, Gilberto Santa y Hernando Rubio como jurados, "de donde se concluye que es contrario a la verdad que Gilberto Villamizar interviniera en la primera audiencia, como tampoco se adjuntó certificado médico ni excusa legal sobre la enfermedad de la otra jurado Betty de Hernández, como aparece al folio 51 vuelto".

Concluye: "Ello constituye, obviamente nulidad legal al tenor de lo normado en la causal 1ª del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, ahora traducida en nulidad supralegal, por mandato del artículo 213 *ibidem*, concordante con el ya invocado artículo 26 de la Carta, sin que el procesado tuviera en su oportunidad apoderado para que hubiera hecho valer sus derechos, y de esta manera la ineficacia del defensor influyó de tal manera que nada hizo por con-

seguir la absolución del inculpado Hermida, tan notoria y previsible, dados los precarios elementos de juicio".

Se responde el cargo

Ante todo debe observarse que *no se puede confundir una nulidad de orden legal con otra de origen constitucional ni tampoco aceptar que una de las primeras, por cualquier circunstancia, asuma el rango de las segundas. La nulidad o es legal o es supralegal.*

Tampoco es dable aceptar que toda clase de nulidades pueda alegarse en el recurso de casación, lo cual implicaría darle un alcance demasiado amplio al artículo 213 del Código de Procedimiento Penal, puesto que bien es sabido que hay determinadas nulidades que deben alegarse dentro de determinado término, pasado el cual, sin que se haya hecho, vienen a quedar subsanadas. Tal es lo que ocurre con la sometida a consideración en este segundo cargo. En efecto:

Dicen el inciso 1º y el ordinal 1º del artículo 211, invocados por el censor: "En los juicios en que interviene el jurado son causales de nulidad, además de las expresadas en el artículo anterior, las siguientes:

"Reemplazar ilegalmente, en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causal legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alega la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes".

Sorteo de jurados para la segunda audiencia

Una vez ejecutoriado el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Neiva declaró la contraevidencia del primer veredicto emitido en esta causa, el Juzgado del conocimiento, por auto de 13 de enero de 1981, señaló día y hora para la diligencia de sorteo de jurados, auto que fue debidamente notificado.

Como principales resultaron sorteados: Carlos Quintero, Luis Germán Cabrera y Betty B. de Hernández; y, como suplentes: Beatriz Lozada, Gilberto Villamizar y Urbano Toledo (Cd. No. 2, Fl. 51).

Debe advertirse que para la primera audiencia habían sido sorteados: Gladys Rojas de Charry, Luz Delia Vera Rico, de cuyo nombre se prescindió en ese mismo sorteo, por tenerse conocimiento de que "se ausentó de la ciudad en forma definitiva" y fue reemplazada por Urbano Toledo; Gilberto G. Santa, Hernando Rubio M., Gilberto Villamizar y Guillermo Márquez, siendo principales los tres primeros y suplentes los restantes (Id. Fl. 10). En esa primera audiencia actuaron como jurados Urbano Toledo, Gilberto G. Santa y Hernando Rubio Mora.

Volviendo al sorteo de jurados para la segunda audiencia, se tiene:

El Secretario dejó constancia que Gilberto Villamizar y Betty B. de Hernández, no podían intervenir, porque "el primero hizo parte del primer juicio y la segunda es de público conocimiento, se encuentra hospitalizada en Neiva donde deberá ser sometida a una intervención quirúrgica" (Id. Fl. 51 Vto.).

En atención a esa constancia se dispuso que aquéllos fueran reemplazados y se señaló día y hora para el efecto (Fl. 52), habiendo salido sorteado como principal Leonardo Vargas y como suplente Ramón Yacel Espinosa Luppi (Fl. 53).

En definitiva, y por medio de auto, se declaró jurados principales a Carlos Quintero, Luis Germán Cabrera y Leonardo Vargas; y suplentes a Ramón Yacel Espinosa Luppi, Beatriz Lozada y Urbano Toledo (Fl. 53 Vto.).

De manera expresa se puso en conocimiento de las partes el auto por medio del cual se "aceptó a las personas sorteadas como jurados" (Fl. 54 Vto.).

Luego el Secretario dejó constancia ante el juez de que Urbano Toledo había intervenido en la primera diligencia de audiencia (Fl. 55), por lo cual se señaló el día y hora para verificar la diligencia de su reemplazo (Fl. 55), en la cual salió sorteado Félix Monje Penna como suplente numérico (Fl. 56), a quien también se dio la debida posesión (Fls. 56 Sgt.).

En la segunda audiencia intervinieron como jueces de conciencia Luis Germán Cabrera, Leonardo Vargas y Félix Monje Penna, de los cuales los dos primeros habían sido declarados principales y el último suplente. Ninguno de los tres inmediatamente anteriores había figurado en la primera audiencia ni como principal ni como suplente ni había intervenido para nada en ella.

La escueta relación anterior del proceso de sorteo de jurados pone de presente que en lo a ello atinente, no se presentó ninguna causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado. Ni sorteo ilegal de jurados ni reemplazo ilegal de ellos. Tal vez si algo se observa a través del itinerario reseñado con fidelidad a las piezas procesales, es

un exceso de celo porque no fueran a conculcarse los derechos del enjuiciado.

De ahí que con toda razón concluya el Ministerio Público colaborador sobre este cargo:

"Así, el jurado se constituyó en definitiva con dos miembros principales y un suplente debidamente sorteados; y se cumplió la forma legal de realizarse el juzgamiento por ciudadanos imparciales, quienes debe aceptarse y deducirse cumplieron debidamente su función, conforme a la ley, cuyas exigencias fueron atendidas, como se dijo; y sin que por lo mismo se causara lesión alguna a los derechos del procesado, que pueda producir la invalidez de la actuación".

En consecuencia, este segundo cargo no prospera.

Nada debe decir la Corte en relación con las escuetas consideraciones que el casacionista hace referentes a lo que considera insuficiencia de pruebas para condenar, a la duda en favor del procesado y a la pretendida carencia de defensa, porque esos conceptos que formula no se encuentran debidamente fundamentados ni técnicamente planteados.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR DE DERECHO EN CASACION

Cuándo se presenta. Alcance del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 19 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Abogado Asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 30.

Vistos

El procesado Oscar de Jesús Gaviria Roldán y su defensor, al igual que los defensores de los también procesados José Helio Parra Vera, Angela Mercedes o Angela María Marín García y Augusto Castro Zuluaga, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 25 de septiembre de 1980, mediante la cual, al ser revisada la proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, dentro del proceso seguido por cohecho e infracción al Decreto 1188 de 1974, revocó la absolución que por el primero de tales delitos había dispuesto el *a quo* en favor de Parra Vera y Gaviria Roldán y confirmó la condena contra éstos y los otros encausados por violación del Estatuto Nacional de Estupefacientes, a la vez que fijó las siguientes penas: a Augusto Castro Zuluaga y a Angela Marín García, cuarenta y ocho meses de presidio, en lugar de los tres años que les impusiera el juez de instancia, a José Helio Parra Vera y a Oscar de Jesús Gaviria Roldán, cincuenta (50) meses de presidio a cambio de los tres años que les señalara en el fallo de primer grado. La multa la elevó a seis mil pesos ($ 6.000) para cada uno, y dispuso que las correspondientes penas accesorias quedaban aumentadas en la misma proporción en que lo fueron las principales.

El recurso se admitió por auto de 29 de enero de 1981, y, dentro del término legal, sólo fue presentada la demanda correspondiente al condenado Gaviria Roldán, la que, en su oportunidad, se declaró ajustada a las prescripciones de ley. A nombre de Castro Zuluaga se presentó demanda, pero extemporáneamente, por lo cual el recurso fue declarado desierto, respecto de él y también de Parra Vera y Angela Mercedes o Angela María Marín García, quienes desistieron de aquél. Corresponde, entonces, decidir el recurso propuesto por el sentenciado Gaviria Roldán y su defensor.

Hechos y actuación procesal

Los primeros aparecen relatados en informe suscrito por miembros del Grupo Antinarcóticos de la Procuraduría General de la Nación, así:

"...Según informaciones obtenidas por el Grupo Antinarcóticos de la Procuraduría General de la Nación, con sede en Bogotá, se tuvo conocimiento que el ciudadano Oscar de Jesús Gaviria Roldán, iba a efectuar con dos personas desconocidas, una transacción cercana a los veinticinco kilos de cocaína en la ciudad de Medellín, dicha negociación iniciada con contactos en Bogotá. Fue así como en el día de ayer (12 de junio de 1979, se aclara), se inició el seguimiento de las personas mencionadas. Por los datos obtenidos se asignan dos agentes del Grupo Antinarcóticos para cumplir la misión desde Bogotá hasta culminar en la ciudad de Medellín; a las 16:15 aproximadamente los individuos relacionados inician viaje a esta ciudad, en un vuelo de la empresa SAM, una vez aquí, fueron seguidos muy de cerca con apoyo de la unidad local, hasta cuando hicieron penetración a una casa ubicada en la calle 16 Sur con carrera 45 y con teléfono 464762, se inició entonces una operación de vigilancia, para saber los movimientos que se verificarían desde ese momento en el lugar, fue así como se pudo observar que a dicho sitio o residencia hizo su aparición un sujeto de unos cuarenta y cinco años de edad, de contextura obesa, de tex trigueña, cabellos negros, de 1.70 de

estatura, de bigotes, quien llegó en una camioneta Blazer, color negro, sin placas, con tránsito libre TL 7133. Transcurridos unos treinta minutos, llegó un taxi sorpresivamente y recogió a una de las personas que posiblemente era de las que había venido de Bogotá, la difícil observación de los lugares donde se encontraban los agentes del Grupo, nos hizo proceder de manera inmediata. Suponiendo que en tal momento se acababa de efectuar la negociación de narcóticos y como la movilización en ese momento se hacía a pie, fue difícil la intercepción del taxi, el que se perdió en pocos segundos del sitio, teatro de los acontecimientos. Inmediatamente y en el momento en que una mujer cerraba la puerta de la residencia se procedió a identificar el personal en forma verbal a la vez que se le pedía abriera nuevamente la puerta, aunque con alguna resistencia abrió la puerta. Al ver las credenciales y ver que se trataba de autoridad, accedió a que penetráramos los agentes al interior de la casa, hecho que se hizo de inmediato neutralizando a las personas que en el lugar se encontraban y que eran ellos: José Helio Parra Vera, Oscar de Jesús Gaviria Roldán, Florinda Castaño de Gaviria (quien abrió la puerta), Graciela Parado de Varón, amiga de la anterior; Lady Orozco Hernández, persona que no reside en el lugar; la muchacha del servicio, Astrid del Socorro Ospina González; minutos más tarde apareció la mujer de nombre María Hercilia Alzate Alzate, también del servicio doméstico; cuando estábamos en ese ejercicio una de las personas que tratábamos de neutralizar, procedió a 'uchar' varios perros de diferentes razas y tamaños. Uno de ellos atacó furiosamente a los agentes que efectuaban el procedimiento, razón por la cual hubo que hacer uso de las armas para tratar de auyentar a los animales, pero uno de los perros hizo caso omiso a las detonaciones y avanzó peligrosamente, representando así un mayor peligro, por lo cual hubo que disparar sobre él. Acto seguido se procedió a interrogar separadamente a cada una de las personas, se les preguntó sobre la posible negociación que estaban efectuando y todas contestaron negativamente, entonces se inició un registro personal y se le encontró a José Helio Parra Vera, 2 pequeñas muestras, que las tenía ocultas en la región púbica, a las cuales se les practicó la prueba de campo, dando resultados positivos para cocaína. Entonces se procedió a interrogarlos nuevamente sobre la procedencia de la sustancia y contestó 'eso es mío y yo mismo lo cocino' y la traje para mostrársela a la persona que venía a negociar conmigo, no los veinticinco kilos que ustedes dicen, pero sí menos cantidad y no esta noche, sino en días venideros y con las muestras exigiría la presencia del dinero para una futura negociación. Fue en ese momento cuando José Helio Parra Vera propuso a los agentes que llegaran a un acuerdo, que él estaba dispuesto a dar entre dos y tres millones de pesos, al mismo tiempo Oscar de Jesús Gaviria Roldán, propuso también que por qué no le respaldábamos el negocio que tenía con un italiano y que entonces daría una buena participación y que en lo sucesivo él llevaba a todos en los negocios. Ante la negativa del personal del Grupo, Parra Vera decidió hacer entrega de una cantidad indeterminada de cocaína, para ello procedió a efectuar varias llamadas telefónicas a fin de conseguir que le ubicaran en la casa de Angela Mercedes Marín García, quien según éste era su amante, minutos después personalmente trasladó a los agentes investigadores José Arturo Caicedo y Julio César Pulido a su propia residencia ubicada en la calle 34-B No. 82-A40, allí éste mismo abrió la puerta y penetramos a ella, esperamos algunos segundos y la mujer antes mencionada entregó a Parra Vera un talego blanco de papel, el que contenía una sustancia blanca en diferentes bolsas de polietileno, con diferentes leyendas, la que al ser examinada con la prueba de campo, dio resultado positivo para cocaína. Al presumir entonces que esa era una pequeña parte de la mercancía, se procedió a requisar la residencia, fue así como fueron encontrados en un baño al fondo del apartamento diferentes elementos y sustancias químicas que son utilizadas para el procesamiento del clorhidrato de cocaína, elemento y sustancias que son relacionadas en el acta de incautación. Todos los elementos y sustancias decomisados fueron trasladados a la Oficina de la Unidad del Grupo de la Procuraduría en esta ciudad. Interrogada la mujer Angela Mercedes Marín García, manifestó que la persona que había llevado la sustancia que había entregado a Helio en una bolsa, era el individuo Augusto Castro, quien residía en el Barrio Santa Mónica, calle 35-B No. 98-A50, con teléfono 535235. Inmediatamente se procedió a montar vigilancia permanente en el lugar con miras a evitar la fuga de dicho sujeto y con la convicción de que en dicho lugar no podría encontrar nueva cantidad de cocaína, por los informes ya obtenidos de las personas retenidas.

"Transcurridas aproximadamente unas cinco horas, se procedió a solicitar permiso a los moradores para practicar una requisa, Augusto Castro abrió personalmente la puerta, pudiéndole divisar que portaba una pistola calibre 7.65 mm. En vista de que la esposa o compañera según el interrogatorio a que fue sometida, se dedujo

que recientemente había salido de la clínica de maternidad, por tal motivo nos limitamos a recoger documentos de cierta importancia, presumiblemente producto de las transacciones de cocaína a que hace referencia la mujer Angela Mercedes Marín García. De la misma forma se decomisó una camioneta Blazer, identificada con el tránsito libre TL 6836 que también hace parte de las afirmaciones hechas por la mujer en referencia...".

El instructor, que lo fue el Juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal de Medellín, después de una serie de diligencias, decretó la detención preventiva de Oscar de Jesús Gaviria Roldán, Helio Parra Vera y Angela Mercedes Marín García, por "violación al Decreto 1188 de 1974", al paso que ordenó la libertad de Augusto Castro Zuluaga, al estimar que "por el momento no existe prueba suficiente que lo ligue a la actividad ilícita de los anteriores". Posteriormente, al quedar radicado el conocimiento del asunto en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, éste dispuso la clausura de la investigación y calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio "como infractores al Decreto 1188 de 1974", no sólo a los tres procesados cobijados con el auto de detención, sino también a Castro Zuluaga. A Gaviria Roldán y Parra Vera, los enjuició así mismo por el delito de cohecho.

Recurrida esa decisión, fue confirmada por el Tribunal mediante proveído en el que, además, se advirtió que en el período probatorio de la causa debían ser practicadas las pruebas echadas de menos por los defensores y por el Fiscal de la Corporación, quien solicitó la confirmación del enjuiciamiento menos para Oscar de Jesús Gaviria quien, a su entender debía ser sobreseído temporalmente. No obstante los esfuerzos del juez del conocimiento no fue posible practicar esas pruebas, por lo que se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública y se profirió luego la sentencia con fundamento en los mismos elementos de juicio que conformaron el sumario. El fallo de primer grado fue apelado y el Tribunal lo confirmó con las modificaciones ya anotadas.

La demanda

Con referencia al cuerpo segundo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y en el entendimiento de que el fallo del Tribunal "se basa en erróneas apreciaciones de los hechos fundamentales al cuerpo del delito y a la responsabilidad, lo que originó error de derecho en la aplicación de la ley de procesamiento penal y violación de normas específicas de la Constitución Nacional y la Ley 74 de 1968, por medio de la cual se aprueba pacto internacional vigente en Colombia sobre derechos civiles humanos y garantías sociales", formula dos cargos, así:

Primer cargo. "La sentencia dio valor pleno al acta de abstención (sic) de las muestras supuestamente de cocaína a la forma como los agentes de la Policía Nacional obtuvieron las pruebas del cuerpo del delito de tráfico de estupefacientes, otorgándoles un valor del que carecen en violación de los artículos 214, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal y de los artículos 25 y 26 de la Carta Magna".

Para sustentar esta censura, aduce que la aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, "debe hacerse teniendo en cuenta si en primer término se han cumplido las garantías constitucionales para la producción de la prueba y luego si se dio cabal cumplimiento a los fines procesales que establece la ley para que las pruebas puedan ser allegadas a los procesos". En el presente caso, agrega, los agentes del orden, con quebranto del artículo 23 de la Constitución, violaron el domicilio del señor Oscar de Jesús Gaviria Roldán, disparando armas de fuego y dando muerte a uno de los perros que aquél tenía en su residencia en guarda de su seguridad, por lo cual los medios de prueba obtenidos de esa forma son inexistentes conforme al artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, además de que hubo infracción directa del artículo 26 de la Constitución en su principal objetivo, cual es el de que en todo juicio se proceda con cabal observancia de la plenitud de las formas procesales. Señala igualmente que se violó así mismo el artículo 355 del estatuto procesal penal, debido a que el allanamiento y registro cumplido en esa residencia se efectuaron con desconocimiento de las formalidades que establece ese precepto.

Segundo cargo. Lo enuncia así:

"Igualmente el Tribunal al darle valor a las versiones tomadas a los sindicados y a los testimonios de los agentes que intervinieron en el operativo, comete error de derecho, desde el momento en que se estaba violando la ley procesal penal al no realizarse frente a abogado titulado que los asistiera e hicieron promesas confesadas, con lo que se violaban directamente los artículos 305 y 431 del Código de Procedimiento Penal y el 25 y 26 de la Constitución Nacional al igual que los artículos noveno y catorce, parte II,

ordinal 3:, literales A y F de la Ley 74 de 1968 y el literal B del mismo artículo de la misma ley y los artículos 214, 215, 216, 217 del Código de Procedimiento Penal".

Para fundamentarlos manifiesta que sus bases son las mismas del anterior, o sea la ilegalidad del procedimiento que sirvió de marco a la prueba recaudada, pues si ella es inexistente, su reproducción dentro del proceso no la convalida y, por lo mismo, hubo error manifiesto por parte del Tribunal al apreciarla y darle relievancia jurídica, "solo que en este evento, el error es de hecho y la reinterpretación de la prueba errónea por parte del juzgador", como textualmente lo señala el recurrente.

Al respecto anota:

"Aunque los agentes podían dar una versión de los hechos y esa versión al interpretarse el testimonio por tratarse de agentes de autoridad, presta valor probatorio, entre otras cosas para demostrar que se encontraban actuando fuera de la ley procedimental, la interpretación que en sus testimonios ven sobre la recolección de una prueba inexistente los deja vacíos de sentido vinculatorio, ya que el medio probatorio para demostrar el cuerpo del delito no va a ser el testimonio sino la retención de la materia alcaloide, hecho inexistente por disposición y autoridad de la ley que conforme a la Constitución Nacional a ellos por ser agentes del orden los obliga con mayor fuerza aunque a los particulares. Como el origen de su conocimiento está viciado de inexistencia legal este conocimiento, por lógica, debe seguir la misma suerte de inexistencia legal".

Violó por tanto, el Tribunal los artículos 26 de la Constitución Nacional y 214 del Código de Procedimiento Penal, al fundamentar su fallo en esos inexistentes elementos de prueba. Como también conculcó los artículos 305 del Código de Procedimiento Penal y 14 de la Ley 74 de 1968, puesto que, las versiones dadas ante la Policía Judicial por los capturados fueron producto de engaños y halagos que sus agentes hicieron a la Marín y a Parra al hacerles creer que cohonestaban su conducta, de donde se origina una especie de coacción sicológica que vicia el contenido de esas versiones, aparte de que existió "una coacción previa originada por la forma salvaje y violenta en que irrumpieron los agentes dentro de la casa que ilegalmente allanaron, produciendo un sinnúmero de disparos de que dan cuenta los autos, originando así un medio intimidatorio y suficiente para hablar de coacción física casi insuperable, la que viene a acarrear violación del artículo 25 de la Constitución Nacional, ya que así se los motiva por fuerza fisiológica a confesar, a declarar en contra de sí mismos".

Concluye con la petición de que se case la sentencia y se dicte fallo sustitutivo en el que se absuelva a su representado.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de aludir a los hechos y actuación procesal, como de expresar que los dos cargos que presenta el demandante se identifican, pues es uno mismo el planteamiento y, por lo mismo, iguales las consecuencias "ya que se reducen a la apreciación de pruebas inexistentes, con error manifiesto, sin que por tanto pueda considerarse demostrado la responsabilidad del procesado", entra al examen conjunto de ambas censuras para concluir que no deben prosperar, por las siguientes razones:

Si bien es cierto que hubo una omisión o irregularidad en el procedimiento inicial, pues se penetró a una residencia sin orden de allanamiento, esa circunstancia no tiene el efecto de dejar sin valor las pruebas existentes.

Esto, por cuanto a pesar de esa informalidad, posteriormente los procesados, como consecuencia de la actitud de los investigadores, accedieron a entregar las muestras del estupefaciente que portaba uno de ellos, y, luego, "a manera de negociación ilícita con la autoridad, admitida aparentemente por ésta en atención a sus propuestas", pusieron en manos de los agentes otra cantidad de droga, esta vez en la residencia de la procesada Marín García, donde penetraron en compañía de Helio Parra y con el asentimiento de ella, pues los creían ya dentro del negocio.

Si se aceptara la argumentación de la defensa, se llegaría a la consecuencia, anota el Procurador, "de que no obstante existir ampliamente demostrados los hechos constitutivos de la conducta ilícita, esto es la posesión —con ánimo de negociarla— de sustancia estupefaciente cuya naturaleza se estableció debidamente a través de los dictámenes correspondientes, debiera con base en la misma llegarse a la absolución del procesado recurrente y como consecuencia también de los restantes, no obstante la convicción de los funcionarios judiciales sobre la demostración plena del hecho ilícito y su responsabilidad, lo cual repugnaría a la lógica y conduciría a la impunidad, sin fundamento alguno".

En contestación a las críticas que formula el censor, respecto de la producción de la prueba, recuerda el Procurador que para esas versiones ante la Policía Judicial no exige la ley la presencia de apoderado (artículo 289, numeral 8 del C. de P. P.), y que en ella quedó expresa constancia de quienes las rindieron y suscribieron de no haber sido objeto de presiones ni violencias.

Pone de presente el representante del Ministerio Público que, aparte de esos elementos de juicio provenientes de los procesados, existen las declaraciones de los agentes del orden rendidas en el decurso de la investigación, con exhaustivo interrogatorio por parte del acucioso apoderado que asistió a los sindicados en el sumario, ampliamente controvertidas por las partes, de donde hay que concluir que "tienen sólido fundamento y condujeron a la convicción de los funcionarios en cuanto al delito y su responsabilidad".

Por último, el Procurador expresa que deben compulsarse copias con destino a la Procuraduría "para verificar la irregularidad que pueda existir en cuanto al procedimiento de allanamiento".

Consideraciones de la Corte

Como lo anota el Procurador, los dos cargos que se le formulan a la sentencia pueden ser analizados conjuntamente, pues su fuente es la misma, a saber, el marco de ilegalidad dentro del cual se produjeron los elementos de juicio que luego constituyeron las pruebas dentro del proceso, pues ellos se generaron en una diligencia de allanamiento, sin que mediare una orden de autoridad competente para obrar así, y al impulso del proceder violento y por lo mismo amedrantador de quienes llevaron a cabo ese operativo de Policía Judicial. Por eso, para el recurrente hubo error de derecho en razón de la forma como se adujo esa prueba al proceso y también por haberla apreciado con valor concluyente en el fallo, siendo que era jurídicamente inexistente por virtud del vicio inicial ya anotado. Aunque en alguna parte de la fundamentación tiende el censor a confundirse con el error de hecho, analizada la argumentación en su totalidad se concluye que es en el error de derecho en el que fundamenta toda su impugnación al fallo.

Para responder a estas censuras, conviene tener presente, en primer término, que los funcionarios de Policía Judicial, adscritos al Grupo Antinarcóticos de la Procuraduría General de la Nación, venían haciendo el día de los acontecimientos, el seguimiento de Oscar de Jesús Gaviria Roldán, por tener conocimiento, en fuerza de informaciones recibidas en esa dependencia oficial, de que iba a celebrarse en Medellín una cuantiosa transacción de cocaína con el concurso del citado Gaviria Roldán.

Fue así como desde Bogotá, a donde había viajado ese día 12 de junio de 1979, Oscar de Jesús Gaviria, procedente de Medellín, se trasladaron a esta última ciudad José Arturo Caicedo Castro y Julio César Pulido León, a cuyo cargo estaba el operativo, y lo hicieron en un vuelo aéreo que cumplió su itinerario casi que simultáneamente con el que tomó Gaviria.

Llegados a Medellín se encontraron con los agentes de Policía Judicial —Grupo Antinarcóticos de la Procuraduría Regional— que debían prestarles apoyo local en el operativo.

Al arribar Gaviria Roldán al aeropuerto de Medellín en compañía de otra persona que se suponía que era la interesada en la negociación y tomar un carro de servicio público para dirigirse a su destino, los funcionarios de Policía Judicial los siguieron y, cuando penetraron a una residencia, que resultó ser la de Gaviria, montaron vigilancia sobre el lugar, pendientes de lo que en un momento dado pudiese ocurrir.

Así fue como se percataron del ingreso de una persona que resultó ser José Helio Parra Vera, portador, como luego se comprobó, de las muestras sobre las cuales, al parecer, se iba a realizar el negocio, y advirtieron también la salida, una media hora después, del individuo que había viajado desde Bogotá en compañía de Oscar de Jesús Gaviria Roldán.

Deduciendo de esta última circunstancia que la negociación estaba teniendo cumplimiento, decidieron que era el momento de penetrar a la residencia; para lo cual obtuvieron que les abriera la puerta la esposa de Oscar de Jesús, en forma voluntaria y previa identificación de ser autoridad, como dicen los agentes; o forzada por las circunstancias y apremiada por el comportamiento de los agentes y sin que se identificaran como tales, según lo declara ella (Fls. 123 del cuaderno principal).

Ya dentro de la casa y mientras se disponían a tomar las medidas de protección aconsejables, les fueron asusados por parte de Gaviria Roldán unos perros que los atacaron furiosamente, teniendo que hacer varios disparos para amedrantarlos y contenerlos, resultando muerto uno de

los canes. Quienes estaban dentro de la residencia dicen que los tiros fueron hechos para intimidarlos y coaccionarlos a ellos.

Como puede observarse por el relato que se ha hecho, tomado del informe rendido al juez por quienes actuaron en el procedimiento, así como de los testimonios que luego dieron dentro de la investigación penal, se colige claramente que se trató de un operativo policial que sin solución de continuidad llevó a los agentes desde el momento de los contactos en Bogotá de Oscar de Jesús Gaviria con la persona al parecer interesada en la compra de la droga hasta su culminación en la residencia de éste en Medellín cuando dedujeron de las circunstancias que el ilícito negocio se estaba realizando. No debe olvidarse que en esa misma noche y en esa misma residencia se descubrió que José Helio Parra portaba, dentro de sus prendas íntimas, unas muestras de una sustancia a la que se le hizo la llamada "prueba de campo" y dio resultado positivo para cocaína; y que de allí salió Parra con algunos de los agentes rumbo a la residencia donde entregó otra cantidad de sustancia, cercana a los tres kilos, que también dio en la prueba de narcotex y después en los exámenes de laboratorio, resultado positivo para el alcaloide. Téngase en cuenta igualmente que en la residencia donde Parra hizo entrega de esta droga, que era la de su amante Angela María Mercedes o Angela María Marín García, cuyo arrendamiento pagaba él, se encontró un pequeño laboratorio y sustancias aptas para el procesamiento de cocaína y que por los informes de dicha mujer se descubrió a Augusto Castro Zuluaga, socio de Parra en ese ilícito negocio.

De tal forma que la suposición de los agentes de Policía Judicial en cuanto a que ya a esa hora en que penetraron a la casa de Gaviria Roldán, se estaba cometiendo un delito de los que sanciona el estatuto de estupefacientes y que era imperioso que ellos sorprendieran a los autores del mismo, no era equivocada, como que los sucesos subsiguientes confirmaron la realidad de las ilícitas vinculaciones de todos cuantos fueron aprehendidos en desarrollo de ese operativo.

Además a ellos se les franqueó la entrada, así no hubiera sido en forma espontánea, sino a instancias de sus exigencias como autoridad, y el uso de sus armas obedeció a la necesidad de contener la violencia desatada por el empleo de los perros en su contra. Gaviria Roldán aceptó en la audiencia pública haberse valido de esos animales. Dijo al respecto: "Efectivamente uno de mis perros atacaron a estos individuos y muy bien hecho y claro o aclaro al Despacho, yo en alemán dije 'fas', y eso quiere decir atacar, dí la orden de atacar, porque yo viendo mi casa atacada, sin ninguna identificación de que eran agentes, pues procedí en defensa de mi hogar" (Fl. 479 del cuaderno principal).

La dirección de los disparos y la altura a la que hicieron impacto en el inmueble, todo lo cual quedó registrado en diligencia de inspección judicial (Fl. 131 vto. y 132 del cuaderno principal), demuestran que las afirmaciones de los agentes en el sentido de haberlos hecho en momentos de confusión por el ataque de los perros y con miras a asustarlos, no riñen con la verosimilitud.

En cuanto a si los agentes se identificaron o no al solicitar su ingreso a la casa de Oscar de Jesús Gaviria, aparte de que ellos manifiestan en sus testimonios que sí lo hicieron, hay constancia en el expediente de que los moradores de la casa no ignoraban que eran autoridad, pues la propia esposa de Gaviria dice que desde hacía unos quince o veinte minutos antes de la entrada se había percatado de la presencia de ellos en los alrededores de la casa y que reconoció a uno de ellos como la persona que había requisado días antes en el aeropuerto de Medellín a una amiga suya (Fl. 124 *ibidem*). Esto mismo queda corroborado con lo que el agente Pulido dice que le expresó Gaviria Roldán. Estas son sus palabras: "me dijo que la transacción no se iba a llevar a cabo por cuanto la esposa de éste y una venezolana que la ocompañaba me había detectado y le dije que de qué forma, me dijo usted hace unos veinticinco o treinta días estuvo en el Aeropuerto Olaya Herrera raquetiando la gente y usted el día que llegó mi señora con la amiga venezolana las metió a una requisa muy minuciosa, entonces nosotros para tener seguridad mandamos por hielo con el fin de que miraran qué movimientos raros había en la calle y mi señora y la venezolana lo reconocieron a usted cuando entraron con la camioneta, mi esposa me dijo estamos rodeados del F-2, yo le pregunté por qué, ella me preguntó por qué y ella me contestó ahí está el hombre junto a la iglesia que el día que llegamos de Venezuela nos sometió a una requisa y efectivamente en una comisión que estuve en Medellín se montó un operativo en el muelle internacional y yo había reconocido a estas dos señoras" (Fl. 204 *ibidem*). A la salida a buscar hielo se refieren el propio Gaviria, su esposa y la amiga venezolana (Fls. 30, 114 vto. y 126 *ibidem*).

De suerte que dejaron entrar a los agentes y sabían que eran autoridad y, no obstante, luego

crearon una situación de peligro contra ellos al liberar y azuzar a los perros.

Queda de esa manera sin fuerza el reproche por la ausencia de orden de allanamiento, pues los dejaron penetrar, así no hubiera sido de su agrado, y se trataba, además, de un seguimiento policivo que, por ir confirmando en cada uno de sus pasos la información secreta que lo originó, situó a los policiales prácticamente frente a un caso de flagrancia o cuasiflagrancia.

Aparte de lo anterior, una de las personas que terminaron comprometidas, o sea Angela Mercedes o Angela María Marín García, reveló a los agentes la información que permitió establecer las vinculaciones de los procesados Parra y Castro, con el procesamiento de cocaína, y lo hizo en versión en la que manifestó, además, que no había sido objeto de coacción ni malos tratos por parte de los agentes (Fl. 9 y vto. del cuaderno principal).

José Helio Parra, al verse frente a una evidencia que difícilmente podía desconocer como era su presencia en la casa de la persona que venía siendo seguida por los funcionarios de Policía Judicial y exactamente en los momentos en que ese operativo se llevaba a cabo, así como por haber aparecido en sus partes pubendas las muestras de sustancias a que se ha hecho referencia, terminó junto con Oscar de Jesús Gaviria, haciendo propuestas de soborno a los agentes, las que, fingidamente aceptadas, condujeron a la entrega del resto de la droga que se incautó esa noche, el descubrimiento del pequeño laboratorio y de las sustancias aptas para el procesamiento de la cocaína y a la retención de la amante de Parra y del socio de él en negocios de ganado, pero también en este ilícito del procesamiento y tráfico de la droga.

Frente a las afirmaciones de los procesados de haber sido objeto de violencias por parte de la autoridad y de haber sido coaccionados para sus manifestaciones, están las declaraciones en contrario de los agentes, rendidas bajo juramento ante el juez instructor, y el reconocimiento de Angela Mercedes Marín y Oscar de Jesús Gaviria de no haber sido tratados indebidamente al rendir las versiones que dieron ante la Policía Judicial (Fls. 9 vto. y 10 vto.).

Es claro que las afirmaciones que se hacen dentro de esta clase de diligencias de Policía Judicial (artículo 289, numeral 8 del C. de P. P.), no tienen el carácter ni el alcance de la confesión judicial, razón por la cual la ley no exige la presencia de apoderado en esas circunstancias, pero sí tienen el valor de indicio y así lo analizó acertadamente el Tribunal como puede verse en los apartes del fallo correspondiente a los folios 661, 662 y 667 del cuaderno principal.

Analizando situaciones similares a las que son objeto de estudio en la presente ocasión, dijo la Corte en providencias de 24 de marzo de 1977 y 13 de febrero de 1978, lo siguiente:

"La intervención que en este caso han tenido los policiales es doble. Una primera y anterior al proceso que se concreta en el informe de que trata el numeral 14 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, y una segunda, eminentemente testimonial, que se adecúa a la previsión del artículo 307 del mismo Código y que se recibe y cumple con todos los requisitos de ley que rodean la prueba por testigos. Por la primera se llega a la conclusión de que no utilizaron la atribución que les confiere el numeral 8 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, no hay necesidad de traer a colación dicha disposición como se hace en la demanda; por la segunda, bien se ve que al declarar para el proceso, los policiales lo hicieron como testigos de todo cuanto vieron y escucharon cuando efectuaron las capturas y el decomiso.

"No resulta incorrecto hablar de 'confesión extrajudicial' para el proceso penal. Por tanto, tampoco puede afirmarse, con criterio excluyente, que la única confesión relevante es aquella que prevé el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal. Esta última, la llamada 'confesión judicial', nace, como su denominación lo indica, dentro del proceso, se hace ante el funcionario de instrucción o ante el juez del conocimiento, de manera libre y espontánea, y se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario y, por otra parte, esté plenamente comprobado el cuerpo del delito. La primera, la llamada 'extrajudicial', se produce, como su propia denominación también lo indica, por fuera del proceso, antes de su iniciación o en cualquier momento de su recorrido, pero puede llegar a él sin que exista razón valedera para rechazarla sobre la base de que no existe en el procedimiento penal, pues en verdad no hay una sola disposición que la prohiba.

"Lo dicho se reafirma si se tiene en cuenta que la 'confesión extrajudicial' aparece prevista en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, y el Código de Procedimiento Penal, prevé en su artículo 8º, y para el procedi-

miento penal, la 'aplicabilidad de las normas de procedimiento civil'. Se enmienda, de esta manera, la doctrina consignada por esta Sala en providencia del ocho (8) de abril de 1976, allí donde se dice, refiriéndose a la confesión extrajudicial, que esta clase de pruebas no existen en el proceso penal porque en éste 'o no se está frente a la confesión, que siempre habrá de ser judicial o no se está frente a confesión de ninguna otra índole'. La doctrina enmendada aparece citada en el concepto del Ministerio Público para tomar, con su apoyo, partido a favor de la demanda.

"Habrá confesión 'extrajudicial' o 'extraprocesal' si se prefiere, siempre que el sindicado, sin coacción de ninguna clase, libre y espontáneamente, declare por fuera del proceso penal, su aceptación de haber cometido o haber participado en la comisión de un hecho delictuoso. Esta declaración suya puede hacerla públicamente, a un reducido número de personas, a una sola persona, en un escrito, en versión rendida ante juez distinto al del proceso penal, o ante alguna de las autoridades que pertenezcan a organismos auxiliares de la Rama Jurisdiccional. Y puede llegar al proceso penal por la vía de los testimonios de quienes la escucharon o por vía documental. Sólo que no puede otorgársele el valor que se le da en la ley (Art. 264 del C. de P. P.) a la 'confesión judicial'. En este punto cabe recordar la misma doctrina que se enmienda en parte, allí donde al aludir a la 'confesión extrajudicial', a pesar de haber negado antes su existencia, dice de ella que debe considerarse 'otra clase de pruebas'. En este punto se deja abierto el campo a la apreciación de las revelaciones extrajudiciales de culpabilidad, con adecuación a lo previsto en el numeral 8 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, o de cualquiera otra manera, como prueba de valor distinto al de la confesión judicial. Y es natural que así sea, pues manifestaciones de esta clase no puede tener valor igual. De donde se extrae que, comprobado el hecho que originó la investigación, efectuadas las capturas y realizado el decomiso, para concretar el examen al caso de autos, las manifestaciones hechas por los capturados (que permitieron la captura de otro más y la presencia de los policiales en el sitio de los hechos) a esos policiales en la conversación que con ellos sostuvieron, constituyen verdaderas 'confesiones extrajudiciales' a las cuales debe otorgárseles el valor que tiene el indicio. Los indicios que de allí surgen se refuerzan si se tiene en cuenta que el informe policial fue ratificado y ampliado mediante testimonios procesales de los captores, y que éstos dijeron ante el instructor todo cuanto habían visto y verificado y todo cuanto escucharon de labios de los capturados. Esa 'otra clase de prueba' de que trata la doctrina parcialmente enmendada es, precisamente, la prueba indiciaria.

"No yerran los juzgadores en las instancias al referirse a esas pruebas. Tampoco en darles un valor de indicio de culpabilidad para los procesados. Por tanto, no hay error de derecho en la sentencia impugnada y, en consecuencia, se desestima el cargo que formula el censor". (Casación de 24 de marzo de 1977).

"El cargo de nulidad que formula el censor carece de todo fundamento fáctico en el caso presente. Alega que la actuación policiva que se realizó en la casa del procesado y permitió el hallazgo de una cierta cantidad de cocaína fue una diligencia de 'allanamiento y registro', pero, comoquiera que en su desarrollo no se siguieron las reglas que informan la materia en la legislación procedimental vigente, debe considerarse que dicho allanamiento es inexistente y, en consecuencia, disponer que la actuación cumplida se retrotraiga hasta un punto anterior al auto cabeza de proceso y se excarcele provisionalmente a su poderdante. Resulta, sin embargo, que nunca en este proceso se ha practicado una diligencia de allanamiento y registro y que la única persona que así denomina a la actividad de los policiales es el propio demandante. Sobre la base de esta errada apreciación toda la argumentación subsiguiente se derrumba e impide la prosperidad del cargo.

"La Policía no puede practicar allanamientos. Le asiste sí la facultad de penetrar a domicilio ajeno o propio del delincuente sosprendido en flagrancia para los fines de su aprehensión o captura, en la forma y bajo las condiciones previstas en los artículos 24 de la Constitución Nacional y 5º del Código de Procedimiento Penal. La Policía Judicial, en particular, tampoco puede por propia iniciativa (Art. 289 del C. de P. P.) practicar allanamientos; pero sí puede hacerlo en cumplimiento de 'comisión dentro de la jurisdicción' y para casos urgentes según lo establece el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal. De resto solo existe la posibilidad para los miembros de la Policía Judicial de concurrir como asesores del funcionario de instrucción en los allanamientos que éste practique y cuando lo considere conveniente como se ve en el inciso segundo del artículo 367 del mismo Código en cita. Ninguna de las hipótesis dichas se da en el caso de autos. Lo que sucedió antes de la ini-

ciación de este proceso es cosa bien distinta y de ella se dirá en el párrafo siguiente.

"Los policiales que intervinieron en el registro de la casa del procesado, porque así lo ordenaron sus superiores jerárquicos, manifestaron a la esposa de éste que eran miembros del F-2, preguntaron por él y le pidieron abrir la puerta porque debían efectuar una requisa. La señora abrió la puerta y franqueó la entrada. Uno de esos policías al declarar para el proceso bajo juramento afirma que dicha señora manifestó que abriría 'con mucho gusto', otro dice que la expresión que utilizó al solicitarle permitiera el registro fue la de 'que estaba bien'. Ella misma, aunque habla de gritos por parte de los policiales y aún de puntapiés dados a la puerta, afirma que solicitó se le concediera un momento mientras buscaba la llave para abrir y que, luego de encontrarla, accionó la cerradura y los policiales entraron con presteza. Además, ya se sabe, el procesado llegó cuando los policiales estaban dentro de la casa. Ante esta prueba resulta imposible afirmar que dicha actuación corresponde al allanamiento que prevé el Código de Procedimiento Penal a partir de su artículo 355. En consecuencia, la única persona que así lo llama es el propio censor para luego quitarle todo valor por inobservancia en su práctica de los requisitos de ley. Se trata, en consecuencia, de una simple operación de tipo policivo que contó con colaboración de la esposa del dueño o morador de la casa registrada. El cargo no prospera" (fallo de 13 de febrero de 1978).

Para efectos de la casación hay error de derecho cuando se reconoce validez a una prueba que no la tiene, por haber sido aducida al proceso sin los requisitos y ritualidades exigidas para ello, o cuando se le da una específica fuerza de convicción que la ley no le otorga, o cuando se le desconoce lo que la ley sí le asigna de manera concreta.

En el caso que se estudia no se presentó ni la ilegal aducción de la prueba, ni la equivocada o indebida valoración de la misma.

Para respaldar la anterior afirmación conviene recordar que la intervención de los agentes de Policía Judicial adscritos al Grupo Antinarcóticos de la Procuraduría General de la Nación tuvo ocurrencia en dos momentos bien distintos: el primero, cuando actuaron con autonomía funcional y en etapa previa al proceso; y el segundo, ya dentro de éste y por requerimiento del juez instructor.

En esa etapa previa a la investigación, ejercieron atribuciones que les asigna el Código de Procedimiento Penal en su artículo 289 para el caso de que se presenten situaciones de flagrancia o cuasiflagrancia, o cuando no actúe inmediatamente el funcionario de instrucción, tales como las de inspeccionar minuciosamente el lugar de los hechos, recoger los elementos que puedan servir para asegurar las pruebas de la materialidad del delito y de la responsabilidad de sus autores, realizar u ordenar las pruebas técnicas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos, recibir la versión libre y espontánea que quieran dar los imputados, aprehender a las personas sorprendidas al momento de estar cometiendo un delito, practicar el registro de personas y rendir al juez de instrucción un informe detallado de sus actividades (numerales 1º, 2º, 5º, 8º, 9º, 10 y 14 del literal c).

Ya dentro del sumario, ratificaron su informe y bajo la gravedad del juramento respondieron a todas las preguntas, no pocas, que les formularon el juez instructor, el representante especial del Ministerio Público y el apoderado.

En esta calidad de testigos (Art. 307 del C. de P. P.), expresaron al juez cuanto les tocó presenciar en desarrollo de aquellos hechos, obviamente en lo que a cada uno le constaba e igualmente respecto de lo que los demás les comunicaron, ya que, por tratarse de un operativo policial, si bien las tareas fueron distribuidas y a veces realizadas separadamente, su resultado global no fue desconocido por ninguno de ellos.

De tal manera que, aún en el caso de que se llegare a admitir irregularidades o exceso en el procedimiento inicial, no podrían ser trasladadas al momento en que como testigos y con todas las formalidades de ley rindieron su declaración jurada dentro del proceso.

Es que la propia diligencia de allanamiento no es en sí una prueba, sino un medio para recoger la prueba, de donde se sigue que no necesariamente los vicios o informalidades de aquél afectan a éstos, máxime si ellas son de naturaleza o índole objetiva, como el descubrimiento del objeto material del delito, o de los instrumentos con que se cometió.

La propia demanda acepta tácitamente que no hubo vicio en la producción de la prueba testimonial de los agentes, pues la tacha se refiere no a este momento procesal, sino a la fuente donde se generó el conocimiento de los hechos por parte de aquéllos, para decir que como se allanó la residencia sin orden judicial previa todo cuanto

se comprobó en esa ocasión es inexistente y no adquiere vida jurídica por el hecho de que se relate posteriormente en un testimonio, aunque haya sido recibido con todas las formalidades de ley.

La aceptación de ese planteamiento llevaría a conclusiones como las de tener por inexistentes una diligencia de levantamiento de cadáver, por haberse allanado sin los requisitos legales la residencia donde sucedió el homicidio, o la posterior declaración d quien atestigüe dentro del proceso acerca de la forma como presenció el hecho descubierto dentro de ese allanamiento irregular.

Por tanto, no existió ilegal aducción de la prueba al proceso, ni concesión de valor probatorio que la ley no le asigne, ni desconocimiento del que sí le atribuye, pues, entre otras cosas, el testimonio no tiene por ley taxación específica de su fuerza de convicción, sino que la deriva de la razonable apreciación que de su credibilidad haga el juez, orientado por las normas de la crítica testimonial. El pensamiento de la Corte, a este respecto, ha sido reiterado y uniforme. Baste recordar el siguiente pronunciamiento:

"La valoración de la prueba testimonial no está sujeta a tarifa legal de pruebas, sino a la libre apreciación del juez, no ilimitada sino circunscrita a las normas de la crítica del testimonio; es decir, a las condiciones sociales y personales del testigo, al objeto del testimonio, a las circunstancias en que fue percibido y a aquellas en que se rinde la declaración, condiciones estas que sirven para aceptar o rechazar la prueba testimonial" (casación de 14 de junio de 1954, LXXX, 547).

Finalmente, tampoco hubo violación del derecho de defensa por haberle recibido a Angela Mercedes o Angela María Marín García y a Oscar de Jesús Gaviria Roldán, versión ante los funcionarios de Policía Judicial en la etapa anterior a la apertura de investigación sin que hubiesen estado asistidos de apoderados, pues, como ya se anotó, las manifestaciones que en ellas hagan no tienen valor de confesión judicial, ni esa diligencia equivale a una indagatoria, y porque no existe norma que exija la presencia de apoderado en esas diligencias, y porque, aunque el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, dispone que desde el momento de la captura el imputado tiene derecho a nombrar apoderado, allí mismo se establece que podrá intervenir en el proceso a partir de la diligencia de indagatoria.

El acceso al conocimiento de las diligencias de indagación adelantadas por la Policía Judicial que le concede el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal al apoderado del imputado capturado, han de entenderse como la oportunidad de irse enterando para actuar, con fundamento en ésta a partir de la indagatoria, pero no como el derecho para intervenir de una vez en ellas.

No se conculcó tampoco el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, pues aparte de que sus versiones escritas, ni Angela Mercedes Marín ni Oscar de Jesús Gaviria expresan que hubieran sido objeto de presiones o de halagos para manifestar lo que allí dejaron dicho, las expresiones de los agentes en el sentido de que le instaron a decir la verdad, haciéndole caer en cuenta de que más le convenía esta posición que la contraria (Fls. 207 y 210 Vto.) no constituye posición indebida, pues también el juez debe dirigirlo al indagado igual exhortación, como lo dispone el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal y también el Código Penal contempla situaciones que favorecen al procesado por demostrar una conducta diferente de la que exhibió al delinquir (artículo 64, numerales 6º, 7º y 8º).

Los cargos no prosperan.

Con fundamento en las procedentes consideraciones, 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 y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Diferencias entre interés y parcialidad de los funcionarios

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 32.

Vistos

Esta Sala, por autos de 15 de octubre de 1981 y 27 de noviembre del mismo año, ha venido resolviendo las recusaciones que contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Jaime Leguizamón Caycedo y Rafael Murillo Forero, lo mismo que contra la doctora Beatriz Olave de Valencia, formularon en escrito que lleva fecha 19 de septiembre del año pasado, los abogados Roberto Torres Beltrán y Alvaro Pinzón Velásquez, dentro del presente proceso que se ha venido adelantando contra Rubén Darío Restrepo y otro por el delito de invasión.

En auto de dos (2) de febrero del año en curso, la doctora Olave de Valencia manifiesta que no se declara impedida para actuar, por cuanto no tiene interés en el mismo y, además, no conoce a los recusantes ni a las partes, razón por la cual no tiene con ellos amistad ni enemistad de ninguna especie.

Para resolver se considera

La recusación se basa en las causales primera y quinta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que los recusantes invocan diciendo respecto a aquélla que los Magistrados Leguizamón Caycedo, Murillo Forero y Olave de Valencia han mostrado parcialidad en favor del sindicado Restrepo Restrepo, la que se ha manifestado en varias providencias, entre ellas los autos de 13 de agosto y 3 de septiembre del año pasado, en el primero de los cuales se manifestó que dicha persona es dueña de unas motobombas existentes en la hacienda "San Rafael", cosa que niegan los abogados en mención.

No señalan, en cambio, los fundamentos de la presunta enemistad que atribuyen a los recusados.

Examinados los planteamientos de la recusación, esta Sala ha concluido, en las providencias que se citan atrás, que no tienen base, por cuanto, respecto a la segunda, ni siquiera ha sido como acaba de expresarse, fundamentada debidamente y, por lo que hace a la primera, es decir, al interés que dicen han demostrado los funcionarios, no debe tenerse como tal la presunta parcialidad que atribuyen a los Magistrados, pues, que, de existir, afectaría la posición de absoluta imparcialidad que todo juzgador debe asumir ante las cuestiones que se someten a su conocimiento, pero no implica que tengan un motivo particular de índole personal, que pueda calificarse como interés en el proceso. En síntesis: *interés y parcialidad no son nociones equivalentes y aun cuando bien pueden coincidir, no operan en el mismo plano para los efectos del proceso, particularmente por lo que hace a las causales de impedimento y recusación, pues sólo el primero tiene capacidad de excluir al Juez del conocimiento del proceso. No así la parcialidad que produce otra clase de consecuencias, por ejemplo, las de índole penal como elemento de un posible prevaricato.*

Así que, dadas estas consideraciones resultan perfectamente atendibles los razonamientos que ha presentado la doctora Olave de Valencia para negarse a aceptar la recusación de que ha sido objeto.

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

Resuelve

DECLARAR infundada la recusación propuesta contra la doctora Beatriz Olave de Valenecia y que se refiere a la parte motiva de esta providencia y disponer que siga conociendo del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DESISTIMIENTO DE RECURSOS

Es facultad discrecional de los interesados en el proceso la de interponerlos o no y, por tanto, la de sostenerlos o abandonarlos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de mayo de 1982.

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

Aprobado: Acta número 32.

Vistos

El defensor del procesado Carlos Arturo Martínez Pérez interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 31 de marzo del año pasado, que fue oportuna y debidamente concedido y estimado admisible por la Corte y en sustentación del cual presentó la correspondiente demanda, que contestó el Ministerio Público, oponiéndose a las pretensiones del recurrente.

En ese estado el trámite del asunto, el propio procesado, mediante escrito enviado a la Corte desde la Cárcel de Bellavista, en Medellín, donde cumple la condena, desistió del recurso interpuesto a nombre suyo.

Considerando

Los recursos son medios legales, concedidos a los intervinientes en el proceso para obtener, con su utilización, la corrección de los yerros en que, a su juicio, hayan podido incurrir los funcionarios, de manera que la facultad de interponerlo o no y la de sostenerlo o abandonarlo, son determinaciones que la ley ha dejado al prudente juicio de los interesados.

Esta facultad discrecional es tanto más atendible cuando, como en este caso, quien hace uso de ella es el propio procesado, pues, así como éste puede revocar los poderes conferidos a sus abogados, apoderados o defensores, puede igualmente, con mayor razón, revocar las determinaciones que estos hayan adoptado en su lugar y a su nombre.

Si, pues, a favor de quien se ha interpuesto un recurso, con el que éste estaba conforme, desiste de su propósito inicial, no hay disposición legal alguna que le impida hacerlo, ni al juez ante quien se interpuso, admitir el desistimiento.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— ADMITE el desistimiento presentado por el sentenciado, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto por su defensor contra la sentencia del Tribunal de Bogotá del 31 de marzo del año pasado y dispone, en consecuencia, devolver los autos al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ESTABILIDAD DE LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS

Estos empleados gozan de estabilidad y por consiguiente, no pueden ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo mediante sentencia, en causas disciplinarias

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 32 de 25 de mayo/82.

Vistos

Por apelación de la denunciante revisa la Sala el auto de 16 de diciembre de 1981, por el cual el Tribunal Superior de Medellín se abstiene de abrir investigación al doctor Bernardo Arroyave Restrepo por un posible delito de abuso de autoridad que como Juez Superior de Yarumal (Antioquia) se le imputó.

Comprobado está, mediante indagación preliminar, que por Resolución número 004 de 31 de agosto de 1981 el Juez denunciado declaró "insubsistente el cargo" que hasta dicha fecha había desempeñado en el Juzgado la señorita Amparo Restrepo Maya. Este cargo era el de Oficial Escribiente Grado 7. Como motivos para adoptar dicha decisión, adujo los siguientes: a) Que tal día vencía el período legal de los empleados y subalternos de la Rama Jurisdiccional, pues el Decreto número 1950 de 23 de julio de 1981 había prorrogado, exclusivamente, los períodos de Magistrados y jueces, y b) Que la empleada daba "claras muestras de ineptitud", había sido reconvenida por esto y no adoptaba conducta acorde con las exigencias del cargo que desempeñaba.

La señorita Amparo Restrepo Maya, que había sido designada para desempeñar el cargo de Oficial Escribiente Grado 5, mediante Resolución número 004 de 1º de septiembre de 1979, por el Juez de aquel entonces, doctor Antonio Arroyave Cuartas, pidió reconsideración de la medida en contra, pero el Juez reafirmó su criterio de interpretación del Decreto número 1950 de 23 de julio de 1981, y con cita en dos oficios que con anterioridad le había dirigido en relación con sus "múltiples deficiencias" y la ninguna diligencia que puso para enmendarlas, por Resolución número 006 de 7 de septiembre de 1981, no repuso la Resolución número 004 que se resume en el párrafo anterior.

Se tomaron las declaraciones de: 1) Jesús Alberto Molina Zuleta (Fl. 31), Secretario del Juzgado; 2) Alberto Gómez Valenzuela (Fl. 32 vto.), Oficial Mayor Grado 9, y 3) Margarita Madrid de Silva (Fl. 33 vto.), Citadora Grado 4. También existe una información al respecto del doctor Luis Eduardo Grajales Posada, Fiscal del Juzgado Superior de Yarumal, a quien se atribuye un buen grado de culpa en lo sucedido a la señorita Amparo Restrepo Maya, por las continuas quejas acerca de la mala ortografía, sintaxis y redacción de ésta en las actas de las audiencias públicas, quejas que, según se dice, tuvieron buen eco en las actuaciones del Juez con respecto a la empleada y culminaron con la declaratoria de insubsistencia.

El Tribunal de Medellín, en auto de 16 de diciembre de 1981, considera que no fue arbitrario el acto ejecutado por el doctor Arroyave Restrepo (no Restrepo Maya, como lo dice la providencia que se revisa, en evidente confusión con los apellidos de la denunciante) porque ante dos posibles interpretaciones del Decreto 1950 de 1981 (no 1959), optó por una de ellas y al hacerlo así "su acto no violó la forma esencial de lo jurídico que es exactamente lo arbitrario". Tampoco fue injusto tal acto porque la incapacidad de la empleada, "manifestada por su mala ortografía", era ampliamente conocida por el Juez y por otros empleados en Yarumal. De allí concluye que su hecho no constituye ni delito ni contravención y se abstiene, por consecuencia, de abrir investigación.

En esta segunda instancia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que no se necesitaba que el Decreto 1950 estableciera prórroga para el período de los empleados subalternos porque ya existía legislación al respecto. Cita el artículo 5º de la Ley 95 de 1946 y los artículos 48 y 51 del Decreto número 1660 de 1978. La primera disposición se refiere a la destitución. Las otras dos dicen, en su orden, que mientras se reglamenta la Carrera Judicial los empleados tienen el mismo período del funcionario que los designa, salvo los de la Corte y del Consejo de Estado, y agrega que gozarán de estabilidad y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores sino por causas disciplinarias, y que cuando un funcionario judicial sea designado por el tiempo que falta para completar el respectivo período, caso del Juez Arroyave Restrepo, los empleados que venían colaborando con su antecesor conservan el derecho a la estabilidad de que gozaban. Concluye de allí que la Resolución número 004 de 31 de agosto de 1981 "parece no tener visos de legalidad" y que la providencia apelada debe revocarse para proceder á "investigar penalmente esa conducta, con el fin de establecer si con ella se violó norma alguna del Estatuto Penal que nos rige, o es indiferente a sus mandatos".

Sobre las bases que anteceden, la Sala efectúa las siguientes consideraciones:

El primer inciso del artículo 1º del Decreto número 1950 de 23 de junio de 1981, que rigió desde la fecha de su expedición, dispuso que: "La designación, que por vencimiento del actual período, debe hacerse para proveer los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de Aduanas y Administrativos y de los Jueces elegidos por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de Aduanas, se efectuará de conformidad con lo que sobre el particular establezca el Estatuto de la Carrera Judicial. En consecuencia, los actuales Magistrados y Jueces permanecerán en sus cargos hasta la fecha que el mencionado Estatuto señale".

Dicha disposición se adoptó en ejercicio de la atribución constitucional que confirió al Gobierno Nacional el literal "g" del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1979 y, según conocida "circular" del Ministerio de Justicia de 1º de septiembre de 1981, el Estatuto al cual el Decreto se refiere debía expedirse antes del 19 de noviembre siguiente. Entre tanto, 3 de noviembre de 1981, se produjo en la Corte la sentencia de inexequibilidad del Acto Legislativo citado.

Por consecuencia, el Decreto número 1950 tuvo vigencia entre el 23 de julio y el 3 de noviembre de 1981, pues de esta última fecha en adelante, al igual que el Acto Legislativo que le brindó apoyo, se hizo inaplicable. La prórroga de períodos que había establecido se tornó en una interinidad más o menos indefinida, según algunos, o en una permanencia de hecho en el ejercicio de los cargos, como con evidente exageración sostienen otros.

Los hechos averiguados aquí mediante indagación preliminar se sucedieron con posterioridad a la vigencia del Decreto número 1950 y antes de la declaratoria de inexequibilidad del 3 de noviembre del mismo año de 1981.

Resulta cierto, como lo sostiene el Juez denunciado, que por ninguna parte dicho Decreto alude expresamente a empleados o subalternos. Pero no menos cierto es, y así lo dice el Ministerio Público, que no había necesidad de hacerlo. En efecto, el artículo 48 del Decreto 1660 de de 1978 dice que: "Mientras se reglamenta la carrera, los empleados de las Fiscalías y de la Rama Jurisdiccional que reúnan los requisitos para el cargo, con excepción de los de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán nombrados para el período del correspondiente Fiscal, Magistrado o Juez, y deberán tomar posesión dentro de los términos señalados en la ley" y agrega en un segundo inciso: "Estos empleados gozarán de estabilidad, y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo por causas disciplinarias".

Para el caso concreto el período debía terminar el 31 de agosto de 1981 y con el advenimiento del Decreto número 1950 de 23 de julio, se extendió para Magistrados y Jueces, y obviamente, también para empleados, por concordancia de lo dispuesto en el Decreto y lo dicho en el artículo 48 que se deja transcrito. Esa situación duró hasta el 3 de noviembre de 1981, se repite.

La denunciante había sido nombrada y debidamente posesionada desde el 1º de septiembre de 1979 y, por tanto, gozaba de estabilidad en el desempeño del cargo que se le asignó. Su período no terminaba el 31 de agosto de 1981, porque desde antes, el 23 de julio, se había extendido junto con el del superior respectivo que había tomado posesión del suyo el 31 de enero de 1981 y, por tanto, había sido designado para el resto de dicho período. En este caso, el artículo 51 del Decreto número 1660 de 1978 dispone que "Cuando un funcionario de la Rama Jurisdiccional o

un Fiscal sea nombrado en propiedad por el tiempo que falte para completar el respectivo período, o sea designado como interino o encargado, los empleados subalternos conservarán el derecho a la estabilidad de que venían gozando".

Resulta claro, como consecuencia de todo lo dicho, que la insubsistencia se produjo dentro del período y no por cuestiones disciplinarias sino por problemas de eficiencia y por un pretendido vencimiento de tal período. La Resolución número 004 de 31 de agosto de 1981 no se ajusta, por tanto, a las prescripciones legales que rigen la materia; de allí que no se trata de un acto jurídico, como dice el Tribunal Superior, que se inhibe de abrir investigación.

De las argumentaciones del Procurador Delegado en lo Penal que conceptúa, hay que dejar de lado su cita del artículo 5º de la Ley 95 de 1946, porque no se trata de un caso de destitución ni de traslado a un cargo de inferior categoría. Además, "El retiro del servicio por destitución sólo es procedente como sanción disciplinaria, con la plena observancia del procedimiento" que señala el Decreto número 1660, según lo dice su artículo 142.

Se trata de una declaración de insubsistencia que según el artículo 116 del Decreto en cita es de competencia de la autoridad nominadora y ésta, en el presente caso, es el Juez, como lo dice el artículo 16. Tal medida podrá tomarse en cualquier momento sin motivar la providencia y se relaciona con funcionarios o empleados titulares, provisionales o interinos que no reúnan los requisitos y calidades exigidos para el ejercicio del cargo, "sin perjuicio del derecho a la estabilidad de los empleados judiciales y de las Fiscalías, de que tratan los artículos 48, 50 y 51". (Art. 115 del Decreto 1660 de 1978).

Los casos de insubsistencia están previstos en el artículo 19 del Decreto número 250 de 1970 recogidos en parte por el artículo 63 del Decreto número 1660 bajo el título de "revocación del acto de provisión", y en el artículo 49 del Decreto número 1660 de 1978, que se refiere a los artículos 8º, 9º y 10 (que corresponden a los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 250 de 1970) y a pérdida del empleo y retiro forzoso. Del examen de tales disposiciones se ve que ni el vencimiento del período ni las deficiencias que se puntualizaron a la empleada en dos o tres oficios encuadran en las causales de insubsistencia.

Por lo dicho y acorde con el concepto del Ministerio Público en esta segunda instancia, la Sala revocará la providencia apelada y en su lugar dispondrá que se abra la investigación correspondiente en orden a establecer mediante proceso si la conducta del Juez denunciado se adecúa o no a las prescripciones legales de carácter penal que se dicen por él infringidas.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal,

Resuelve

REVOCAR la providencia apelada y en su lugar dispone que por el Tribunal Superior de Medellín —Sala Penal— se abra la investigación en el presente caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO COMUN Y DELITO POLITICO

Características específicas de cada uno de estos delitos. Aspecto subjetivo del delito político. Objetivo final. Objeto jurídico. Modo especial de ejecución

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 32 de 25 de mayo/82.

Expediente número 27402.

Vistos

Mediante nota número 2502 del 26 de noviembre de 1981 la Embajada de Italia, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitó "...la extradición del ciudadano italiano Leandro Barozzi, nacido en Roma el 7 de agosto de 1943 y residente en Cali, quien tiene orden de captura N.18/78A R.G.P.M.-1482 ARGI, emitida por el Tribunal de Roma, acusado de constituir y organizar una banda armada...".

Para tal efecto presentó los siguientes documentos:

1) Orden de captura emitida por el Tribunal de Roma;

2) Relación de los hechos que determinaron la solicitud de extradición suscrita por el Presidente del Tribunal Civil y Penal de Roma;

3) Declaración del Presidente del mismo Tribunal sobre el estado del proceso respectivo y la identidad del imputado, y

4) Traducción de los artículos de ley aplicados.

El Jefe de la División de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio, al remitir con Oficio número 0143 del 5 de enero de 1982 la solicitud mencionada al Ministerio de Justicia, con los documentos que la acompañaron, pone de presente que Colombia no ha suscrito tratado de extradición con la República de Italia, circunstancia que obliga a dar aplicación a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Por su parte, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia envió el expediente a esta Corporación, con oficio 042 del 27 de enero de 1982, para concepto previo.

Sustanciada la solicitud de extradición como lo ordenan los artículos 755 del Código de Procedimiento Penal y 135 del Código de Procedimiento Civil, el señor Leandro Barozzi, con la asistencia de un abogado, se opuso a la pretensión de las autoridades de Italia y pidió a la Corte que diera concepto desfavorable a su extradición porque los documentos de respaldo no fueron presentados en debida forma, esto es, traducidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y porque la extradición sería ilegal, en virtud de que no se acompañó una providencia en su contra equivalente, por lo menos, al auto de proceder de la legislación colombiana; y, finalmente, porque todo indica que al reclamado se le imputa un delito político, en cuyo caso la extradición se encuentra expresamente prohibida por el artículo 17 del Código Penal.

Se considera

No existiendo tratado sobre extradición entre Colombia y la República de Italia, el asunto se ha tramitado como incidente, de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal y habrá de decidirse como lo ordenan ese mismo Estatuto y el Código Penal.

Según el derecho positivo colombiano, para ofrecer o conceder la extradición se deben probar los siguientes aspectos:

Requisitos de fondo:

1) Que el hecho esté previsto como delito en Colombia;

2) Que el ilícito se encuentre reprimido con sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años, en Colombia;

3) Que en ningún caso se trate de delito político.

Requisitos de forma:

1) Que se allegue copia auténtica de la sentencia de condena o al menos del auto de proceder o de su equivalente

2) Que se haga una relación de los hechos punibles y se indiquen el lugar y la fecha en que fueron ejecutados;

3) Que se presente una reseña biográfica del reclamado para establecer su identidad, y

4) Que se acompañe copia auténtica de las disposiciones penales aplicables al caso.

A la luz de tales precisiones cabe hacer en el caso presente estas observaciones:

a) de Conformidad con el mandato de captura se le imputa a Leandro Barozzi la comisión de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal Italiano: 270 (Asociaciones subversibas), 284 (Insurrección armada contra los poderes del Estado), 286 (Provocación con fines de guerra civil), 302 (Instigación) y 306 (Banda armada, formación y participación), "...por haber, en concurso con otras personas, promovido, constituido y organizado una asociación político-militar tendiente a subvertir violentamente los ordenamientos económicos y políticos constituidos en el Estado" para de acuerdo tácito con las "Brigadas Rojas" y otros grupos armados operantes con fines subversivos, constituir una organización única capaz de poner en marcha una estrategia insurreccional a través de la práctica constante de dos sistemas de lucha violenta: "...la así llamada 'ilehabilidad de masa' (piquetes violentos, ocupación de casas y establecimientos industriales, sabotaje de instalaciones, autorreducciones, bloqueo de rutas, requisas y expropiaciones proletarias, etc.) y lucha armada terrorista en particular, concretándose en atentados, estragos, homicidios, devastaciones y en general delitos contra la incolumidad pública y de las personas...".

b) De la relación de los hechos punibles hecha por el Presidente del Tribunal Civil y Penal de Roma se le imputa a Leandro Barozzi de modo específico:

1) Haber desempeñado, dentro de la organización terrorista, a cuya cabeza estaban Antonio Negri y otros, "...un papel de relieve en el sector logístico-informativo...";

2) Haber colaborado en la redacción del periódico "Rojo", con el objeto específico "...de propaganda y difusión de la lucha armada en vistas de una estrategia insurrectora...";

3) Haber hecho parte de una secretaría de la organización subversiva, "...encargada de programar la intervención político-militar...", incluso atentados y rapiñas;

4) Haber dado instrucciones para la realización de acciones (cortejos) "...distribuyendo armas a los participantes e indicando los objetivos a alcanzar durante el trayecto preestablecido...".

c) Por ninguna parte aparece entre la documentación presentada el auto de proceder o de su equivalente contra Leandro Barozzi por los hechos, conductas o comportamientos que se han descrito hasta el momento. Esta sola circunstancia denota la ausencia de un requisito formal, por sí mismo, para determinar un concepto desfavorable a su extradición, de conformidad con el artículo 734 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, como claramente se ve, de los documentos aportados por la Embajada de Italia emerge la ausencia del requisito de fondo, consistente en que, contra quien se pretende extraditar, no debe procederse por delito político.

¿Por qué esta afirmación? Precisamente porque las referencias ciertas que ofrecen esos documentos (providencia del 30 de marzo de 1981 y declaración del Presidente del Tribunal) no dejan duda alguna en cuanto a que Leandro Barozzi está siendo juzgado ante la "Corte di Assise" por los ílicitos a que se contrae el "Mandato di Cattura". Y si esto es obvio, debe concluirse que se le imputan delitos de naturaleza eminentemente política.

Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza. Por el contrario, en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son —por regla general— los factores determinantes de esta clase de delincuentes.

El delito político tiene un objetivo final invariable que le es consustancial, se prospecta buscando una repercusión efectiva y se realiza con supuesta justificación social y política.

Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar:

1) Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado;

2) Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político;

3) Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político;

4) Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables, y

5) Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación socio-política.

Con ayuda y aplicación de estos criterios se llegan a establecer los elementos compositivos del delito político que permiten identificarlo y, por ende, distinguirlo.

A simple vista el delito político tiene un objeto jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción: el Estado como persona política o como institución jurídica. Algunos consideran de tal naturaleza los llamados delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional.

Con idéntica claridad el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser, ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: la repercusión, la representación, la inspiración y la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reivindicación socio-política.

Se puede afirmar, por consiguiente, que además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible.

Si Leandro Barozzi, dentro de la organización dirigida por Antonio Negri y otros, desempeñó un papel importante en el sector logístico-informativo; si colaboró en el periódico el "Rojo" con fines propagandísticos y de difusión de la lucha armada; si hizo parte de una secretaría encargada de programar la intervención político-militar; si daba instrucciones, distribuía armas e indicaba los objetivos perseguidos; si, por último, todo esto lo hacía —como lo dicen sus jueces— para promover, constituir y organizar "...una asociación político-militar tendiente a subvertir los ordenamientos económicos y políticos constituidos en el Estado...", conclúyese, sin lugar a dudas, que por su objeto y modo de ejecución, los delitos que se le imputan son políticos.

Al encontrar la Corte que los hechos que motivan la solicitud de extradición de Leandro Barozzi configuran delitos políticos, no queda vía distinta que la de dar concepto adverso por mandato expreso del artículo 17 del Código Penal.

En estas precisas condiciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— CONCEPTUA DESFAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano italiano Leandro Barozzi.

Cópiese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EJECUTORIA DEL AUTO QUE ABRE EL JUICIO A PRUEBAS

No origina la anulación su inobservancia se presenta claramente un fenómeno de convalidación, porque ninguno de los participantes en el proceso consideró desconocidos o diezmados sus derechos, ni cercenado el debido proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 32 de 25 de mayo/82.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 19 de junio del año próximo pasado, confirmó el fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira (30 de marzo/81), imponiendo a Mauricio Herrera Peña tres años de prisión y multa de cinco mil pesos, como responsable del delito de "tráfico de estupefacientes".

La razón por la cual sólo se impuso el mínimo de penal radica, según la Corporación mencionada, en que "no existen constancias de circunstancias que produzcan una agravación de la punilibidad", no obstante que el decomiso al sentenciado lo fue en cuantía de *23 kilos* de cocaína.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal de Cali, el 15 de noviembre de 1979, siendo continuada por el Doce de Instrucción Criminal, despacho que el 16 de enero de 1980 revocó el auto de detención preventiva que dictara el 22 de noviembre de 1979, ordenando la libertad correspondiente del incriminado. Esta providencia, según el Tribunal (Fls. 213 y 310), "es desconcertante y desde todo punto de vista inadmisible; se constituye en auto de cargos contra el funcionario público que cumplió (sic) con su deber, y en uno de los y desagravio (sic) para el sindicado". De donde, afirma esa Sala del Tribunal, "la conducta del Juez Doce de Instrucción Criminal (encargado), Rafael Alfonso Amézquita Ramírez, es aparentemente irregular... y por ello se compulsarán copias... para que el funcionario a quien correspondan decida si es del caso investigar la existencia de un posible delito".

El Juzgado Tercero Penal de Circuito de Palmira, en auto de 19 de agosto de 1980, formuló el llamamiento a juicio y emplazó en forma debida al enjuiciado, de quien se dice reside en Venezuela (cédula de extranjería número 213091, expedida en Valencia) y a quien no se le ha tramitado la correspondiente solicitud de extradición (Fl. 315), aspectos todos estos que deben ser tenidos en cuenta por la Procuraduría para el ejercicio de sus funciones de rigor.

Celebrada la audiencia pública (Fl. 274), el Juzgado en referencia emitió su fallo de primera instancia, ya indicado, y el Tribunal le impartió la confirmación señalada en un principio.

Contra este último proveído se ha alzado en casación el Fiscal Sexto del Tribunal, doctor Ricardo Castro Sandoval.

Admitido el recurso en auto de 29 de septiembre de 1981 y aceptada la demanda como ajustada a las formalidades de ley, en proveído de 19 de enero del año en curso, demanda que se abstuvo de prohijar el Procurador Primero Delegado en lo Penal, corresponde emitir la decisión de fondo.

La demanda

Repite, palabra más, palabra menos, su concepto de instancia de 26 de mayo de 1981 (Fl. 300) y al respecto anota:

"... Normas de procedimiento aplicables:

"1º El artículo 179 del Código de Procedimiento Penal ordena notificar el auto que abre el juicio a prueba, consagrando una excepción a la norma general de que los autos de sustanciación

son de cumplimiento inmediato y contra ellos no procede ningún recurso.

"2º El artículo 208 del Código de Procedimiento Penal estatuye que salvo las excepciones que consagra el inciso segundo del artículo 179, en el juicio ninguna providencia puede cumplirse hasta tanto no se haya ejecutoriado.

"3º El artículo 209 del mismo ordenamiento prescribe que la providencia queda ejecutoriada en el proceso penal, cuando contra ella no se ha interpuesto recurso alguno dentro del término legal y no deba consultarse.

"Aplicando las normas del procedimiento que se acaban de enunciar al caso de Mauricio Herrera Peña, claramente se desprende que si el auto de apertura del juicio a prueba se notificó por estado de 17 de enero, y el 18 fue día festivo el 21 de ese mes adquiría firmeza, en el evento de que no hubiere sido impugnado. Y sólo a partir del día siguiente podía cumplirse su preciso ordenamiento, es decir, que los días 22, 23 y 24 eran los tres dispuestos para que las partes ejercitaran el derecho a pedir pruebas durante el juicio.

"Como, en el caso a estudio, por auto de 22 de enero de 1981 se ordenó la celebración de la audiencia pública, necesariamente se concluyó que no hubo término de prueba.

"Concepto de nulidad

"Las normas de procedimiento penal, tales como las ya citadas en el curso de estos párrafos, tienen su razón de ser en la necesidad de preestablecer mínimas garantías a las partes en la ritualidad del proceso, evitando así la arbitrariedad.

"Su observancia por parte del juzgador e ineludible, como que es uno de los factores de la validez del juzgamiento e integran la noción del debido proceso, pretermitido en la causa adelantada contra Mauricio Herrera Peña, haciéndose imperioso el ejercicio de la facultad nulitante con arreglo al artículo 26 de la Constitución Nacional...".

Consideraciones de la Sala

El recurrente, como se dijo atrás, reiteró la sintética opinión que al revisar el fallo de primera instancia, produjera antes el Tribunal. Es de lamentar que ahora, en esta nueva ocasión, silenciara toda réplica a las explicaciones que la mencionada Corporación indicara en su fallo y relacionadas con su objeción. Conviene, entonces, que se conozca este planteamiento del Tribunal y por eso se hace la siguiente transcripción:

"... Antes de entrar en el análisis del caso debe la Sala manifestar que no se encuentra de acuerdo con su Fiscal en lo tocante a que se declare una nulidad, aduciendo para ello que no hubo término probatorio en el período de la causa y no está de acuerdo con esta posición, porque si observamos que el auto que abrió el juicio a pruebas fue notificado a todas las partes por estado fijado el 17 de enero de este año y se vino a señalar fecha para audiencia mediante auto del 22 del mismo mes y año, si tenemos en cuenta que el 18 fue domingo, tenemos que el período para pedir pruebas fue el 19, 20 y 21. En las condiciones anteriores no se ha incurrido en causal de nulidad de ninguna naturaleza. Podría argüirse que esos días fueron para la ejecutoria del auto, como así lo concibe nuestro Fiscal, pero si se tiene en cuenta que el Código de Procedimiento Penal no señala el medio o sistema para el cómputo de los términos judiciales, tenemos que llenar ese vacío con el Código de Procedimiento Civil, como de manera expresa lo contempla la ley procesal penal, y en la ley de enjuiciamiento civil se encuentra que el artículo 120 dice: 'Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda...'. Lo anterior nos lleva a concluir que el cómputo de términos hechos por el *a quo* es correcto y que por tanto no se ha incurrido en nulidad como así lo pretende el señor Fiscal de la Corporación...".

Como bien se observa a folio 271, el Juzgado, en auto de 14 de enero de 1981, declaró legalmente ejecutoriado el auto de proceder y "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal" abrió el juicio a pruebas por el término de tres días, dentro del cual "pueden las partes pedir las que estimen convenientes o necesarias". La anotación por estados, luego de notificarse personalmente ese proveído a la defensora de oficio y al representante del Ministerio Público, se surtió el 17 de enero del año en referencia, pasándose, el día 22, a señalar la fecha de la audiencia.

Conviene advertir, corrigiéndose la apreciación del Tribunal, que *un término no puede comenzar a correr, en la causa, mientras no se encuentre ejecutoriado. De allí que en el caso* sub examine, *el término de "tres días" señalado como de apertura a pruebas y durante el cual las personas intervinientes en el proceso debían cursar las solicitudes pertinentes, sólo podía empezar a contarse el día veintidós, precisamente el utilizado para fijar la fecha de la audiencia.*

No es dable aceptar, porque tampoco es la correcta interpretación del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, citado por el Tribunal, que después de omitido el auto de apertura del juicio a pruebas, por tres días, se eliminase su término de ejecutoria y que en éste se confundiese la oportunidad para recurrir, la ocasión procesal para pedir pruebas y la de tiempo propio para la ejecutoria. La estimación que hace el Tribunal, ahora censurada, procede cuando se trata de un auto que no tenga posibilidades de ser recurrido, así sea solemente en reposición, o, en otros términos, cuando no exige su correspondiente ejecutoria.

Apartarse de esta exigencia procedimental, esto es, que debe esperarse la ejecutoria del auto que abre el juicio a pruebas para que pueda correr el término durante el cual se posibilite la solicitud de pruebas, no deviene fatalmente en un fenómeno de anulación. En el caso sub judice, *por ejemplo, no alcanza a viciar lo actuado y ello porque claramente se observa un fenómeno de convalidación, por todos los participantes en el proceso, pues estos, enterados de la decisión de abrir el juicio a pruebas por tres días, silenciaron toda manifestación al respecto. Debe destacarse que, a partir de posteriores notificaciones o actuaciones directas (fecha de celebración de audiencia, realización de ésta, sentencia de primera instancia), ninguna de las personas intervinientes en el debate censuró la actuación cumplida. Nunca consideraron como desconocidos o diezmados sus derechos ni cercenado el debido proceso, al punto que por esta omisión que destaca el censor, se corriera riesgo de conceda (para la defensa) o de absolución (para Ministerio Público). No se quiso, en momento alguno, evitar que acudieran en solicitud de pruebas ni menos suprimir arbitraria y subrepticiamente el período para dirigir peticiones de esta índole. Se mermó, es cierto, el período para ejercitar este derecho, pero sucesivas actuaciones posibilitaron una protesta que, de haber sido presentada y no atendida, hubiera generado en ese entonces y hoy una obligada declaratoria de anulación.*

Así se diga que el período probatorio no se desenvolvió en forma regular y completa, tiene que aceptarse, también, que esa omisión no llegó a alcanzar un primordial, en el caso examinado, es la real ocasión que las partes tuvieron para pedir pruebas (notificación y término incompleto de tres días), para determinar al juez a su práctica o, al menos, para excitarle a la revisión de su determinación de señalar la fecha de audiencia, cuando todavía quedaba un término para presentar peticiones probatorias (tres días), sin que se exteriorizara ninguno de estos intereses. El juez entendió la viabilidad de continuar con el adelantamiento de la causa, como así lo hizo sin objeción o reparo alguno de quienes podían demostrarlo.

Un criterio general sobre los aspectos comentados podría ser el siguiente:

a) Cuando se omite el auto que señale la apertura a pruebas, lo cual se traduce en inexistencia de este fundamental período, se da un fenómeno invalidente, así las partes manifiesten su interés por no retrotraer el trámite;

b) Cuando se profiere el auto de apertura a pruebas, pero sin debida notificación a las partes, estas puedan subsanar lo actuado, manteniéndose la validez del trámite, y

c) Cuando se produce auto de apertura a pruebas, debidamente notificado, pero que se recorta en su alcance cronológico, el trámite se considera válido si las partes, luego de un primer enteramiento directo, acallan toda protesta y toleran la continuación del proceso.

No hay, entonces, motivo para invalidar lo actuado o deducir que la causa fue seguida con inobservancia de formas fundamentales del juicio, que contrariaron el debido proceso y violaron el resguardo del artículo 26 de la Constitución Nacional.

El cargo resulta improcedente.

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

Resuelve

NO CASAR el fallo indicado en su fecha, origen y naturaleza.

Recuérdese al Ministerio Público la vigilancia que debe ejercer para hacer efectiva la doble orden del Tribunal de obtener la extradición del sentenciado y la investigación que debió definirse con relación al señor Juez de Instrucción Criminal (encargado) Rafael Alfonso Amézquita Ramírez.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 1ª

Deficiencias técnicas de la demanda. No pueden alegarse simultáneamente errores de hecho y de derecho, sin discriminar la prueba en cada caso, sin indicar su incidencia en la sentencia impugnada y sin que su simple singularización den clara idea sobre su existencia y consecuencias

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 27 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 33 de 26 de mayo/82.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de 17 de junio de 1981, impuso a Gloria Miryam Durán Ramírez y Carlos Eduardo Durán Ramírez, por el delito de "falsedad en documentos", dos años de prisión.

El recurso de casación, introducido oportunamente, se admitió mediante auto de 20 de agosto del año en referencia. Y, en proveído de 27 de octubre, se declaró ajustada a la ley, por su aspecto formal, la demanda de sustentación.

Hechos

El 25 de enero de 1979, primeras horas de la noche, de la oficina de la Magistrada de la Sala Civil, doctora Stella Pena de Méndez, se sustrajeron varios expedientes (ordinario de Antonio Saavedra contra Leonidas Montoya; ejecutivo de Germán Agudelo contra Gilma Orjuela Sarmiento; y separación de cuerpos de Angela M. Trujillo contra Jairo Montes). Los autores de estos hechos, vale decir, Gloria Miryam Durán Ramírez, que se desempeñaba como auxiliar del Magistrado de la Sala Civil, doctor Euclides Roa, y Carlos Eduardo Durán Ramírez, arrojaron a la calle parte de su contenido, y el restante lo incineraron bien en el sanitario para damas, existente en el tercer piso del Palacio Nacional, bien en la oficina de la mencionada auxiliar, lugares en donde fue posible verificar las huellas de esta delictuosa acción.

Antecedentes procesales

Correspondió adelantar la investigación al Juez Segundo de Instrucción Criminal, y conocer de la misma al Juzgado Primero Superior de Ibagué. El llamamiento a juicio se produjo contra los hermanos Durán Ramírez, para responder, como coautores, del delito de falsedad en documentos. En la misma providencia (19 de diciembre de 1979) se *sobreseyó temporalmente a Manuel Durán Ramírez y Gilma Orjuela viuda de Sarmiento,* "porque si es cierto que se hallaban interesados en que el apoderado de la segunda, doctor Pedro J. Castilla, dilatara en cualquier forma el juicio ejecutivo en contra de la misma, según se desprende de lo dicho en declaración jurada por el referido profesional, con el fin de que no se llevara a cabo el remate ya decretado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la ciudad, no está probado en autos que estos implicados hayan realizado algún acto tendiente a desaparecer el expediente por medio de destrucción para lograr dilatar su ejecución...". El Tribunal en decisión de 10 de julio de 1980, confirmó integralmente la mencionada determinación. Rituado el proceso con ausencia de los procesados y con la plena observancia del procedimiento pertinente, se dictó fallo condenatorio por el Juzgado Primero Superior (8 de abril de 1981), concediéndose la condena condicional a los sentenciados; esta sentencia, como ya se anotó, fue confirmada por el Tribunal, con la única variación de suprimir las penas accesorias de suspensión de la patria y publicación especial de la sentencia, resolución esta última que se mudó por lo preceptuado en el artículo 43 del Código Penal vigente.

La demanda

El recurrente critica en la siguiente forma estos aspectos probatorios:

El testigo Nicolás Buendía (a. Colecho), vendedor ambulante en las proximidades del Palacio de Justicia, no precisó "exactamente las ventanas desde las cuales vio salir los papeles", fuera de que, conforme a la inspección judicial, no pudo observar lo que dice haber visto; el declarante *Carlos Julio Vargas,* otro vendedor callejero, nada vio, lo cual contradice las manifestaciones de Buendía, quien lo vincula a sus percepciones por estar los dos en igual posición de visibilidad. De ambos anota que nunca afirmaron que los "papeles" arrojados desde una oficina del Palacio de Justicia, correspondieran a los que al día siguiente se encontraron en la vía pública; el testificante *Martín Lozano,* citado por Vargas, nada supo, nada vio y nada le fue comentado por su compañero *Hugo Juvenal Doncel; este* deponente, que se enteró de todo y todo lo relata con lujo de detalles, discrepa de otros testimoniantes, especialmente Vargas y Lozano, y "no pudo observar si los papeles estaban quemados o rotos... quiso ir a recoger uno de esos papeles, pero en definitiva no lo hizo", cuestión bien extraña si se advierte que él se desempeñaba como emplado de la Rama Jurisdiccional; el declarante *Eduardo Pinzón Heredia,* también empleado judicial, sólo pudo atestiguar la caída de los papeles, sin determinar "cantidad, mucho menos la clase... si era papel común o era papel sellado", ni saber quién los arrojaba; en cuanto a *Alfonso María Rojas T.,* celador, que advirtió lo relacionado con el lanzamiento de unos pocos papeles (Pinzón dice que "muchos"), se destaca su versión en el punto indicado de no corresponder esas hojas a las encontradas posteriormente en la calle; finalmente, la atestación de *José Polidoro Vera Robayo,* celador, se tilda de abiertamente contradictoria.

Respecto del interés de Gloria Miryam Durán Ramírez, en uno de los procesos destruidos (el ejecutivo, en el cual fue apoderado de la demandada su señor padre) es aspecto que quedó "sin vigencia en forma absoluta dentro de este plenario", cuestión más manifiesta si se repara en que Gilma Orjuela de Sarmiento fue sobreseída temporalmente, decisión imposible de tomar "si ella era la autora intelectual, era la cabeza del delito y mi cliente y su hermano el cuerpo (pues) si la cabeza muere, como lógica consecuencia, muere el cuerpo".

En relación a la "oportunidad para delinquir", se anota que había mejores y más seguras formas de actuación, así, sacar los expedientes (el Magistrado Euclides Roa afirma que ella acostumbraba llevar procesos para la casa para anticipar trabajo y dar mayor rendimiento) sin ser descubierta y destruirlos en lugares desconocidos.

Esta crítica probatoria le permite invocar la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y desarrollarla en esta forma:

"En el caso que nos ocupa, la *violación de la ley proviene de la apreciación errónea* no sólo de una sino de todas las pruebas traídas en la presente demanda, y cuyos errores aparecen demostrados manifiestamente, no sólo en lo referente a los testimonios que sirvieron de fundamento para la sentencia condenatoria, sino de los indicios que fueron apreciados a la carrera, sin un análisis profundo y valedero, por lo que se ha incurrido tanto en error de hecho en lo que respecta a la facultad subjetiva del juez, como en error de derecho sobre lo que respecta a la forma como se deben tomar los testimonios, según lo preceptuado por el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal, ya que los testigos, según ellos lo manifiestan, antes de ser citados por el instructor tuvieron oportunidad de hablar entre sí y adecuar en esta forma sus dichos, para deponer en la forma contradictoria en que lo han hecho".

Se cierra la alegación señalando como norma violada, igualmente, el artículo 215 de la obra en referencia, pues "la prueba del cuerpo del delito está producida plenamente, pero la *perfecta* o completa de que mi apadrinado es responsable penalmente *no;* ya dentro del cuerpo de la demanda se dice el por qué".

Consideraciones de la Sala y opinión de la delegada

Fuera de dejar de lado, el impugnador, aspectos esenciales del fallo de condenación, los cuales, por sí, bastarían para apoyarlo y mantener su eficacia así se aceptaran las censuras formuladas, la demanda ofrece un aspecto de deficiencia técnica que impide su estimación en la forma y alcance que pretende su autor.

Constituye orientación suficientemente divulgada evitar la mención simultánea de los errores de hecho y de derecho, sin discriminar la prueba que se ve afectada por uno y otro, y omitir su concreta incidencia en el pronunciamiento atacado. Igualmente, no es dable olvidar que tales vicios deben caracterizarse como ostensibles o *manifiestos, esto es, que su* simple singulari-

zación *forma idea sobre su existencia y consecuencias. No consigue este resultado el análisis de complicada elaboración, en donde los detalles cuentan más que los aspectos esenciales, ni tampoco el raciocinio que sólo tiene por soporte la particular interpretación del actor que busca imponer sus reflexiones personales a la elaboración crítica que ha hecho el juez, cuya decisión, conviene recordarlo, se presuma no sólo acertada sino justa, en sede de casación.*

Esta denunciada situación inspira y acompaña a la demanda comentada. Por eso el Procurador 1º Delegado en lo Penal, con evidente tino e inmejorable sindéresis, acota:

"...el demandante se limita a escoger a su capricho una serie de pruebas que valora según su criterio personal, desde luego diferente al del fallador, para concluir sin demostración concreta alguna que ellas adolecen de errores de hecho y de derecho.

"Es que además, el recurrente no tuvo en cuenta muchas de las pruebas de cargo que el fallador tomó para su decisión, no mencionó las normas reguladoras del valor probatorio de los elementos de juicio ni las relacionadas con la asunción de ellas al proceso, terminando finalmente por reclamar la falta de prueba suficiente para condenar de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Menos aún señaló la incidencia que tales errores tuvieron en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria.

"Como no es dado a la honorable Corte proceder a enmendar los notorios vacíos de la demanda de casación, considera este despacho que debe ser rechazada...".

El cargo no prospera.

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

Resuelve

NO CASAR el fallo recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Si el funcionario al aplicar el contenido obligacional del documento de recaudo ejecutivo, le atribuye tal valor que en estricto derecho no reúne, no por ello cabe colegir necesariamente punible contra la administración pública

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 28 de mayo de 1982.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* .

Abogado auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 34 de 28 de mayo/82.

Vistos

Corresponde decidir la apelación propuesta por el denunciante Carlos Julio Castelblanco Rodríguez contra el auto de 16 de noviembre de 1981, mediante el cual el Tribunal Superior de Tunja se abstuvo de iniciar sumario a la doctora *Patricia Navarrete de Calderón,* acusada de supuesto delito de prevaricato, cometido al ejercer el empleo de Juez Cuarto Civil Municipal de esa ciudad.

La denuncia considera que la Juez Navarrete de Calderón incurrió en conducta lesiva de la administración pública cuando al tramitar proceso ejecutivo promovido por Luis Emilio Castelblanco Romero contra Castelblanco Rodríguez, libró mandamiento de ejecución contra éste y posteriormente profirió sentencia ordenando llevar adelante la ejecución, a pesar de que el contrato aportado como título de recaudo ejecutivo no reunía los requisitos de tal, pues por referirse a una promesa de compraventa envuelve obligaciones bilaterales, de forma que el prometiente comprador, convertido en ejecutante, de ninguna manera podía alegar que el prometiente vendedor debía reintegrarle la suma de dinero que le había entregado como parte del precio del inmueble prometido en venta, mientras no se estableciera previamente en proceso ordinario "el cumplimiento de todas las obligaciones del contratante que quiera hacer efectiva la promesa de contrato y al mismo tiempo el incumplimiento de la otra parte", como se desprende de los artículos 1608 y 1609 del Código Civil.

El Tribunal niega la iniciación de investigación, con expresión de dos razones: la primera, porque dado que la prevaricación exige resolución o dictamen contrarios a la ley, en este caso la supuesta acción delictuosa habría que referirla al mandamiento de pago o a la sentencia, pero como estas resoluciones judiciales fueron tomadas el 8 de febrero y 2 de agosto de 1975, respectivamente, a la fecha, "la acción penal ya habría prescrito". La segunda, porque a virtud de la dinámica procesal el Juez está en la obligación de ejecutar los actos que ella demanda, de suerte que "al omitir la parte interesada (demandada) interponer recursos contra el mandamiento de pago o contra la sentencia, y al no proponer excepciones", era necesaria "la prosecución de la actuación", al punto que cuando el abogado de la parte demandada solicitó la anulación del proceso "el término para interponer nulidades había precluido, como lo dijo el Juzgado Municipal, del cual ya no era titular la doctora Patricia Navarrete sino el doctor Guillermo Correa Segura, quien a través de la providencia del diez de mayo de mil novecientos setenta y siete, rechazó de plano la tramitación del incidente de nulidad propuesto por el abogado", "determinación que fue confirmada por el Juzgado del Circuito".

El recurrente no sustentó el recurso.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal demanda la confirmación del proveído recurrido, con base en los siguientes argumentos:

"... En cuanto al criterio expuesto por el honorable Tribunal Superior de Tunja en la par-

te considerativa de la providencia recurrida ... cree este Despacho del Ministerio Público que, pese a ser cierto que todo juicio se desarrolla a través de actos concatenados entre sí por estar ordenados a idéntico objetivo, a la luz del artículo 149 del Código Penal, que prescribe los elementos tipificadores del delito de prevaricato, aquellos pueden ser de manera independiente resoluciones manifiestamente contrarias a la ley y de esta forma estructurar separadamente otras tantas conductas criminosas y previstas dentro del precepto en mención. Así, para efectos de computar el término prescriptivo sería necesario tener en cuenta la fecha en que cada uno de ellos resultó emitido. En este orden de ideas, por virtud de que desde su fecha de producción ha transcurrido un lapso mayor de cinco años, están prescritos el auto de mandamiento de pago lo mismo que la sentencia que dispuso llevar adelante la ejecución, lo que no ocurre con relación a las actuaciones provenientes de la funcionaria acusada, entre los años de 1980 y 1981, después de haber asumido la responsabilidad del Juzgado por segunda vez.

"... Concerniente a esta serie de resoluciones judiciales, de modo particular la que impartió aprobación al remate de los bienes trabados en la *litis*, no se percibe el menor indicio que permita calificar los actos emanados de la mencionada juez como contrarios a la ley y mucho menos, de forma manifiesta, tal como lo requiere el artículo 149 del Código Penal.

"... La doctora Navarrete de Calderón incuestionablemente adoptó las decisiones que consultaban la realidad procesal, conforme su competencia, máxime que el propio demandado ... no sólo reconoció la existencia del crédito que se estaba cobrando judicialmente, pues al momento de ser notificado del mandamiento de pago prometió la cancelación del mismo, sino que dejó ejecutoriar las providencias principales sin que interpusiera los recursos legales, todo lo cual abona en grado sumo la corrección moral del imputado al proferir los actos que se califican de irregulares.

"... Ningún elemento de juicio que respalde las aseveraciones del denunciante en cuanto a la acusación existe en el expediente y en cambio las que obran en autos predican su inocencia...".

Consideraciones

Es verdad que nulla executio sine titulo. *De ahí que el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establezca que sólo "pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia".*

Sin embargo, es posible que el juez incurra en error al apreciar el contenido obligacional del documento presentado por el demandante como título ejecutivo y le atribuya el valor de éste cuando en estricto derecho no reúna los requisitos de tal, pero ante tal eventualidad no cabe colegir necesariamente la existencia de punible alguno contra la administración pública, desde luego que la afirmación contraria comportaría la conclusión de que los juzgadores delinquen al mal interpretar el valor probatorio de un documento, máxime cuando para el caso del proceso de ejecución, la ley señala la vía a seguir para enmendar posibles errores del funcionario judicial al librar el mandamiento de pago, tal la de los recursos y el incidente de excepciones.

En este caso, empero, la evidencia muestra que la demanda civil contra Castelblanco Rodríguez incluyó como título de recaudo ejecutivo un documento contentivo de la promesa de contrato de compraventa celebrado entre demandante y demandado. Esta es a todas luces un convenio bilateral, por cuyo motivo a la situación planteada le es aplicable la siguiente opinión del tratadista Hernando Morales M.:

"... Como las obligaciones expresas, claras y exigibles no sólo constan en contratos unilaterales, sino también en bilaterales, es aceptado por la jurisprudencia que se puede librar mandamiento ejecutivo sobre un documento contentivo de un contrato bilateral, si la obligación que se pretende hacer cumplir reúne los requisitos dichos. Es cierto que el artículo 1609 del Código Civil dice que 'en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos', pero no lo es menos que para ejecutar no se requiere que el deudor esté en mora sino que la obligación sea exigible. Por lo demás, si el ejecutado desea oponer el incumplimiento del acreedor a sus obligaciones como motivo suficiente para enervar la pretensión, podrá proponer excepciones, en este caso

su nombre lo indica la *exceptio non adimpleti contractus o non rite adimpleti contractus*, esto es, de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente. La Corte expone: 'No es óbice para el ejercicio de la acción ejecutiva para implorar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a una de las partes, la ejecución en este caso, el hecho del no cumplimiento por el ejecutante de las obligaciones que le incumben' (XLVI, pág. 740).

"En suma: para dictar mandamiento ejecutivo sólo se examina el título ejecutivo, y éste, para ser tal, basta que contenga una obligación expresa, clara y exigible contra el deudor, sin que generalmente haya lugar ni forma de investigar sobre la mora, ni si el acreedor ha cumplido o no con sus pretensiones, lo cual debe examinarse y probarse en excepciones..." (Curso de Derecho Procesal Civil —Parte Especial— sexta Edición, Págs. 158 y 159)".

De forma que, realmente, no se presta a censura la conducta de la juez acusada al proferir el mandamiento de pago con base en el documento que la demanda aportó como título de recaudo ejecutivo. Si el demandado no compartía la valoración que de ese instrumento hizo la juez, debió entonces recurrir a las vías legales de enmienda, esto es, a los recursos o a la proposición de excepciones. Mas el proceso ejecutivo contra Castelblanco Rodríguez, del cual obra copia en el expediente, no acredita que se acudiera a esas formas de impugnación autorizadas por los artículos 505 y 509 del estatuto de procedimiento civil. Por el contrario, tardíamente, demandó la nulidad del proceso, con invocación de hechos no previstos específicamente como causales de nulidad, por cuyo motivo el juzgado, con invocación del inciso último del artículo 152 *ibidem*, rechazó de plano la pretensión. En todo caso, bien claro señala la ley procesal civil que si dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el demandado no propone excepciones, corresponde dictar la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución de acuerdo con el mandamiento ejecutivo, liquidar el crédito y fijar al ejecutado las costas del juicio.

Por lo demás, como en tal clase de juicios la sentencia no pone término a controversia alguna sino que es una decisión de impulso de las diligencias encaminadas a la obtención en definitiva del pago de la deuda, precisa admitir, como lo admitió el Tribunal, que el mandamiento de pago y la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución en consonancia con aquél, son las resoluciones fundamentales del proceso ejecutivo, de suerte que en el evento examinado la acusación de prevaricación debe entenderse dirigida a ellas. Pero, como queda visto, las mismas no dan lugar a delito. Es más, en la hipótesis de que objetivamente respondieran al delito de prevaricato, tendríase a la vista una situación de improcedibilidad, pues desde las fechas de las referidas determinaciones a la presente ha transcurrido más del término necesario para la prescripción de la acción penal, como lo releva la providencia recurrida.

Procede, de consiguiente, la aplicación del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, a causa de lo cual la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Tunja, que dispuso no abrir investigación penal contra la doctora Patricia Navarrete de Calderón en su calidad de Juez Cuarto Civil Municipal de esa ciudad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase para su archivo.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXTRADICION

Para establecer el régimen jurídico que gobierna la concesión o negativa de una solicitud de extradición, hay que consultar los principios de la preexistencia de la ley y de la favorabilidad. Si existe tratado entre los Estados requirente y requerido, sus disposiciones prevalecen sobre las contenidas en las respectivas legislaciones ordinarias. La verdadera connotación jurídica de los términos "fugitivo" y "prófugo" insertos en el tratado que rige el presente caso, es la de sustraerse de la órbita de las autoridades que lo requieren.

El requisito de la "doble incriminación" emana de los fundamentos filosóficos y jurídicos de la institución de la extradición. La conducta que fundamenta la petición de extradición debe estar descrita y sancionada como delictiva en la legislación de ambos Estados, de tal forma que exista una equivalencia o similitud entre ellas, pero sin que tengan que ser tales que se traduzcan prácticamente en la igualdad. No se precisa hacer una total adecuación de los varios hechos atribuidos al extraditando respecto de los tipos penales de la legislación del Estado requerido; basta que alguno o algunos de ellos se adecuen a dispositivos del ordenamiento penal del país requerido. El error generado en el vacío de la información que se está obligado a suministrar, constituye una de las formas de estafa

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 28 de mayo de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 34.

Vistos

La Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante nota verbal número 674 de veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981) solicitó al Gobierno de Colombia, por intermedio de su Ministerio de Relaciones Exteriores, la extradición del ciudadano canadiense Edmond Jacques Courtois, poseedor del pasaporte número WP. 199211, y quien fue acusado por un Gran Jurado Federal de ese país de los delitos de fraude mediante títulos valores, fraude mediante el correo y participación en una conspiración (complot) para cometer esos delitos.

Funda su solicitud en los convenios vigentes entre ambos países sobre la materia, que son la Convención del año de 1888 y la Convención Suplementaria de 1940, por estimar que los delitos en mención dan lugar a la extradición, por encontrarse comprendidos en las previsiones de los numerales 18, 19 y 23 del artículo 1º de la Convención Suplementaria. Acompañó a su petición copias de la orden de arresto dictada contra el solicitado por el Juez Federal de los Estados Unidos, Edmund Palmieri, el 11 de febrero de 1981, de las declaraciones sobre las cuales está basada esa orden, de las disposiciones legales presuntamente infringidas y de la denuncia contra el señor Courtois (folios 15 a 17 del cuaderno número 1, y 10 a 12 del cuaderno número 5).

El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio número 02721 de 27 de agosto de 1981 envió al de Justicia la solicitud de extradición formulada y sus anexos. Este, a su vez, los remitió a la Corte para efectos del *concepto* que le corresponde emitir, de acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimiento Penal en su artículo 735 (Fls. 26 a 33 del cuaderno número 1).

La solicitud de extradición estuvo precedida de la petición de arresto del señor Courtois, contenida en nota verbal número 374 de 15 de mayo de 1981, fundamentada en el artículo 7º de la Convención sobre Extradición de 7 de mayo de 1888. En desarrollo de ese requerimiento fue capturado aquél el día 29 de mayo de 1981 por intermedio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), pero luego fue puesto en libertad, en virtud de decisión favorable sobre

un recurso de *Habeas Corpus* tramitado ante el Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá. Esta decisión motivó la inconformidad del Estado requirente, manifestada en la nota en que solicitó después la extradición, y dio lugar a que el Ministerio de Relaciones Exteriores pusiera en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura y de la Procuraduría General de la Nación el comportamiento del Juez para los efectos pertinentes (Fls. 8 a 10 y 28 del cuaderno número 1, y 13 y 14 del cuaderno número 5).

A la solicitud de extradición se le dio el trámite legal (artículos 755 del Código de Procedimiento Penal y 135 de Procedimiento Civil) y en desarrollo de él se corrió traslado de la petición del Gobierno Norteamericano al señor Edmond Jacques Courtois. Una vez notificado personalmente, se decretó la práctica de las pruebas solicitadas por su apoderado y de las ordenadas por el suscrito Magistrado sustanciador, las que fueron recaudadas por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (Fls. 45, 58 y 155 a 157 del cuaderno número 1).

Por tratarse de la petición de extradición de un ciudadano de nacionalidad diferente de la de los Estados requirente y requerido, tanto el Gobierno Norteamericano como el Colombiano, éste por intermedio de su Ministerio de Relaciones Exteriores, informaron al respecto al Gobierno del Canadá, tal como lo ordena el artículo 9º de la Convención de 1888, y éste expresó que no deseaba intervenir en dicho proceso de extradición. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia anota que procedió de ese modo en consideración a que, si bien es cierto que el Gobierno otorgó al señor Courtois carta de naturaleza o de ciudadanía, éste no alcanzó a prestar el juramento o protesta solemne de acatamiento de la Constitución y ordenamientos legales de la República, que prescribe la Ley 22 bis de 1936 en su artículo 14, habiendo quedado en consecuencia incompleto el procedimiento de nacionalización (Fls. 16, 28, 29, 51, 151 y 170 del cuaderno principal).

Documentos aportados por el Estado requirente con su solicitud de extradición

1º) El auto de arresto, dictado el 11 de febrero de 1981, librado a "todo alguacil o agente autorizado" y cuyo texto es el siguiente: "Por la presente se le ordena arrestar a E. Jacques Courtois Jr. y conducirlo de inmediato ante el Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York, ciudad de Nueva York, para responder a la acución del Gran Jurado por los cargos de fraude de valores, fraude del servicio de correos y conspiración" (Fl. 53 del cuaderno número 3).

2º) Requisitoria Internacional de Extradición contra E. Jacques Courtois Jr. y otros, librada por Lee S. Richards, Teniente Fiscal General, adscrito al Distrito Sur de Nueva York, en ese momento asignado a la División Criminal de la Oficina del Fiscal Federal y encargado de la preparación preliminar y el enjuiciamiento de causas criminales, entre ellas la promovida contra Jacques Courtois y otros.

De ella se toma, a manera de relación de los hechos, la referencia que a ellos se hace en ese documento en los siguientes términos: "El 3 de febrero de 1981, Courtois, Newman, Carniol y Spyropoulos fueron formalmente acusados por un gran jurado en el Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York de haber contravenido las Secciones 78jb) y 78ff del Título 15 y las Secciones 2, 371 y 1341 del Título 18 del Código de los Estados Unidos. Basados en estas acusaciones, el 5 de febrero de 1981 el Juez Kevin Duffy, del Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York, ordenó un auto de arresto para detener a Spyropoulos y, el 11 de febrero de 1981, el Juez Edmund Palmieri, del mismo Tribunal y Distrito, ordenó también autos de arresto para detener a Courtois y Carniol.

"5. El Gran Jurado acusa de que, desde o alrededor del 1º de enero de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1978, o hacia esa fecha, dichas cuatro personas participaron en la serie siguiente de contravenciones de las disposiciones federales sobre valores y de las leyes contra el fraude:

"a) Adrian Antoniu y E. Jacques Courtois, Jr. eran empleados de una sociedad bancaria inversionista neoyorquina denominada Morgan Stanley and Co., Inc., donde trabajan en proyectos de financiamiento de compañías, incluidos proyectos de fusión y adquisición sumamente delicados. Por numerosas razones, es de vital importancia que las sociedades bancarias inversionistas que trabajan en dichos proyectos mantengan en absoluto secreto toda información sobre los planes de adquisición hasta que los planes y proyectos se anuncien públicamente. Por muchas razones análogas, esta información confidencial es sumamente valiosa para quien está en una posición de apropiarse indebidamente o hacer uso ilícito de ella. Tanto Antoniu como Courtois prometieron expresa y claramente a los bancos inversionistas que los emplearon no comprar o vender valores basados en información obtenida durante su empleo. Uno y otro se comprometieron a informar todas sus compraventas

de valores a sus respectivos empleadores. Ambos tenían una obligación legal de cumplir sus promesas.

"b) A pesar de ello, primero Antoniu y más tarde Courtois decidieron sacar provecho monetario de esa información sumamente confidencial, apropiándose ilícitamente de ella, es decir, revelándola secretamente a amigos que comprarían acciones en la compañía objetivo, aguardarían el momento del anuncio público de la oferta de adquisición y venderían las acciones con un gran margen de beneficio.

"c) Desde 1973 hasta el final de 1974, inclusive, Antoniu pasó ilegalmente información a tres amigos: James Newman, Franklin Carniol y Constantine Spyropoulos (los "compradores"). Cada uno compró ilegalmente valores basados en la información sustraída. Al finalizar 1974, Antoniu perdió su empleo en la Morgan Stanley y con él su fuente de información confidencial de la misma. Courtois se comprometió a cubrir la vacante y a pasar información ilícitamente obtenida a Antoniu, quien la transmitiría a su vez a sus compradores. Y así hizo Courtois con respecto a por lo menos ocho operaciones, comenzando a finales de 1975 y continuando hasta principios de 1978. Entre tanto, Antoniu fue contratado por otro banco inversionista, Kunhn Loeb, y pasó ilegalmente información confidencial de esta institución a sus compradores (Newman, Carniol y Spyropoulos). Valiéndose de esas dos fuentes, los tres compradores adquirieron valores utilizando cuentas secretas fuera de los Estados Unidos durante más de dos años.

"d) El incumplimiento de sus promesas de confidencialidad por parte de Courtois y Antoniu constituyó una grave amenaza para los negocios de ambos bancos inversionistas que dependen de esa confidencialidad para obtener y mantener sus negocios.

"El quebrantamiento de dichas promesas constituyó también actos de fraude para con los clientes de los dos bancos inversionistas. Parte de daño producido a dichos clientes fue ocasionado por la subida del precio de las acciones adquiridas por los conspiradores, un aumento del precio que se debió en parte a las compras efectuadas por los conspiradores. Como consecuencia de ello, las compañías oferentes se vieron expuestas a la posibilidad de tener que pagar más por sus adquisiciones, así como al riesgo de que sus ofertas no fueran aceptadas. Por consiguiente, los actos de fraude de los conspiradores expusieron a los bancos inversionistas *y sus clientes* al riesgo de daños financieros de grave importancia.

"En noviembre de 1980, Adrian Antoniu se declaró culpable de dos cargos de fraude en compraventa de valores resultantes de los delitos anteriormente expuestos. Ha confesado a representantes de la Oficina del Fiscal Federal que Jacques Courtois le pasó ilegalmente información confidencial, que él pasó a su vez a Newman, Carniol y/o Spyropoulos; que estos compraron valores siguiendo instrucciones de Antoniu, y que éste (Antoniu) y Courtois percibieron cada uno una tercera parte de todas las ganancias ilegales que obtuvieron con la apropiación ilegal de información confidencial llevada a cabo por Courtois" (Fls. 5 a 8 *ibidem*).

3º Acusación del Gran Jurado (Fls. 32 a 49 del cuaderno número 3).

Comprende a Edmond Jacques Courtois, Jr., James Mitchell Newman, Franklin Carniol y Constantine Spyropoulos.

De ella se destacan y transcriben los siguientes aspectos y apartes:

a) En la introducción del cargo uno se anota que Jacques Courtois Jr. y Adrian Antoniu (quienes desempeñaron el papel de informantes internos, se aclara) "eran banqueros inversionistas experimentados, bien informados en materia de banca de inversiones, fusiones, compras y otro tipo de adquisición y financiamiento de compañías, y participaban indirectamente en la compraventa de valores" (Fl. 32 *ibidem*).

b) Que "Morgan Stanley", la compañía a la que prestó sus servicios Courtois desde 1972 hasta 1979, "es una sociedad bancaria inversionista que, entre otras cosas, representaba a compañías que se dedicaban a actividades de fusión, compra, presentación de ofertas y a otros tipos de adquisiciones de empresas o sociedades anónimas" (Fl. 32 *ibidem*).

c) Que en ella Courtois entró a formar parte, hacia enero de 1976, del Departamento de Fusiones y Adquisiciones y desempeñó, entre el 1º de julio de 1977 y el 23 de febrero de 1979, el cargo de Vicepresidente de la Sociedad (Fl. 32 *ibidem*).

d) Enumera varias compañías oferentes y otras tantas compañías objetivo y anota que "al menos una de las compañías que participaban en cada oferta o negociación estuvo representada por la Morgan Stanley o la Kunh Loeb (se aclara que en esta última trabajaba el otro informante Adrian Antoniu, donde prestaba sus

servicios en calidad de asociado en el Departamento de Fusiones y Adquisiciones de la misma). —Fl. 34 *ibidem*.—

e) El cargo por conspiración, lo enuncia de la siguiente forma:

"Desde o alrededor del 1º de enero de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1978, o hacia esa fecha, en el Distrito Sur de Nueva York y en otras partes, E. Jacques Courtois, Jr., James Mitchell Newman, alias 'Barnett', Franklin Carniol y Constantine Spyropoulos, alias 'Patrick', los demandados, ilegal y premeditadamente y a sabiendas, se mancomunaron, conspiraron, se confabularon y concertaron con Adrian Antoniu y otras personas, tanto conocidas como desconocidas del Gran Jurado, para cometer ciertos delitos contra los Estados Unidos de América, a saber: contravenciones de las Secciones 1341 y 1343 del Título 18 y Secciones 78jb) y 78ff del Título 15 del Código de los Estados Unidos, y Disposición reglamentaria 10b-5 (Sección 240-10b-5, del Título 17 del Código de Reglamentos Federales).

"8. Parte también de dicha conspiración consistió en el hecho de que E. Jacques Courtois, Jr., James Mitchell Newman, alias 'Barnett', Franklin Carniol y Constantine Spyropoulos, alias 'Patrick', los demandados, tuvieron intención de concebir y concibieron un plan y artificio para defraudar y obtener dinero, valiéndose de pretextos, declaraciones y promesas falsas y fraudulentas, según se expone más detalladamente a continuación y en los Cargos Dos a Catorce y que, para poner en práctica dicho plan, tuvieron intención de utilizar, y de hecho lo utilizaron y autorizaron que el servicio de Correos en contravención de la Sección 1341 del Título 18 del Código de los Estados Unidos, y los medios de comunicaciones interestatales, en contravención de la Sección 1343 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"9. Parte de la conspiración consistió también en que E. Jacques Courtois, Jr., James Mitchell Newman, alias 'Barnet', Franklin Carniol y Constantine Spyropoulos, alias 'Patrik', los demandados, directa e indirectamente y valiéndose de los medios y conductos del comercio interestatal y exterior, del servicio postal y de los servicios de las bolsas nacionales de valores, tuvieron intención de hacer e hicieron lo siguiente: a) emplear estratagemas, planes y artificios para defraudar, y b) llevar a cabo actos, prácticas y cursos de negocios en relación con la compraventa de valores, según se exponen más detalladamente a continuación y en los Cargos Dieciséis a Veintisiete, lo que constituía un fraude y engaño para con la Morgan Stanley, Kuhn Loeb y las Compañías accionistas en cuya representación actuaba la Morgan Stanley o la Kunh Loeb y a las cuales éstas estaban ligadas por una responsabilidad fiduciaria, en contravención de las Secciones 78jb) y 78ff del Título 15 del Código de los Estados Unidos y la Disposición Reglamentaria 10b-5 (Sección 240-10b-5, Título 17, Código de Reglamentos Federales)" —Fls. 35 y 36 *ibidem*—.

f) Entre los objetos de la conspiración se anota:

"Parte de su participación en la conspiración consistió en que Courtois y Antoniu (que en adelante son denominados a veces los 'operadores internos') engañaron deliberadamente a la Morgan Stanley y la Kunh Loeb, entre otras razones, al prometer falsa y fraudulentamente cumplir sus obligaciones fiduciarias de mantener confidencialidad de toda información pertinente y confidencial que sus patronos y los clientes de estos les confiaran; al violar deliberada y sistemáticamente esas promesas fiduciarias; al ocultar falsa y fraudulentamente dicha violación; al no informar a sus patronos sobre las operaciones de los compradores, como debían y al afirmar falsa y fraudulentamente que ellos no mantenían ninguna participación directa o indirecta en cuentas relacionadas con la compraventa de valores. A raíz de estas actuaciones, Courtois y Antoniu, con la ayuda y el apoyo de los conspiradores, violaron, y se incitaron mutuamente a violar, las promesas fiduciarias de honradez, fidelidad y secreto que les obligaban a cada uno directa o indirectamente para con la Morgan Stanley, la Kunh Loeb y los clientes de éstas" (Fl. 37 *ibidem*).

g) En el acápite "medios de la conspiración", se relata que el plan lo acordaron inicialmente James Mitchell Newman y Adrian Antoniu, que poco después de llegar a este convenio, Antoniu "concretó con Carniol y Spyropoulos acuerdos de compraventa y reparto de ganancias anólogos" (Fl. 38 *ibidem*), y respecto del ingreso de Courtois se dice: "A fines de 1975, el demandado Courtois se unió a la conspiración, comprometiéndose a utilizar su cargo para apropiarse de forma ilegal y pasar subrepticiamente a Antoniu la información pertinente y confidencial que él obtenía por razón de su cargo de empleado leal del Departamento de Fusiones y Adquisiciones de la Morgan Stanley sobre ofertas de fusión y adquisición inminente o propuesta y las compañías participantes en dichas negociaciones.

"Como resultado de este acuerdo y con la condición de que Antoniu no revelaría la identidad de Courtois ni siquiera a Newman, Carniol y Spyropoulos, Courtois pasó a Antoniu, entre otra información, los nombres de compañías objetivo, incluyendo, pero sin limitarse, a Anaconda Co., Ventron Corp., Pan Ocean Oil Inc., Monroe Auto Equipment Co., Bancal Tri-State Corp., Gerber Productos Co., Northaup King and Co., Deseret Pharmaceutical Company, Inc. y Marshall Fields Co. Antoniu, a su vez, pasó estos nombres a Newman, Carniol y Spyropoulos, que compraron o hicieron que se compraran, sobre todo por medio de cuentas secretas, los valores de dichas compañías.

"Según fue acordado y convenido por y entre los conspiradores, Courtois y Antoniu recibirían cada uno una tercera parte de todas las ganancias realizadas y absorberían también una tercera parte de las pérdidas sufridas como consecuencia de la venta de todas las acciones compradas basadas en la información confidencial pasada por Courtois" (Fls. 39 y 40 *ibidem*).

h) Los Cargos Dos a Catorce se formulan así: "El Gran Jurado acusa asimismo de lo siguiente:

"Desde o alrededor del 1º de enero de 1973 hasta inclusive el 31 de diciembre de 1978, en el Distrito Sur de Nueva York y en otras partes, E. Jacques Courtois, Jr., James Mitchell Newman, alias 'Barnett' y Franklin Carniol, los demandados, ilegal y premeditadamente y a sabiendas, tuvieron la intención de concebir y concibieron un plan y artificio para defraudar y obtener dinero valiéndose de pretextos, declaraciones y promesas falsas y fraudulentas, según se alega en los párrafos uno a once anteriores.

"En o hacia las fechas que se indican a continuación, en el Distrito Sur de Nueva York, E. Jacques Courtois Jr., James Mitchell Newman, alias 'Barnett' y Franklin Carniol, los demandados, según se indica seguidamente en la columna titulada 'Demandados Acusados' y en relación con los cargos enumerados correspondientes a sus nombres, ilegal y premeditadamente y a sabiendas, y al objeto de llevar a cabo dicho plan y artificio y de tratar de ejecutarlos, hicieron que se depositaran en estafetas de correos y depositarios autorizados para objetos de correspondencia o correo en la ciudad de Nueva York, y ordenaron que se entregara por medio del servicio postal de los Estados Unidos a las direcciones que figuraban en los mismos, correo o correspondencia y objetos dirigidos a diversos bancos extranjeros y personas, tal como se indica más detalladamente a continuación": (luego viene la relación anunciada) —Fl. 48 *ibidem*—.

i) Los Cargos Quince a Veintisiete se presentan de la siguiente manera:

"El Gran Jurado acusa asimismo de lo siguiente:

"En o alrededor de las fechas que se citan seguidamente, en el Distrito Sur de Nueva York y en otras partes, E. Jacques Courtois, Jr., James Mitchell Newman, alias 'Barnett', y Franklin Carniol, los demandados, según se indica seguidamente en la columna titulada 'Demandados Acusados', y en relación con los cargos enumerados correspondientes a sus nombres, ilegal y premeditadamente y a sabiendas, directa e indirectamente y valiéndose de los medios y conductos del comercio interestatal, del correo y de los servicios de las bolsas nacionales de valores, tal como se alega en los párrafos uno a once anteriores, hicieron lo siguiente: a) emplear estratagemas, planes y artificios para defraudar, y b) llevar a cabo actos, prácticas y cursos de negocios que constituían fraude y un engaño para con la Morgan Stanley y la Kunh Loeb y las compañías y accionistas en cuya representación actuaba la Morgan Stanley o la Kuhn Loeb y a las cuales éstas estaban ligadas por una responsabilidad fiduciaria en relación con la compraventa de valores, incluidos los siguientes": (a continuación viene la relación de las compras de acciones realizadas, sus fechas y las correspondientes Compañías) —Fl 46 *ibidem*—.

4º) Declaraciones juradas de Lance Clifton y Daniel Schatz, investigadores para la Comisión Federal de Valores y Bolsas en su Oficina Regional de Nueva York, asignados a la Oficina del Fiscal del Distrito Sur de Nueva York, y quienes trabajaron con el Teniente Fiscal Federal Leo S. Richards en la investigación (Fls. 68 a 74 y 89 a 91 bis del cuaderno número 3).

De la declaración del primero se transcribe lo referente a las fuentes de donde tomó la información suministrada en su versión. Dice así:

"Que la presente declaración jurada se basa en la información recibida por esta Oficina y por el Gran Jurado Federal que están investigando este caso. La información se ha obtenido, entre otras fuentes, de 1) Adrian Antoniu ('Antoniu'), participante en la conspiración en cuestión; 2) Bruce Steinberg ('Steinberg'), otro participante en este caso; 3) Los registros de numerosas firmas de corretaje y de bancos estadounidenses y extranjeros; 4) Los registros y el testimonio de empleados actuales y antiguos de

la Morgan Stanley and Co., Inc. ('Morgan Stanley') y de la Kuhn Loeb and Co. ('Kuhn Loeb'); 5) Los registros de llamadas telefónicas de larga distancia de las compañías telefónicas de Nueva York y Florida; 6) Los registros pertinentes de la Comisión de Valores y Bolsas de los Estados Unidos; 7) Los registros pertinentes de las firmas de corretaje actualmente desaparecidas de G. H. Shepperd and Co. y Executive Securities Inc.; 8) Los registros del Harvard Club de Nueva York, del New York Atletic Club, de la Harvard University y del Federal Reserve Bank. Todos dichos registros han sido debidamente legalizados ante un Gran Jurado Federal y algunos de ellos se han adjuntado a la presente". (Fl. 68 *ibidem*).

5º) Declaración jurada de Adrian Antoniu, quien se declaró culpable de dos cargos, por los que el Gran Jurado le formuló acusación, y versión taquigráfica de su declaración de culpabilidad (Fls. 120 a 143 del cuaderno número 3).

De su testimonio se destacan los siguientes aspectos:

a) La incidencia que sobre los precios de los valores negociables en bolsa tenía el anuncio de la Compañía interesada en invertir en otra y de la importancia de mantener en secreto esos planes de adquisición hasta tanto llegare el momento de hacerlos públicos. Al respecto dice:

"Que en su cargo de empleado de la Morgan Stanley y más tarde de la Kunh Loeb recibió frecuentemente información confidencial sobre los clientes de uno y otro banco. Se trataba con frecuencia de una clase de información que, cuando se anunciaba públicamente, hacía que aumentara espectacularmente el precio de las acciones de una compañía determinada. En la mayoría de los casos, la información tenía que ver con los planes secretos de una compañía (la 'compañía oferente') para comprar otra compañía (la 'compañía objetivo'). Al anunciarse públicamente dichos planes, sistemáticamente hacen que suba el precio de las acciones de la compañía objetivo. Por consiguiente, estos planes secretos de adquisiciones de empresas son sumamente delicados, ya que la publicación de los mismos suele influir de forma significativa en el precio de las acciones de la compañía objetivo" (Fl. 121 *ibidem*).

b) En cuanto a la forma como se vinculó Edmond Jacques Courtois a las actividades que mancomunadamente venían realizando Antoniu, Newman, Carniol y Spyropoulos, relata el testigo lo siguiente:

"A fines de 1975, tras una serie de discusiones entre Courtois y el declarante mantenidas en Nueva York, aquél se unió a la conspiración, según se alega en la acusación criminal adjunta a la presente, marcada como 'Documento de prueba B', esto es, comprometiéndose a utilizar su cargo para apropiarse de forma ilegal y pasar subrepticiamente al declarante la información pertinente y confidencial que él obtenía por razón de su cargo de empleado leal del Departamento de Fusiones y Adquisiciones de la Morgan Stanley sobre ofertas de fusión y adquisición inminente o propuesta y las compañías participantes en dichas negociaciones.

"De conformidad con dicho acuerdo y con la condición de que el declarante no revelaría la identidad de Courtois ni siquiera a Newman, Carniol y Spyropoulos, Courtois le facilitó, entre otra información, los nombres de compañías objetivo, entre los que se podrían citar, por ejemplo, Ventron Corp., Pan Ocean Oil Inc., Northrup, Kink and Co., Deseret Pharmaceutical Company Inc., Bancal Tri-State Corp., Gerber Products Co., Inc. y Marshall Fields Co. El declarante, a su vez, pasó estos nombres a Newman y/o Carniol y/o Spyropoulos, que compraron o hicieron que se compraran, principalmente por medio de cuentas secretas, los valores de dichas compañías.

"Según fue acordado y convenido por y entre el declarante y Newman, Carniol y Spyropoulos, Courtois y el declarante, recibirían cada uno una tercera parte de todas las ganancias realizadas y absorverían también una tercera parte de las pérdidas sufridas como consecuencia de la venta de todas las acciones compradas basadas en la información confidencial pasada por Courtois" (Fls. 123 y 124 *ibidem*).

c) En cuanto al procedimiento que debían seguir para asegurar el éxito de las operaciones, informa:

"Además, según lo acordado y convenido, todos los participantes ocultarían su apropiación ilegal de información confidencial de la Morgan Stanley, Kunh Loeb, sus clientes y los accionistas de éstas, empleando, entre otros, los medios siguientes: evitando utilizar el nombre del declarante o el de Courtois y cualquier otra acción que pudiera revelar la participación de estos en las cuentas de Newman, Carniol y Spyropoulos; efectuando cualquiera y todos los desembolsos en efectivo o por medio de cuentas bancarias secretas; evitando en lo posible todo contacto con o entre Courtois y el declarante, así como las llamadas telefónicas a los mismos, en la

Morgan Stanley o en la Kunh Loeb; utilizando nombres supuestos para ocultar la identidad verdadera de los participantes al dejar un recado o mensaje; utilizando cuentas secretas en el extranjero; tratando de utilizar numerosos bancos extranjeros y/o diferentes corredores para llevar a cabo sus operaciones de compraventa, y ocultando su utilización de la información confidencial a la Morgan Stanley, Kunh Loeb, sus clientes y al Gobierno de los Estados Unidos, según se alega en la acusación criminal del Fiscal que se adjunta a la presente, marcada como 'Documento de prueba B'" (Fls. 124 y 125 *ibidem*).

Texto de las normas legales que de acuerdo con la acusación del Gran Jurado, se estiman violadas

a) Conspiración.

Sección 371, Título 18, Código de los Estados Unidos:

"Sección 371. Conspiración para cometer delito o defraudar a los Estados Unidos.

"Si dos o más personas conspiran para cometer cualquier delito contra los Estados Unidos o para defraudar a los Estados Unidos, o a cualquier organismo del mismo, en cualquier manera o para cualquier fin, y una o más de dichas personas ejecuta cualquier acto para lograr el objeto de la conspiración, cada una de ellas será castigada con multa que no excederá de 10.000 dólares o con la pena de encarcelamiento por un período máximo de cinco años, o ambas cosas a la vez.

"No obstante, si el delito, cuya comisión sea objeto de la conspiración, constituye solamente una falta, la pena aplicable a dicha conspiración no excederá la pena máxima que estuviere señalada para tal falta" (Fl. 62 *ibidem*).

b) Capítulo 63, Sección 1341: Fraude Mediante Correos.

"Capítulo 63. *Fraude por medio de correo.*

"Sección 1341, Título 18, Código de los Estados Unidos.

"Sección 1341. *Fraudes y estafas:*

"El que, teniendo intención de concebir o habiendo concebido cualquier plan o artificio para defraudar o para obtener dinero o bienes, valiéndose de pretextos, declaraciones o promesas falsas o fraudulentas, o para vender, enajenar, dar prestado, intercambiar, alterar, ceder, distribuir, proveer o suministrar u obtener para uso ilegal cualquier moneda falsa o falsificada, obligaciones, valores o cualquier otro objeto o cosa falsificados o falso que se ofreciere, pretendiere o sostuviere como tal objeto falsificado o falso, con el fin de llevar a cabo dicho plan o artificio o intentarlo, depositara en una estafeta de correos o depositario autorizado para recibir envíos o objeto que fuere para que el Servicio de Correos Estadounidense los remitiere y entregare a las direcciones que figuren en los mismos, o recogiere o recibiere del mismo dicho envío u objeto, o a sabiendas hiciere que sea remitido y entregado por correo conforme a las direcciones que figuren en los mismos, o en el lugar en que, según las instrucciones, deba ser entregado a la persona a la que esté dirigido, cualquiera de dichos envíos u objetos, será castigado con una multa que no excederá de 10.000 dólares o con una pena de encarcelamiento máxima de cinco años, o ambas cosas a la vez" (Fl. 64 *ibidem*).

c) Disposiciones generales.

"Sección 2, Título 18, Código de Estados Unidos.

"Sección 2. *Autores:*

"a) El que cometiere un delito contra los Estados Unidos o cooperare, instigare, aconsejare, ordenare, incitare o procurare su perpetración, será castigado como autor principal.

"b) El que deliberadamente hiciere que se cometiere un acto que, de ser ejecutado directamente por él o por otro, sea un delito contra los Estados Unidos, será castigado como autor principal" (Fl. 60 *ibidem*).

d) "Capítulo 2B. *Bolsas de Valores.*

"Sección 78j, Título 15, Código de los Estados Unidos.

"Sección 78j. Artificios manipulantes y engañosos:

"Será ilegal el que, directa o indirectamente, valiéndose de cualquier medio o conducto del comercio interestatal, del servicio postal o de cualquier servicio de las bolsas nacionales de valores,

"b) Utilizare o empleare, en relación con la compra o venta de valores registrados en una bolsa nacional de valores o de valores de otro modo no registrados, cualquier plan o artificio manipulante o engañoso en contravención de las normas y disposiciones reglamentarias que la comisión proscribiere necesarias y pertinentes para el bien público o la protección de los inversionistas" (Fl. 56 *ibidem*).

e) *"Comercio e intercambio.*

"Sección 78ff, Título 15, Código de los Estados Unidos.

"Sección 78ff. *De las penas.*

"a) El que deliberadamente contraviniere cualquier disposición de este capítulo, o cualquier norma o disposición reglamentaria contenido en el mismo, cuya contravención fuere ilegal o cuya observancia fuere obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo, o el que premeditadamente y a sabiendas hiciere, o fuere causa de que se hiciere, cualquier declaración en una solicitud, informe o documento que fuere obligatorio, presentar en virtud de este capítulo o de conformidad con cualquier norma o disposición reglamentaria contenida en el mismo, o cualquier empresa que figure en una declaración de registro según lo dispuesto en el apartado d) de la sección 78 de este título, o cualquier organismo autorregulador en relación con una solicitud de ingreso o participación en ella o para asociarse con algún miembro de la misma, y tal declaración fuere falsa, o engañosa respecto a cualquier hecho pertinente, será castigado, al ser declarado culpable, con una multa máxima de 10.000 dólares o con una pena de encarcelamiento que no excederá de cinco años o con ambas cosas a la vez, salvo cuando dicha persona sea una bolsa en cuyo caso se le puede imponer una multa que no excederá de 500.000 dólares; pero ningún infractor podrá ser castigado con pena de encarcelamiento conforme a lo dispuesto en esta sección, por la contravención de cualquier norma o disposición reglamentaria, si él mismo demuestra que no estaba familiarizado con dicha norma o disposición reglamentaria.

"b) El emisor que no registrare información, documentos o informes, cuyo registro estuviere prescrito en virtud del apartado d) de la Sección 78 de este capítulo, o de cualquier norma o disposición reglamentaria contenida en el mismo, estará obligado a pagar al gobierno de los Estados Unidos una suma de 100 dólares por cada día que pase sin producir dicho registro. Dicha multa, que reemplazará a toda pena criminal aplicable a la infracción susodicha que se reputare justificable en virtud de lo dispuesto en el apartado a) de esta sección, será pagadera a la tesorería de los Estados Unidos y recuperable mediante pleito civil entablado en nombre de los Estados Unidos" (Fl. 58 *ibidem*).

f) *"Regla X-10B-5.* Empleo de expedientes manipulativos engañosos.

"Será ilícito que persona alguna, bien sea directa o indirectamente, con el uso de cualquier medio o agencia de comercio interestatal, o de los correos, o de cualquier elemento de los de las bolsas nacionales de valores,

"(1) Emplee cualquier expediente, plan o artificio para defraudar;

"(2) Haga cualquier declaración falsa de un hecho material u omita declarar un hecho material necesario para que no resulten engañosas las declaraciones formuladas a la luz de las circunstancias bajo las cuales se hicieron, o

"(3) Se ocupe en cualquier acto, procedimiento o actividad que opere u operaría como fraude o engaño contra cualquier persona,

"en relación con la compra o venta de cualesquiera valores.

"Rige a partir del día jueves 21 de mayo de 1942" (Fls. 124 y 125 del cuaderno número 4).

Normas de la Convención sobre Extradición dentro de las cuales estima el Estado requirente que quedan comprendidos los delitos descritos en procedencia

Son ellas las contenidas en los numerales 18, 19 y 23 del artículo 1º de la Convención Suplementaria de Extradición suscrita el día 9 de septiembre de 1940, aprobada por la Ley 8ª de 1943 y que forma parte integrante de la Convención de 1888, aprobada por la Ley 66 de ese año.

Numeral 18. "El obtener dineros, papeles de valor u otros bienes por medios ilícitos o recibir cualesquiera dineros, papeles de valor o demás bienes, a sabiendas de que han sido obtenidos ilegalmente, cuando la cantidad de dinero o el valor de los bienes en esa forma obtenidos o recibidos exceda de doscientos dólares o de su equivalente en moneda colombiana".

Numeral 19. "Fraude o abuso de confianza de un depositario, banquero, agente, comisionista, fideicomisario, albacea, administrador, guardador, director o funcionario de cualquier compañía o sociedad o de alguna persona que desempeñe cualquier cargo de confianza, cuando la cantidad de dinero o el valor de los bienes mal habidos exceda de doscientos dólares o de su equivalente en moneda colombiana".

Numeral 23. "La extradición se concederá también por la complicidad de cualquiera de los delitos atrás enumerados antes o después del hecho, o por cualquier tentativa de cometer al-

guno de los mencionados delitos" (Fl. 6 del cuaderno número 1).

Pruebas y planteamientos de la defensa

El apoderado del ciudadano requerido, doctor Holguín Holguín, presentó, con su memorial de oposición a la petición de extradición los siguientes documentos y solicitó que en lo favorable se tuvieran como pruebas, lo cual fue ordenado por el suscrito Magistrado sustanciador, previa la traducción de estos por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, o la verificación por la misma entidad de la traducción que presentó el apoderado:

1º Providencia dictada por la Corte Distrital de los Estados Unidos de América, por intermedio del Juez Distrital Charles S. Haight, Jr., adoptada el día 20 de mayo y formalizada el 8 de junio de 1981, por medio de la cual la Corte rechazó la acusación del Gran Jurado respecto de James Mitchell Newman, único acusado que compareció ante ella y quien alegó que los hechos a él atribuidos no constituían conducta penal en el momento en que ocurrieron.

El Juez se fundamenta, para el rechazo del cargo derivado de la imputada violación de la norma contenida en la Sección *10B-5*, en el caso promovido contra Chiarella, de quien recuerda que era "un empleado de una compañía impresora de material financiero, contratada para imprimir *inter alia*, documentos relacionados con ofertas de compra. Los nombres de las compañías objetivo se dejaban en blanco, pero Chiarella tuvo acceso a las medidas de seguridad y una vez conocida la identidad de las compañías objetivo compró sus acciones antes de que el público tuviera conocimiento de la oferta, vendiéndolas posteriormente con ganancia. El Gobierno entabló una acusación en contra de Chiarella, sobre la base de la teoría de que cuando Chiarella compró dichas acciones a tales compañías, omitió revelar su conocimiento del inminente cambio de propietarios en la compañía objetivo, violando el Par 10 (b) y la norma 10b-5".

El jurado condenó a Chiarella y una sala del segundo Circuito confirmó, en decisión no unánime, la condena.

La Corte Suprema, al dejarla sin valor, planteó el problema de la siguiente manera:

"El interrogante en este caso es si una persona que se entera mediante documentos confidenciales de que una Corporación está planeando asegurar el control de una segunda compañía, viola el Par 10b de la Ley de Negociación de Valores de 1934, al omitir revelar el inminente control de la compañía antes de negociar los títulos de dichas compañías".

"Al dar respuesta negativa a este interrogante, la Corte sostuvo que la conducta de Chiarella no constituía una violación del Par 10(b) y que por consiguiente su condena era improcedente.

"Aunque reconocía que Chiarella pudo haber actuado sin lealtad, la Corte observó que 'no todo acto de falta de lealtad financiera constituye una actividad fraudulenta al tenor del Par 10(b)' 445 US 232. A Chiarella no se le podía acusar de fraude, porque el elemento requerido para hacer que el silencio sea fraudulento y que haya en consecuencia obligación de informar, faltó en este caso" *Ibidem*. "La Sección 10(b) se describe adecuadamente como una disposición general (Catchall)". Pero lo que es general tiene que ser fraude. Cuando un alegato de fraude se basa en el silencio, no puede haber fraude cuando no hay obligación de hablar. *Ibidem* 234-35. Chiarella no tenía tal deber para con los vendedores de las acciones de las compañías objetivo, por cuanto no había tenido negociaciones anteriores con ellas y, además, no era su agente, fiduciario o la persona en quien los vendedores habían dado encargo y confianza. "El era, en efecto, un completo extraño que negoció con los vendores sólo a través de transacciones impersonales del mercado". *Ibidem* 232-33. La Corte rechazó específicamente el concepto del Gobierno de que existe "un deber general entre todos los participantes en transacciones en el mercado de no adquirir acciones basado en información sustancial que no es pública (Fls. 4 y 5 del cuaderno número 4)".

Se colige de la providencia del Juez Haight, que dicha norma no era lo suficientemente clara y precisa como para comprender situaciones iguales a las predicadas de la conducta de Newman, de tal manera que hubo necesidad de expedir otra que sí no se presta a duda, pero que empezó a regir con posterioridad a las fechas en que ocurrieron los hechos imputados al acusado. Esa norma es la contenida en la regla *14e-3*, que en lo pertinente prescribe:

"(a) Si una persona ha dado un paso o pasos sustanciales para iniciar, o ha iniciado, el ofrecimiento para la compra de una sociedad (el oferente'), constituirá acto o práctica fraudulenta, engañosa o manipulativa dentro del significado de la Sección 14(aeA) del acto que cualquier otra persona que tenga conocimiento de información material relacionada con tal

ofrecimiento —información ésta que sepa o tenga razones para saber— que no es de conocimiento público y que sepa o tenga razones para saber que fue adquirida directa o indirectamente de (1) el oferente (2) el emisor de los valores materia del ofrecimiento, o (3) cualquier funcionario directo, socio o empleado, cualquiera otra persona que obre en nombre y representación del oferente o del emisor mencionado compre o venda o haga comprar o vender cualesquiera de los valores correspondientes o valores convertibles o permutables en tales valores o cualquier derecho u opción para obtener o condonar tales valores, salvo que con una anterioridad razonable a la compra o venta se divulgó públicamente dicha información y su fuente por medio de anuncio de prensa o en otra forma... "(d) (1) Como un medio razonablemente diseñado para evitar actos o prácticas fraudulentas, engañosas o manipulativas, dentro del significado de la Sección 14b de este acto, será ilícito que cualquier persona descrita en el numeral (d) (2) de esta Sección comunique información material y no pública relacionada con un ofrecimiento de compra de una empresa a cualquier otra persona, en circunstancias en las cuales sea razonablemente previsible que tal comunicación puede resultar en violación de esta Sección, *con la salvedad* de que este inciso no será aplicable a comunicaciones hechas de buena fe"... Esta norma tuvo vigencia a partir del 14 de octubre de 1980 (Fls. 144, 145, 146 del cuaderno número 4).

Comentando la falta de precisión de la anterior norma, expresa el Juez: "Pero subsiste el hecho de que durante los diez años precedentes, cuando se examinó cuidadosamente la necesidad de una norma que prohibiera el uso anticipado de información sobre compras mayoritarias en una compañía, estaba lejos de ser clara la aplicabilidad de la norma 10B-5 a aquellas situaciones en las cuales no estaba comprometida una persona de la Corporación con ..... información confidencial, para mencionar el caso más favorable para el Gobierno" (Fl. 13 *ibidem*).

Respecto de ese cargo, manifiesta el Juez Haigth:

"A la luz de este análisis, yo concluyo que no hubo declaración clara y definitiva en las leyes federales sobre valores que con anterioridad haya prohibido los actos alegados en esta acusación. En el tiempo alegado, ni las Cortes, comentadores, ni SEC en su capacidad para elaborar las normas o de hacerlas cumplir, han declarado que la norma 10B-5 se extienda a una infracción de un deber fiduciario con la corporación adquiriente en una oferta de compra con una persona que no tiene acceso a información confidencial interna. En la medida en que la pregunta se hizo a todos, las indicaciones, según hemos visto, fueron contrarias, mientras SEC se preocupa por el tema general de ofertas de compra, por lo menos desde la vigencia de la Ley Williams de 1968, la conducta que aquí se pretendía condenar no estaba prohibida hasta 1980, cuando la norma 14e-3 fue promulgada. Antes de esa fecha, la ausencia de tal norma, particularmente cuando la vemos en el contexto del interrogante de SEC a la industria de si debiera adoptarse, excluye el enjuiciamiento penal por lo que es en efecto una conducta no prohibida (18)"... "Yo sostengo que la acusación no culpa a Newman de actos que hubieran sido prohibidos por las leyes de valores entonces en vigencia. La demanda con base en el Par 10B debe ser rechazada" (Fls. 21, 22 y 23 del cuaderno número 4).

Referente a los cargos de fraude por correo, el Juez encuentra la exclusión de la ilicitud penal, entre otras consideraciones, en las de que no constituyen en sí mismos un nuevo fraude y que, en el caso que analiza no se evidenció que el acusado hubiera previsto, al concebir el plan, un daño real que pudiera llegarse a causar a otro con su realización.

A ese respecto se lee en la providencia:

"En estas circunstancias yo declino seguir el caso Henderson y rechazo los cargos por defraudación por correo simplemente porque ellos surgen del mismo curso de conducta de los cargos por defraudación en valores"... "En el campo privado, en oposición a los actos de deslealtad de personas al servicio público, esa teoría, si no está acompañada por alegaciones de pruebas de pérdida económica directa y tangible a la víctima, real o prevista, es insuficiente en la ley que está bajo consideración en este Circuito (22). La conducta alegada en la acusación no puede quedar comprendida dentro del estatuto de defraudación por correo, sin extender sus términos más allá del grado permitido por los principios básicos de la ley penal. Por consiguiente, los cargos por defraudación por correo deben rechazarse" (Fls. 26 y 36 del cuaderno número 4).

Desechados los cargos sustantivos, el Juez desestimó igualmente el de coparticipación, pues un cargo de esa naturaleza "no cae dentro del 18 U. S.C. Part. 371, si las acciones que conforman la materia sujeta a la conspiración no constituyen crímenes sustantivos".

En las notas de pie de página de esa providencia se destacan las números 1ª y 23, que son del siguiente tenor:

Nota 1ª "Los acusados E. Jacques Courtois Jr., Franklin Carniol y Constantino Spyropoulos han salido de los Estados Unidos. El Gobierno está tratando de reclamarlos por extradición, causa criminal, pero hasta la fecha no lo ha logrado" (Fl. 83 *ibidem).*

Nota número 23. "La acusación se rechaza respecto a Newman, solamente, ya que los otros acusados se han ausentado de la jurisdicción de la Corte, no han sido instruidos de cargos y no han comparecido por intermedio de abogado. Cualquier solicitud para desagravio basada en esta decisión debe ser precedida de instrucción de cargos y presentación" (Fl. 92 *ibidem).*

Ya se verá más adelante que la decisión del Juez Distrital Haight, habiendo sido apelado por el Fiscal, fue revocada por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Segundo Circuito, en providencia del 30 de octubre de 1981. Uno de los componentes de la Corporación hizo salvedad parcial de su voto, referida a uno de los delitos imputados, concretamente el atinente a la violación de la Sección 10B de la ley de valores y cambios de 1934 (fls. 247 a 266 del cuaderno número 6).

2ª Declaración jurada del abogado norteamericano Louis Bender, fundamentalmente sobre la incidencia del sobreseimiento proferido a favor de Newman respecto del proceso de extradición adelantado contra Courtois, para concluir que, dados los términos de la providencia, ella ampara no solamente a Newman sino también a los demás coacusados, de donde deduce el declarante que en el caso del señor Courtois no existiría causa probable para proseguir en su contra el trámite de extradición, por ausencia de ilicitud penal en los hechos que se le atribuyen (Fls. 79 a 83 del cuaderno número 1).

3ª Declaración jurada del abogado norteamericano John J. Tique sobre los procedimientos aplicables al caso de Courtois para acentuar que lo que hasta ahora existe respecto de él es una denuncia que "por sí sola no es más que una acusación", que "no es prueba ni de culpa ni de inocencia" y que no se ha cumplido el paso procesal subsiguiente, o sea el "arreignment", o "audiencia en la cual se leen los cargos y el acusado penal se declara ya sea culpable o inocente", ni tampoco el juicio propiamente tal (Fl. 94 del cuaderno número 4).

4ª) Declaración jurada de Edward M. Spiro, abogado norteamericano, acerca de los principios que informan la doctrina de "la ley que rige el negocio". De ella colige que si el sobreseimiento proferido en favor de Newman, y en ese entonces apelado, no llegare a ser revocado, esa decisión favorable del Juez Haight ampararía a los demás coacusados (Fl. 112 *ibidem*).

5ª) Declaración jurada del abogado norteamericano Elliot Silverman, sobre el mismo tema de "la ley que rige el negocio" (Fl. 118 *ibidem*).

6ª) Nueva declaración del abogado Spiro, esta vez sobre los principios que controlan "la negociación de las declaraciones de culpa" (Fl. 196 *ibidem*).

7ª Nueva declaración del abogado Silverman, ahora sobre el tema precedente de la negociación de las declaraciones de culpa (Fl. 204 *ibidem*).

8ª) Textos de las normas legales cuya infracción se atribuye al señor Courtois y a sus compañeros de acusación y de las disposiciones procedimentales que regulan el procesamiento en los Estados Unidos (Fls. 130, 144 a 146 y 153 a 170 del mismo cuaderno número 4).

9ª) Fotocopia auténtica de la transcripción de la decisión referente al ciudadano italiano Francesco Catagirone, a quien el Tribunal Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, por intermedio del Juez Jhon M. Canella, le negó la petición de *habeas corpus,* pero apelada, fue revocada esa negativa por el Tribunal de Apelaciones, en decisión del Juez de Distrito Irving R. Kaufman, quien estimó que, también para el caso del arresto provisional, con fines de extradición, se requiere demostrar la existencia de causa probable respecto del extraditando, a la luz de la legislación del Estado requerido (Fls. 212 a 239 *ibidem*).

10) Copia del pasaporte expedido por el Consulado General del Canadá a Edmond Jacques Courtois, en el que se relacionan sus visas y entradas a Colombia (Fl. 268 *ibidem*).

El apoderado de Courtois presentó dos memoriales de alegación, el primero dentro del término de traslado que ordena el trámite pendiente articulación y con fundamento en los elementos de juicio que acompañó a él, principalmente el sobreseimiento proferido por el Juez Distrital de los Estados Unidos de Norteamérica Charles S. Haight; y el segundo, una vez concluido el período probatorio, y con referencia especial a las pruebas producidas, principalmente a la revocatoria del aludido sobreseimiento. A este segundo memorial acompañó un concepto del doc-

tor Vicente Laverde Aponte, de fecha 12 de abril de 1982.

Encontrándose el asunto a despacho del suscrito Magistrado sustanciador para elaboración de la ponencia, hizo llegar el doctor Holguín, con fecha 5 de mayo del presente año, el concepto de otro jurista colombiano, esta vez del doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola (Fls. 59 a 76, 176 a 198, 204 a 206 y 208 a 221 del cuaderno número 1).

Se hará un resumen de los planteamientos hechos en ambos memoriales y de las opiniones expuestas en los dos conceptos.

Primer memorial

Se opone, en nombre de su mandante, a que se conceptúe favorablemente sobre la solicitud de extradición presentada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, por considerarla ilegal a la luz de los tratados vigentes entre Colombia y ese país, y en relación con nuestras normas penales, tanto sustantivas como procedimentales.

Presenta de la siguiente manera los presupuestos para acceder a una solicitud de extradición:

"Tiene que fundarse en que los hechos de que se acuse a un 'prófugo' constituyan delito tanto en el país en el que el presunto delito se ha cometido, como en aquel en donde se encuentre el acusado. Es necesario igualmente que el delito en cuestión esté previsto en las convenciones sobre extradición; que los hechos sean tales que justificarían el arresto y seguimiento de causa en el país requerido; que contra el acusado se haya dictado auto de proceder o su equivalente y que el delito tenga pena privativa de la libertad no inferior de cuatro años". Si falta uno cualquiera de estos presupuestos, la solicitud de extradición no puede prosperar.

Analiza las convenciones de 1888 y 1940 y el artículo 734 del Código de Procedimiento Penal colombiano para comprobar que de esos ordenamientos legales se desprenden los anteriores presupuestos y que los hechos atribuidos a su representado no se enmarcan dentro de los dispositivos del tratado que señala el Gobierno americano, ni ameritan, por tanto, la solicitud de extradición que se adelanta.

Sintetiza en los siguientes puntos el aspecto central de su alegación:

1º) El señor Courtois no es un "prófugo" o "fugitivo" a quien puedan aplicarse los convenios que rigen la extradición entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica.

2º Los hechos en que se funda la acusación contra él no constituían delito en los Estados Unidos cuando supuestamente se realizaron.

3º) Ellos no están previstos en las convenciones sobre extradición.

4º Tampoco constituyen delito en Colombia, y los que pudieran configurarse no están comprendidos en las convenciones y están sancionados con pena inferior a cuatro años.

5º) No existen pruebas de su culpabilidad que sean tales como para justificar, conforme a la ley colombiana, su arresto y el seguimiento de causa, en el supuesto de que aquí se hubieran realizado esos hechos, ni en los Estados Unidos se ha dictado en su contra auto de proceder o su equivalente.

En cuanto al punto primero, analiza el significado de las expresiones "prófugo" o "fugitivo" tanto en su sentido semántico y jurídico, como en el natural y obvio, para concluir que su defendido no tiene tal calidad, pues cuando se alejó del país donde residía, que es el que ahora lo reclama, lo hizo porque renunció voluntariamente al cargo que allí desempeñaba en la Compañía Morgan Stanley. Luego regresó a su país de origen (Canadá) y posteriormente vino a Colombia en el año de 1979, en forma voluntaria y libre, sin que en ese momento hubiera sido acusado de delito alguno en los Estados Unidos, pues vino a serlo en el mes de febrero del año de 1981, cuando se encontraba ya establecido en nuestro país.

En relación con el punto segundo, se fundamenta en la decisión de sobreseimiento de la acusación proferida por el Juez norteamericano Haight, de cuyo estudio concluye que comprende tanto a su directo beneficiario como a los demás que con él fueron acusados, entre los cuales está Courtois.

Alude al análisis que se hace en esa providencia en cuanto a la insuficiencia de la regla 10b-5 para cobijar actuaciones como las atribuidas a ellos, de tal forma que fue necesario expedir otra norma más comprensiva de todos los comportamientos ilícitos referidos al mercado de valores, que vino a ser la regla 240-14e-3, pero que entró en vigor solamente en el año de 1980.

Afirma que el delito de "fraude en títulos valores" (regla 10b-5) es un delito típico, que no

es el delito genérico de estafa o de abuso de confianza.

En cuanto al delito de "fraude por correo", recuerda con la providencia del Juez Haight, que tiene por objeto reprimir ciertas estafas que se hacen al público en general que requiere que se cometa utilizando el correo u otros medios de comunicación, que exigen que la persona a quien se acusa de esa infracción tenga la obligación de revelar sus informaciones y que de su acción se deriva un perjuicio económico específico para alguien.

Como los acusados no tenían esa obligación de informar sobre eventuales alzas futuras en el mercado de valores, ni la actuación que se predica de ellos causó perjuicio a los vendedores, ni a las sociedades interesadas en adquirir el control de otras, pues el eventual daño que pudieran haberles acarreado sería apenas de índole moral o de prestigio, su comportamiento es indiferente en el campo penal.

Referente al punto tercero, dice que los numerales de la convención invocados en la solicitud de extradición regulan, el 18, el delito de estafa, en general, y el 19, la apropiación indebida de bienes por parte de depositarios u otros empleados de manejo, o sea, los delitos de abuso de confianza y peculado en términos generales.

Adyierte que los acusados no cometieron el delito de estafa, pues Newman, Carniol y Spyropoulos, quienes compraron las acciones, no las obtuvieron "por medios ilícitos", ni "a sabiendas de que habían sido obtenidas ilegalmente", sino en bolsas abiertas al público y a los precios del mercado. Y Antoniu y Courtois, supuestos informantes, no hicieron compras, ni puede considerárseles cómplices, pues la acción de los primeros no fue ilícita.

Rechaza el que se llegue a considerar como medio ilícito, para efectos de la estructura del delito atribuido, la violación de la confidencialidad, porque para ello se requeriría que estuviera tipificada como punible en sí misma, lo cual no se desprende de las normas citadas en la acusación.

Tampoco incurrieron en delito de abuso de confianza, pues ellos no dispusieron de bienes o títulos que les hubieran sido entregados a título no traslaticio de dominio.

A Courtois sólo se le acusa "de haberse apropiado de información confidencial" o "robado esa información", lo cual no está contenido en los numerales 18 y 19 del artículo 1º de la Convención Suplementaria.

Además, es lógico que esos delitos, que son típicos (fraude en títulos valores y fraude por correo) no aparecieran en esa Convención, pues fueron creados en años posteriores (1942 y 1948, respectivamente).

Como el nuevo Tratado de Extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, el cual no rige el caso, sí los considera en forma específica y separadamente de los de estafa y abuso de confianza, hace de esto un argumento en contrario para reforzar la afirmación de que no pueden tenerse por comprendidos en las normas de tipo general de la Convención vigente citadas como violadas en la solicitud de extradición.

En relación con el punto cuarto, y sobre la base del principio de la "doble incriminación del hecho", hace un análisis pormenorizado de las diferentes formas delictivas consagradas en los títulos V (de la asociación para delinquir y de la apología del delito), IX (delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio), XI, Capítulo V (de la violación de secretos y correspondencia) y XVI (delitos contra la propiedad) del Código Penal Colombiano de 1936, vigente en la época en que se afirma que se cometieron los hechos (años de 1973 a 1978), para concluir que los comportamientos atribuidos a los acusados no configuran ninguno de esos delitos y que si algunos llegaran a estructurarse, o no están comprendidos en los ordenamientos de la Convención señalados como infringidos, o tienen pena inferior a cuatro años.

En este punto de su estudio, hace especial énfasis en los elementos que configuran el delito de estafa y en el análisis de los ilícitos por violación de secretos para poner de presente que estos últimos están reprimidos con pena privativa de la libertad inferior a cuatro años y que la inducción en error que caracteriza a aquél no se presentó en el comportamiento atribuido a los acusados.

Manifiesta que la "Conspiracy" de la legislación americana no equivale a la asociación para delinquir del anterior Código Colombiano, ni tampoco a la "conspiración" ni el "concierto para delinquir" a que se refiere el estatuto penal vigente, sino simplemente a coparticipación o complicidad.

Agrega que como la asociación para delinquir o el concierto para delinquir son delitos autónomos y no están relacionados en forma expresa en las Convenciones, no pueden prestar fundamento para la extradición.

En lo que dice relación con el punto quinto, asevera que no hay pruebas suficientes que llegaran a ameritar seguimiento de causa contra Courtois en Colombia, en el supuesto de que los hechos hubieran ocurrido aquí.

Ello, porque asimila dicha expresión a lo que en nuestro medio significa procesalmente la etapa de causa o juicio. Esta apreciación la deriva de la interpretación que hace de los artículos de la Constitución Nacional que se refieren al juzgamiento de los altos empleados del Estado (97, 102 y 151).

Para el señor apoderado la expresión del Tratado "pruebas que justificarían el seguimiento de causa" implica que se llenen los requisitos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para proferir un auto de proceder, esto es, que aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y que exista, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o graves indicios acerca de la responsabilidad del procesado.

Dice que no puede hablarse de comprobación del cuerpo del delito, pues los hechos atribuidos a los acusados no constituyen delito ni en los Estados Unidos ni en Colombia y, en relación con la prueba de cargo, descalifica la declaración de Antoniu por interesada y sospechosa, pues negoció su confesión, y las de Clifton y Chatz, por ser prácticamente de referencia, y la de Steinberg, porque no menciona expresamente a Courtois, a la vez que resta igualmente valor a los indicios derivados de la entrega por parte de Courtois de los dos bonos del tesoro a Antoniu, y de los encuentros con éste y de las llamadas por teléfono entre ambos.

Segundo memorial

En éste, el apoderado reitera y en algunos aspectos amplía los planteamientos hechos en el primero, pero referidos ya en esta ocasión a la nueva prueba que se recaudó durante el período probatorio del incidente.

Por ello, se refiere de manera especial a la revocatoria del sobreseimiento que se había proferido en favor de Newman por inexistencia de los delitos, para manifestar que eso evidencia lo controvertible del punto, hasta llegar a hacerlo por lo menos discutible, y que esa decisión no es de fondo, ni constituye *"res iudicata"* y puede ser revocada, en su oportunidad por la Corte Suprema de los Estados Unidos, como ocurrió en el caso de Chiarella.

De todas formas, para el apoderado, la Corte debe analizar la cuestión a la luz de la documentación presentada cuando se elevó la solicitud de extradición, y no de esta nueva, pues de ser así, lo lógico sería esperar a que la máxima entidad judicial de los Estados Unidos se pronunciara de fondo y de manera definitiva sobre el tema.

Reitera su petición de un pronunciamiento adverso a la solicitud de extradición.

Concepto del doctor Vicente Laverde Aponte

Expresa su asentimiento a los planteamientos hechos en el primer memorial presentado por el apoderado de Courtois y concluye que del estudio que de él hizo y de los documentos que tuvo a su consideración, "la conducta que se imputa al señor Courtois no se adecúa a ninguno de los tipos legales previstos en la antigua legislación colombiana (que es la que en el presente caso debe aplicarse), ni a los que la nueva ley penal describe. Es decir, que la conducta del señor Courtois no era considerada como delictuosa por las leyes colombianas ni lo es en la actualidad y que tampoco corresponde a ninguna de las conductas constitutivas de infracción penal abstractamente descritas en los tratados sobre extradición celebrados entre Colombia y los Estados Unidos de América".

Concepto del doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola

Manifiesta que el caso debe ser dilucidado a la luz del Código Penal anterior (Ley 95 de 1936) y no del que rige en este momento, pues de lo contrario se conculcarían la norma constitucional del artículo 26 que exige la existencia de "leyes preexistentes al acto que se imputa", y el artículo 6º del nuevo Código Penal, que consagra el principio de la favorabilidad.

Hace especial énfasis en la norma rectora de la tipicidad, para reclamar, también con fundamento en el postulado de la "doble incriminación", que el delito predicado debe serlo en las dos legislaciones, la del Estado requirente y en la del requerido, y debe estarlo en forma "coincidente", no relativamente igual, ni similar, ni meramente parecido.

Pone de presente la factibilidad de cometer un delito de estafa o de abuso de confianza por medio de títulos valores, pero advierte que ese no es el caso que se les atribuye al acusado, a quien solamente se le censura que "reveló movimientos de efectos bursátiles al señor Antoniu". Agrega que "no puede confundirse el hecho mismo de cometer estafa con títulos valores, con el de enviar estos por correo, cuando no han sido producto ni parte de la acción delictiva".

Analiza los elementos que tipifican los delitos de estafa y de abuso de confianza en la legislación colombiana, para concluir que no quedan comprendidos dentro de los numerales 18 y 19 del artículo 1º de la Convención Suplementaria alegada en estos aspectos por el Estado requirente.

Revocatoria del sobreseimiento que había proferido el Juez Haïght en favor de Newman

Como se había advertido ya en otra parte del presente estudio, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos Segundo Circuito, revocó mediante decisión de 30 de octubre de 1981, el aludido sobreseimiento, del cual conoció en virtud de apelación interpuesto por el Fiscal (Fl. 247 a 266 del cuaderno número 6).

Se estima conveniente destacar los siguientes aspectos de dicha providencia:

a) Se recuerda en ella que en el caso Chiarella, el cual constituyó uno de los principales fundamentos del sobreseimiento, la Corte Suprema revocó la decisión de instancia adverso a él, porque "no encontró que existiera una relación fiduciaria entre Chiarella y los vendedores de las acciones que le impusieran el deber de hablar".

b) Confrontando los dos casos, expresa:

"El ataque del Gobierno en el caso de Chiarella fue que el acusado había violado la Sección 10(b) y la Reglamentación 10b-5, al omitir haber revelado información pertinente no pública a los accionistas de las compañías objetivo, de las cuales él compró acciones. *Ibidem* en 236. Tal como lo observó la Corte, 'el jurado no había sido informado sobre la naturaleza o los elementos del deber que le debía el peticionario o a cualquier persona distinta de los vendedores'. *Ibidem.* Para corregir la deficiencia en el caso 'Chiarella', el Gobierno en el presente caso ha orientado su cargo por acción delictiva en otra dirección diferente. El auto de proceder acusa a Courtois y Antoniu por haber violado tanto la fe y la confianza depositadas en ellos y en sus empleadores por las compañías clientes de sus patronos y por los accionistas de sus clientes, como la fe y la confianza puestas en Courtois y Antoniu por sus empleadores.

"El auto de proceder, acusa, además, que Newman, Carniol y Spyropoulos ayudaron, participaron en y facilitaron a Courtois y Antoniu la violación de las obligaciones fiduciarias de rectitud, lealtad y silencio que debían directamente a Morgan Stanley, Kuhn Loeb y a los clientes de esos bancos de inversión. 'El auto de proceder también acusa que Courtois, Newman y Carniol directa e indirectamente; (a) utilizaron ardides, intrigas y artificios para defraudar; y (b) participaron en actos, prácticas y actividades de negocios que operaban en forma fraudulenta y engañosa hacia Morgan Stanley, Kuhn Loeb y hacia aquellas Corporaciones y accionistas en cuya representación Stanley o Kunh-Loeb debían obligaciones fiduciarias, relacionadas con la compra de acciones...'" (Fls. 251 y 252 del cuaderno número 6).

c) Se sostiene que el caso motivo de estudio (el de Newman) sí cae dentro de la órbita de la Sección 10b y de la reglamentación 10b-5. Al respecto se anota:

"Sostenemos que la conducta del demandado, como se alega en el auto de proceder, puede constituirse en violación penal de la Sección 10(b) y de la Reglamentación 10b-5, 3/ a pesar del hecho de que ni Morgan Stanley, Kuhn Loeb ni sus clientes no eran en ese tiempo ni compradores ni vendedores de acciones de la compañía objetivo respecto a las transacciones realizadas por cualquiera de los acusados" (Fls. 252 y 253 *ibidem*).

d) Al aludir al alcance restringido que se ha pretendido dar a la reglamentación 10b-5, expresa la providencia:

"Los tribunales y no el Congreso han limitado las demandas por daños con base en la Reglamentación 10-b-5 a los compradores y vendedores de acciones. La declaración de la Corte Distrital de que el fraude perpetrado contra compradores y vendedores de valores es un 'elemento indispensable para o por la ley de valores, es, en consecuencia, una interpretación muy amplia e incorrecta de la ley.

"Mucho antes de que el demandado hubiera cometido su participación en el plan fraudulento que se alega en el auto de proceder, este Tribunal como también otros Tribunales de Apelación, habían sostenido que un demandante no necesita ser el comprador o vendedor defraudado para poder impetrar una acción judicial con base en la Reglamentación 10b-5"...

..."Estas decisiones estuvieron en armonía con el lenguaje de la reglamentación 10b-5, el cual no contiene ningún requisito especial consistente en que el fraude sea perpetrado contra el comprador o el vendedor de los valores. El demandado debería razonablemente presumir que en un caso penal los tribunales seguramen-

te seguirían el lenguaje en la Reglamentación" (Fls. 254 y 255 *ibidem*).

e) Refiriéndose al factor perjuicio, consigna la providencia:

"Al mancillar la reputación de los empleadores de Courtois y Antoniu como depositarios fieles de la confianza de sus clientes, el demandado y sus cómplices defraudaron a esos patronos tanto como si les hubieran quitado su dinero. Ver 'SEC contra Texas Gulf Sulphur Co.', 446, folio 2º 1301, 1308 (Segundo Circuito 1971) (citando 'Diamond contra Creamuno', 24 N. Y. 2º 494, 499 —1969—).

"El demandado y sus cómplices también perjudicaron a los clientes de Morgan Stanley y Kuhn Loeb, cuyos planes de adquisiciones de compañías estaban basados en los precios de las acciones de las compañías objetivos, precios reglados por las normas del mercado de valores, no por los precios artificialmente inflados mediante las compras realizadas por los ladrones de información confidencial.

"En una situación de oferta, el efecto de la actividad incrementada de compra de acciones de la compañía objetivo produce al mismo tiempo un aumento en el precio de las acciones de la compañía objetivo; pero este efecto perjudica los intereses de la compañía oferente, ya que la propuesta de oferta de venta podrá aparecer proporcionalmente menos atractiva y la actividad podrá causar que ésta se malogre" (Fl. 256 *ibidem*).

f) Respecto del alcance de la expresión "en relación con", la cual se encuentra en la regla 10b-5, la providencia recoge la fijación de criterio hecha por la Corte Suprema en el caso "Bankers Life", cuando aludió a ella como "frase flexible que incluye dentro de las prácticas engañosas 'que toquen' con la venta de acciones, iden 12, aun una relación que pueda ser descrita como 'realmente muy tenue'" (Fl. 258 *ibidem*).

g) Al referirse la providencia a la forma como el Tribunal de instancia interpretó la regla 10b-5, expresa:

"El Tribunal inferior, al sostener que el demandado no podía ser declarado responsable penalmente por la violación de la Reglamentación 10b-5, a menos que él hubiera defraudado a un comprador o a un vendedor de valores, interpretó mal el objetivo de las leyes sobre valores. Además, dejando a un lado la cuestión de la posición (o categoría), como debemos hacerlo en este caso penal, creemos que la proscripción de la Reglamentación 10b-5 de cualquier práctica fraudulenta o engañosa por cualquier persona en relación con la compra o venta de valores, constituye un llamado claro para el demandado de que su conducta fraudulenta era delictuosa" (Fl. 259 *ibidem*).

h) Respecto del delito de fraude por correo, expresa lo siguiente la decisión revocatoria:

"Creemos que la Corte de Distrito interpretó mal la ley de este Circuito que se relaciona con la violación fraudulenta de los deberes fiduciarios, según el estatuto. La demanda de 'United States contra Venn Barta' supra, de la cual la Corte Distrital dependió, no implicó el uso delictuoso de información confidencial confiada a un patrono. La demanda 'Von Barta' se refirió a la omisión de un empleado al revelar información sustancial a su patrono, supuestamente en violación de sus obligaciones fiduciarias de honestidad y lealtad. El esquema fraudulento del caso presente, como en las demandas 'United States contra Kent', supra, 608, folio 2º, 542, y 'Abbott contra United States', supra, 239, folio 2º, 310, fue más escandalosa. Su 'objetivo fue el de sustraer del (patrono) información de valor por medios deshonestos, engañosos, reprobables'. Abbott contra United States', supra en 313.

"Sin embargo, además de alegar uso fraudulento de la información secreta de un patrono, este auto de acusación también sostiene que el plan incluyó violación de los deberes fiduciarios de los empleados por las informaciones falsas sustanciales presentadas al patrón, como también por no revelar información sustancial que requería que fuera revelada" (Fls. 259 y 260 *ibidem*).

i) El Juez que salvó su voto en cuanto el delito de fraude de valores lo hizo por no estar seguro "de que la práctica engañosa empleada por el acusado y sus cómplices fuera un fraude en conexión con la compra o venta de valores" que configurara, en consecuencia, una violación de la Sección 10(b) de la ley de valores y cambios de 1934. En lo demás, adhirió a la decisión mayoritaria (Fls. 262 y 263 *ibidem*).

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero establecer el *régimen jurídico que gobierna la concesión o la negativa de la extradición en el presente caso.*

No cabe duda que debe ser el que tenía vigencia cuando se sucedieron los hechos constitutivos de los delitos por los cuales se adelanta pro-

cesamiento al acusado y se requiere su entrega. Será por tanto el Código Penal anterior (Ley 95 de 1936) el que, en materia de delitos, habrá de ser tenido en cuenta, no solamente porque era la ley que entonces regía, sino también porque el que lo sustituyó no aparece como norma más favorable.

En relación con los demás aspectos, las normas aplicables son las de los tratados celebrados entre los dos Estados.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 743 del Código de Procedimiento Penal, ha informado que los convenios sobre extradición vigentes y aplicables a este caso son la Convención suscrita el día 7 de mayo de 1888, aprobada por la Ley 66 de ese mismo año, y la Convención Suplementaria, firmada el 9 de septiembre de 1940, o sea, las mismas que invoca el Gobierno de los Estados Unidos de América en su petición de extradición de Edmond Jacques Courtois (Fl. 26 del cuaderno número 1).

Existiendo tratado, sus preceptos prevalecen sobre los de la legislación común nacional, como lo disponía el Código Penal anterior en su artículo 9º, concebido en los siguientes términos:

"La extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de tratados públicos, el Gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal y previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia, en el segundo caso".

De esa manera lo ha entendido la Corte en ocasiones en que, al analizar, respecto de solicitudes de extradición, normas contrarias de los tratados y de la legislación ordinaria, recabó el imperio de las primeras sobre las segundas, no obstante que constituían excepciones de importancia a lo preceptuado, en esos respectos, por la legislación común nacional.

Así puede verse en concepto emitido el 11 de mayo de 1944, en relación con una petición de extradición de un ciudadano venezolano, formulada por ese Estado. Dijo la Corte:

"Aun cuando el artículo 709 de la Ley 94 de 1938 exige, además de otros requisitos, que por lo menos se haya dictado en el exterior auto de proceder o su equivalente para que sea factible ofrecer o conceder la extradición, lo cierto es, en armonía con los principios del Derecho Internacional, que esa Ley 94 no modificó la 26 de 1913, ni podía variarla, pues no queda al arbitrio o a la voluntad de una de las partes, introducir ningún cambio en un tratado público, que es un contrato o pacto solemne entre dos o más Estados o potencias, pacto o contrato de obligatoria observancia mientras no se abrogue o se reforme con arreglo a los usos o prácticas que el Derecho Internacional permite.

"Y así, porque el artículo 9º del Código Penal preceptúa que la extradición se concederá u ofrecerá como lo dispongan los tratados públicos, en la solicitud que hoy ha venido estudiando la Corte, es forzoso acogerse a los términos que trae el artículo VIII del Acuerdo Internacional de 1911, aprobada por la Ley 26 de 1913, una de cuyas condiciones es que se haya dictado auto de detención contra la persona reclamada. Bastan ese y los otros documentos que menciona el Acuerdo, aun cuando no se hubiere proferido en el exterior auto de proceder o su equivalente" (Gaceta Judicial, *Tomo LVII, números 2006 a 2015, pág. 614).*

De igual manera se hizo otra excepción respecto de una norma ordinaria, esta vez en asunto de mayor significación, cuando se conceptuó sobre la solicitnd de extradición de un ciudadano colombiano requerido por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Se dijo en esa ocasión:

"Prevaleciendo el principio de que en la materia rigen preferentemente los tratados públicos, es preciso aceptar que la norma contenida en el último inciso del citado artículo 9º, según la cual 'no se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales', sólo habrá de aplicarse cuando dichos tratados, que son leyes de la República, guarden silencio sobre el particular, o cuando no contengan estipulaciones contrarias o diferentes.

"Según el artículo 20 de la Ley 66 de 1888, es enteramente discrecional de las altas partes contratantes (Colombia y Estados Unidos de América) entregar sus propios ciudadanos, estipulación que desde luego difiere de la tajante prohibición que el artículo 9º del Código Penal consagra en su tercer inciso. Prevalece, en consecuencia, aquélla sobre ésta, y ello significa que es facultativo para el Gobierno de Colombia, en el presente caso, entregar al ciudadano reclamado" (Concepto de 20 de marzo de 1972).

Debe, pues, atenderse a los requisitos que para extraditar consagran las aludidas Convenciones de los años de 1888 y 1940, ya que, aunque al presente ha sido aprobado y ratificado un nuevo tratado sobre la materia, que es el

contenido en la Ley 27 de 3 de noviembre de 1980, no es aplicable a este caso, de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 21, numeral 3º, del tratado, fuera de que tampoco ha sido promulgado, exigencia que recoge, en su artículo 2º la ley que lo adopta.

El citado artículo 21 dice:

"Artículo 21.

"Ratificación, entrada en vigor, denuncia.

"1. El presente Tratado estará sujeto a su ratificación; los instrumentos de ratificación serán canjeados en Washington tan pronto como sea posible.

"2. El presente Tratado entrará en vigor en la fecha de canje de los instrumentos de ratificación.

"3. Al entrar en vigor este Tratado quedarán derogadas la Convención de Extradición Recíproca de Delincuentes firmada el 7 de mayo de 1888, y la Convención Adicional de Extradición, firmada el 9 de septiembre de 1940, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América; pero si un procedimiento de extradición está pendiente en el Estado requirente en la fecha en que el presente Tratado entre en vigor, continuará sujeto a los tratados anteriores.

"4. Cada una de las Partes Contratantes podrá dar por terminado este Tratado en cualquier momento, previa comunicación a la otra Parte Contratante, y la terminación tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de dicha comunicación".

En relación con dicho Tratado informó la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que el Canje de los Instrumentos de Ratificación se efectuó el día 4 de marzo del presente año, pero la promulgación que establece la ley está apenas en trámite (oficio número 02573 de 21 de mayo de 1982, Fl. 224 del cuaderno número 1).

La Convención de 1888 dispone en su artículo 3º que la solicitud de extradición de un acusado debe estar apoyada en la orden legalizada del arresto, extendida conforme a las leyes del país que la hace y en las disposiciones en que se basa. Si se tratare de un convicto, habrá de acompañarse copia auténtica de la sentencia del Tribunal por la cual se le condenó, y el artículo 6º expresa que el prófugo no podrá ser entregado "sino en tanto que las pruebas de su culpabilidad sean tales que justificarían el arresto y el seguimiento de causa conforme a las leyes del país en que se halló, si en ese país hubiere cometido ese delito".

Se precisa, por tanto, acreditar que los elementos aportados con la solicitud o allegados durante el trámite del incidente permiten colegir que se darían los presupuestos para dictar un auto de proceder en nuestro país, pues los requisitos para éste son los mismos que requería, para el pronunciamiento sobre seguimiento de causa, el Código vigente cuando se suscribió la convención original, o sea la Ley 147 de 1888 (Código Judicial).

Esos presupuestos son: la plena comprobación del cuerpo del delito y la existencia, al menos, de una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente.

Las normas de la Ley 147 de 1888 a que acaba de aludirse, son:

Artículo 1626: "El juicio criminal comienza desde el auto en que se declara con lugar al seguimiento de causa, y desde que este auto se notifique legalmente al procesado es cuando puede decirse que tiene causa criminal abierta".

Artículo 1627: "Luego que el juez competente haya concluido o recibido las diligencias correspondientes para comprobar el cuerpo del delito y descubrir los culpables, examinará si la averiguación está perfecta, en cuyo caso dará vista de ella al Ministerio Público; pero si no lo estuviere, dispondrá lo conveniente a la perfección del sumario.

"Si encontrare que hay plena prueba de la existencia del delito, y por lo menos un testigo idóneo o graves indicios contra alguno o algunos, declarará que hay lugar al seguimiento de causa contra éstos, previa audiencia del Ministerio Público".

Artículo 1628: "Si faltaren las pruebas indicadas en el artículo anterior, o alguna de ellas, se practicarán las demás diligencias y se recibirán todas aquellas declaraciones que puedan complementar las referidas pruebas. Mas si no hubiere diligencia que practicar, declaración que recibir, ni cita que evacuar, o si ampliado el sumario en los términos indicados faltaren todavía dichas pruebas, el juez dictará auto de sobreseimiento, declarando sin lugar al seguimiento de causa".

No exige la norma del Tratado, como sí lo hace el artículo 734 del Código de Procedimiento Penal, aplicable solo en ausencia de convención,

que se haya dictado en el país solicitante auto de proceder o su equivalente, sino que obren en el informativo pruebas o elementos de juicio que permitieran, si fuere el caso, un pronunciamiento sobre "seguimiento de causa" en el estado requerido.

También en relación con una solicitud de extradición de un ciudadano iraniano impetrada por los Estados Unidos ante las autoridades de nuestro país, en la que la defensa alegó la ausencia de la copia del auto de proceder, la Corte desestimó la objeción, por existir tratados entre ambos países y no aparecer en ellos esa exigencia (concepto de 26 de septiembre de 1950, Gaceta Judicial LXVIII, páginas 248 a 250).

Se procede, por tanto, a analizar si de los elementos de prueba aportados con la solicitud de extradición o allegados durante el período probatorio del incidente, como también de los que aparecen relacionados en ellos, se puede inferir la comprobación del cuerpo del delito respecto de las infracciones por las cuales se acusa a Edmond Jacques Courtois y a sus compañeros de sindicación, y si existe prueba, en el grado exigido por nuestras normas, atinente a su responsabilidad.

Para hacer este análisis hay que partir de la base de que existe en este caso una acusación vigente, emanada de un gran jurado del país solicitante, referida a los delitos de *fraude de valores, fraude por correos y conspiración* y que ha sido ya objeto de alguna valoración judicial en virtud de los pronunciamientos de los jueces norteamericanos, derivados de la apelación del sobreseimiento en favor de Newman, el cual fue luego revocado, quedando, en consecuencia, subsistentes los cargos.

Y es esta última decisión, o sea la revocatoria del auto de sobreseimiento, la que debe ser tenida en cuenta ahora cuando va a desatarse el trámite de la extradición, pues si se atendiera a la inicial, como lo pretende el defensor, carecería de razón la apertura a prueba que ordena el incidente, la que, obviamente, tiene que ser posterior a la presentación de la solicitud y de sus soportes probatorios aparte de que implicaría un desconocimiento de una situación procesal existente, respaldada por la autoridad judicial del otro país.

Cuerpo del delito

El artículo 310 del Código de Procedimiento Penal dice que lo constituyen los elementos objetivos o externos de la infracción, señalados en la respectiva disposición penal.

En cuanto a pruebas indicativas de la materialidad de los delitos cuya comisión se imputa a Courtois y a los demás coacusados, se encuentran en el expediente las siguientes referencias:

a) Lance Clifton quien, como se dijo, colaboró con la Oficina del Fiscal en la investigación de este caso, dice en su declaración que ésta se basa en los elementos de prueba allegados a la misma y puestos en consideración del gran jurado, tales como: los *registros* de numerosas firmas de corretaje y de bancos estadounidenses y extranjeros; los *registros* de llamadas telefónicas de larga distancia entre Nueva York y Florida; los *registros* pertinentes a la comisión de valores y bolsas de los Estados Unidos; los *registros* de firmas de corretaje ya desaparecidas, como la G. H. Sheppard Inc.; los *registros* del Harvard Club de Nueva York y del New York Athietic Club de la Harvard University y del Federal Reserve Bank. El declarante concluye la relación con la siguiente anotación: "Todos dichos *registros* han sido debidamente legalizados ante un gran jurado federal y algunos de ellos se han adjuntado a la presente" (Fl. 68 del cuaderno No. 3).

b) Ese mismo testigo, al referirse a las cuentas bancarias secretas abiertas por Carniol y Spyropoulos en bancos de Luxemburgo y Suiza, anota: "Los documentos adjuntos a la presente marcados como documentos de prueba 'B' a 'F', son las cuentas que utilizó Carniol para dar instrucciones de compraventa. Los documentos adjuntos a la presente marcados como documentos de prueba 'G' a 'I', son las cuentas de las que Spyropoulos se valió para realizar operaciones de compraventa. Todos estos documentos han sido debidamente identificados y autenticados ante el gran jurado por los empleados competentes de las compañías de corretaje". Agrega que aún no se han identificado las cuentas *específicas* abiertas en Suiza, pero que saben por Antoniu que existen y fueron utilizados (Fl. 71 *ibidem*).

c) Este mismo testigo, al relacionar en su declaración las fechas de anuncio al público sobre planes de adquisición de compañías, objetivo por parte de compañías oferentes, para indicar que las compras de acciones en las compañías, objetivo se hicieran antes de la exteriorización del propósito de compra, añade que eso "se puede deducir fácilmente comparando los distintos estados de cuenta presentados como documentos de prueba en la presente" (Fl. 72 *ibidem*).

d) Este mismo testigo, al referirse a la afirmación que Courtois hizo en el interrogatorio que se le efectuó en el mes de enero de 1981, en

el sentido de que se veía únicamente una vez cada seis meses con Antoniu, expresa: "Los *registros*, cuya presentación ha sido objeto de citación por orden del gran jurado, demuestran que, durante ese lapso de tiempo, los dos se vieron varias veces en determinadas semanas y con frecuencia en algunos meses específicos. Por ejemplo, los documentos que se adjuntan a la presente, marcado como documentos prueba 'I' son *registros* del Harvard Club que indican que ellos jugaban al frontón juntos" (Fl. 74 *ibidem*).

e) Daniel Schatz, quien colaboró con la oficina del Fiscal en esta investigación, al hacer alusión a los dos bonos de tesorería por valor de diez mil dólares cada uno, que se dice entregó Courtois a Antoniu para ser utilizados en garantía a manera de forma para incrementar las cuentas que se utilizaban para compra de acciones (Fl. 123 del Cuad. No. 3), y manifestar que un amigo muy especial del señor Courtois, de nombre Marcelo León, rescató o recuperó esos bonos, agrega: "Los *registros* de varios bancos presentados e identificados ante el gran jurado, demuestran que León rescató al menos dos bonos de la Tesorería de los Estados Unidos, utilizados por el demandado Newman para proveer de fondos la cuenta mediante la cual él hizo las compras ilegales de valores. Los dos bonos de Tesorería en cuestión eran los bonos de Tesorería comprados por Courtois. Adjuntos a la presente se incluyen los *registros* en el orden en que fueron preparados, numerados consecutivamente del 1 al 58. Cada uno de ellos ha sido identificado ante el gran jurado por un empleado de la institución particular que hizo que el documento se preparara" (Fl. 91 *ibidem*). Y efectivamente, del folio 96 al 118 de ese mismo cuaderno número 3, aparecen varias copias de oficios y telegramas, cruzadas entre entidades bancarias, en las cuales se alude, entre otros, a los dos bonos por valor de diez mil dólares cada uno.

f) A folios 47 y 48 del cuaderno número 3, aparece la relación de las operaciones de compra de acciones que allí mismo se atribuye a Courtois/Newman y a Courtois/Carniol, con indicación de la compañía objetivo, la fecha de compra y el número de acciones adquiridas. A folios 44 y 45 de ese mismo cuaderno número 3, se encuentra la relación de comunicaciones de confirmación, atribuidas a Courtois/Newman y a Courtois/Carniol, con sus fechas, destinatarios (entidades bancarias) y compañías objetivo. A folios 34 también de ese cuaderno número 3; se halla una lista de compañías oferentes y compañías objetivo, y qué entidades las representaban. Y a folio 72 del mismo cuaderno 3, puede verse la relación de anuncios al público sobre planes de inversión en esas compañías.

Del análisis comparativo de esos cuadros se deduce que las compras fueron anteriores a la fecha de aviso al público de los planes de adquisición; que las fechas de confirmaciones sobre compra coinciden con las fechas de adquisiciones y con la indicación de las sociedades objetivo; y que de las empresas adquirentes de esas sociedades objetivo cuyas acciones compraron los acusados, cinco fueron representadas por la Morgan Stanley, entidad a la que prestó sus servicios Edmond Jacques Courtois, primero como Jefe del Departamento de Fusiones y Adquisiciones y luego como Vicepresidente. Las negociaciones en bolsas fueron hechas en los años de 1976 y 1977 y Courtois se había unido a la conspiración desde el año de 1975.

En este tipo de operaciones la Morgan Stanley también representó a la Pan Ocean Oil Inc, sociedad que fue objetivo en una de esas transacciones.

g) En la acusación del gran jurado se detallan también, en 37 numerales, lo que allí se denomina actos manifiestos, referidos a entrevistas y llamadas telefónicas entre los coacusados (Fls. 41 y 42 bis *ibidem*).

Por último, también conviene anotar en este aspecto de los elementos materiales del delito, que el declarante Lance Clifton, expresa en su testimonio que "los *registros* y el testimonio (parece aludir al de Antoniu, se aclara) indican que Courtois obtuvo varios cientos de miles de dólares de esta maquinación" (Fl. 73 del cuaderno No. 3).

Pruebas de la presunta responsabilidad

La acusación y los documentos en que se funda ofrecen, en forma satisfactoria, elementos de prueba indicativos de la posible responsabilidad del extraditando.

Indudablemente que una de las más importantes es la declaración del coacusado Antoniu, la cual es descalificada por el señor defensor de Courtois, quien la estima sospechosa e interesada por haber negociado Antoniu su confesión, razón por la cual le resta toda credibilidad entre nosotros.

La demeritación que el apoderado pretende hacer de esa prueba, basado en la censura de haber sido objeto de transacción, no es de recibo, pues ese procedimiento de la "negociación de declaraciones de culpa" es plenamente legal

en el país requirente. Está rodeada de especiales garantías y precauciones, como puede deducirse de las normas que lo establecen, y de lo exhaustivo de interrogatorio a que fue sometido el confesante, según se desprende de la versión taquigráfica que obra a folios 133 a 143 del cuaderno número 3.

Además, el juez puede o no aceptar esa confesión. Los acuerdos hechos entre el sindicado y la autoridad investigativa no obligan al juez. Al declarante confeso puede llamársele a rendir testimonio bajo juramento y de llegar a afirmar falsedades, no estaría excento de responder por el delito de falso testimonio.

Conviene destacar también que ese sistema es considerado como de especial significación para la marcha de la justicia, como se desprende del concepto de la Corte de los Estados Unidos, inserto en la declaración del abogado Edward M. Spiro: "La disposición de cargos penales mediante acuerdo entre el acusador público y el acusado que a veces se denomina 'negociación de declaraciones de culpa', es un componente esencial en la administración de la justicia".

Este mismo abogado, en la declaración a que nos referimos, agrega sobre el mismo tema: "Al pronunciar sentencia en base a un acuerdo de declaración, el Tribunal debe estar satisfecho de que existe fundamento de hecho para la declaración de culpable" (Fls. 196 y 198 del cuaderno No. 4).

El declarante Clifton cita en su testimonio las fuentes de donde obtuvo la información que transmite, que no fueron pocas, de donde ha de concluirse que tampoco es aceptable la descalificación que se hace de su dicho, haciéndolo aparecer prácticamente como un testigo de referencia.

Por otra parte, hay indicios de especial significación como los que se desprenden de la coincidencia de las fechas de confirmación de compras de acciones con aquéllas en que se realizaron, como del hecho de que las operaciones de bolsa por parte de los acusados se hubieran presentado antes de los avisos al público sobre los planes de adquisición, pero con una razonable proximidad, y de la circunstancia de que los valores negociados pertenecían a empresas representadas por la Morgan Stanley.

Otro indicio, también grave, es el que surge de la entrega de los dos bonos del Tesoro de los Estados Unidos por parte de Courtois a Antoniu, ya que las explicaciones que al respecto parece haber dado no satisfagan si se confrontan con las informaciones que recoge la declaración de Schatz, respecto de las pérdidas del negocio de camisas (Fls. 90 del cuaderno No. 3).

También constituye indicio válido el interés de Courtois en ocultar sus frecuentes encuentros con Antoniu, los cuales fueron acreditados con registros de asistencia de los clubes a donde ellos concurrían habitualmente.

De tal suerte que *existen elementos probatorios serios respecto de la posible responsabilidad del señor Courtois en los hechos que son motivo de investigación en los Estados Unidos de América. Desde luego que estas apreciaciones se hacen para los solos efectos de la procedencia o no de la extradición, pues al Estado requerido no le compete calificar la responsabilidad del acusado, aspecto privativo de las autoridades judiciales del Estado que requiere.*

La Corte se aparta de la exegética interpretación que el señor apoderado hace de los términos "fugitivo" y "prófugo", que figuran en los tratados de extradición aplicables al presente asunto, pues su verdadera connotación jurídica es la de sustraerse de la órbita de las autoridades que lo requieren, máxime cuando la persona sabe que está siendo solicitada, y por un Estado, en este caso, cuyo sistema procesal no consciente el juzgamiento en ausencia, con lo que se hace más indispensable la concurrencia del sindicado para la correcta marcha de la justicia.

Aunque las Convenciones de 1888 y 1940, no exigen de manera expresa el requisito de la "doble incriminación", debe no obstante acreditarse, pues él emana de los fundamentos filosóficos y jurídicos de la institución.

Adecuación de las figuras delictivas

Se impone, por último, analizar si los comportamientos atribuidos a Edmond Jacques Courtois se adecúan o no a tipos penales de nuestro ordenamiento legal.

Sea lo primero expresar que la Convención en algunos casos determinó expresamente ciertos delitos de los extraditables, como homicidio, cohecho, aborto, bigamia, pero en otros casos, como en aquellos que son ahora objeto de estudio (numerales 18 y 19 del artículo 1º de la Convención Suplementaria), optó por acudir a amplias descripciones dentro de las cuales pudieran quedar comprendidos concretos comportamientos delictivos.

También hay que anotar que si bien se debe exigir la mayor similitud entre las conductas en comparación, ella no puede ser tal que haya

de traducirse prácticamente en la igualdad. Ello supondría una legislación unitaria, y bien sabido es que la incriminación de conductas, su descripción y su penalidad obedecen a muy diferentes aspectos de cultura e idiosincracia de cada país y a sus distintos apremios por combatir la criminalidad propia, como a los diversos estímulos que surgen de la concepción que se tenga de las razones de política criminal en cada medio.

De otro lado, las convenciones que rigen la extradición en este caso, no exigen que se haga una total adecuación de los varios hechos atribuidos al extraditando respecto de los tipos penales de la legislación del Estado requerido. Basta que uno o algunos de esos comportamientos delictivos encajen dentro de dispositivos del ordenamiento penal del otro país para que proceda, por este aspecto, el otorgamiento de la extradición.

Entonces, aunque algunas de las conductas predicadas del señor Courtois y de sus compañeros de sindicación, podrían configurar entre nosotros, ya el delito de asociación para delinquir, ora el de abuso de confianza, se prescindirá de hacer su análisis con miras a ubicarlas dentro de los numerales 19 y 23 del artículo 1º de la Convención Suplementaria de 1940, pues se advierte con toda claridad que el delito de fraude de valores por el que se le acusa, equivale en esencia a nuestro delito de estafa, y uno y otro caben dentro de la amplia presentación del numeral 19 del artículo 1º de dicho Convenio, invocado de manera expresa por el Gobierno de los Estados Unidos en su solicitud de extradición.

En efecto, los hechos imputados a Courtois, de acuerdo con la exposición y comentarios que de ellos se hace en las piezas probatorias acompañadas a la petición de extradición, y de conformidad con la apreciación que de los mismos se ha venido efectuando en la presente providencia, quedan comprendidos dentro de una de las hipótesis allí descritas y que, para una mayor claridad, puede entresacarse del texto e individualizarse de la siguiente manera: "Fraude de alguna persona que desempeñe cualquier cargo de confianza, cuando la cantidad de dinero o el valor de los bienes mal-habidos exceda de doscientos dólares o de su equivalente en moneda colombiana".

Esto, porque el fraude lleva en sí mismo la connotación del engaño. Y no cabe dudar que constituye engaño el artificioso mecanismo utilizado por Courtois y los coacusados para propiciar circunstancias favorables que contribuyeran a una alza de los valores en bolsa no determinada por normales fluctuaciones del mercado, pues al ser tales valores aumentados ficticiamente antes de hacerse pública la intención de compra de la sociedad a que pertenecían, se le estaba haciendo creer, equivocadamente desde luego, a la compañía oferente que su precio en esa fecha era el producto normal de operaciones corrientes anteriores. Es que los artificios o engaños encuentran acomodo en expresiones más amplias como son las de "medio fraudulento" y "maniobra engañosa".

Perjudicaron de esa manera Courtois y sus compañeros de acusación tanto a las compañías empleadoras, como a las empresas compradoras y hasta a los accionistas de las compañías objetivo que les vendieron inicialmente sus acciones, pues si hubieran tenido conocimiento de lo que iba a suceder, las habrían conservado, a la espectativa de la segura alza.

Y no puede alegarse ausencia de la obligación de informar, pues en el auto de acusación se la dedujeron a Courtois (Fl. 261 del cuaderno No. 6), y ese silencio calculado, teniendo el deber de hablar, constituye ingrediente del tipo penal de la estafa, pues se traduce en uno de los modos de inducir en error.

Si el mantener a una persona en error, aunque no lo haya creado el que así procede, es una de las formas de estafa, también debe serlo el crear ese error por el vacío de la información que se está obligado a dar.

Por cuanto se reúnen los requisitos que para extraditar a una persona requerida consagran los convenios vigentes entre Colombia y los Estados Unidos de América, y habiéndose dado aviso de la petición de extradición al país de origen del solicitado, el cual expresó que no era su deseo intervenir en el trámite (artículo 9º de la Convención de 1888), y ya que no se trata de delitos de naturaleza política (artículo 5º *ibidem*), la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, emite concepto FAVORABLE sobre la solicitud de extradición del señor Edmond Jacques Courtois.

Cópiese y remítase al Ministerio de Justicia.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONEXIDAD. ELEMENTOS. PLURALIDAD DE DELITOS Y RELACIONES ENTRE ELLOS

Nuestro ordenamiento penal no señala los casos de conexidad, como sí lo hacen otros ordenamientos, v. gr. el italiano. Esto significa que corresponde a la doctrina definir tales eventualidades, como lo ha venido haciendo la llamada conexidad "paratática"

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 36 de junio 3 de 1982.

Proceso número 26836.

Vistos

Contra la sentencia fechada a veintisiete (27) de enero de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y por medio de la cual confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa misma ciudad, por medio de la cual se condenó a Aquilino Cendales Campuzano y a Jesús María Cendales Campuzano, a la pena de diez (10) años de presidio, a Emilio Cendales Campuzano a siete (7) años de presidio, a María Elisa Niño Torres a treinta y cinco (35) meses de presidio, a Delfina Niño Torres a diecisiete (17) meses de prisión, a Jaime Enrique Ruiz Sierra a diecinueve (19) meses de prisión, a German Jaimes a diecinueve (19) meses de prisión y a Crescencio y/o Santiago Sierra Parra a veinticuatro (24) meses de prisión, más, para todos ellos, el pago de perjuicios y las sanciones accesorias correspondientes, a los tres primeros por el delito de robo agravado y a los restantes por el de encubrimiento, por hechos ocurridos en la mencionada ciudad y en Bogotá, en los meses de abril y siguientes de 1977, interpuso en tiempo oportuno el defensor de Emilio Cendales Campuzano el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala ante la cual lo sustentó debidamente.

Hechos y actuación procesal

En fecha no determinada llegaron a Pasto varios individuos que tomaron en arrendamiento a Vicente Florencio Rodas Torres, un local y un corredor, situados en la calle 19 No. 25-51 de la mencionada ciudad donde instalaron una cafetería a la que llamaron "La Caleñita" en la cual se dedicaron a vender café, empanadas, tamales y otras cosas propias de un negocio de esa especie. Dos de esos individuos dijeron llamarse Samuel Chaparral y José González, quienes entablaron relaciones de amistad con varias personas, entre ellas Gloria Guzmán Muñoz, con quien llegó a intimar carnalmente el primero de ellos.

Mientras atendían el negocio en cuestión, en una parte del corredor interior, que habían cerrado previamente con tablones, se dedicaron a cavar un túnel con el cual llegaron hasta la bóveda del Banco de la República, sucursal de Pasto, que se encontraba unas decenas de metros más allá, en la misma calle, no permitiendo que nadie entrara a los lugares donde tenía efecto esa operación que vino a culminar el 23 de abril de 1977 cuando, presumiblemente en las horas de la madrugada, lograron sacar de la bóveda en cuestión una cantidad de billetes que fue calculada en $ 88.670.000.

El día veinticinco (25) el gerente de la entidad bancaria se dio cuenta de la sustracción y, de inmediato, puso la denuncia que dio origen al presente proceso.

Por causa de tal hecho y para recuperar lo robado, se montó un operativo a vasta escala, habiéndose logrado saber que parte del dinero había sido traído a Bogotá, en donde, dentro de dos cajas de cartón y una tula, fue llevado a casa de Carmen Cecilia Cuadros de Mendoza por Emilio Cendales Campuzano, acompañado por Elisa

y Delfina Niño Torres, quienes le solicitaron a la dueña de casa les arrendara una pieza, hecho que tuvo lugar el 25 de abril del año mencionado o sea 1977. El 9 de junio de ese mismo año Emilio retiró la tula y días después doña Cecilia se encontró con Elisa a quien le pidió que sacara las cajas prometiéndole ésta que lo haría, pero antes de llevarlo a cabo se hizo presente el Mayor Navarro, quien preguntó por las cajas y, junto con el Teniente Barrios que lo acompañaba, las abrieron y se cercioraron de que contenían dinero en billetes por lo cual dejaron personal que vigilara desde el interior de la casa para sorprender a quienes fueran por ellas conviniendo con la dueña en que les haría una señal tan pronto se presentaran, pero cuando el 22 de junio del año que se viene mencionando llegaron Emilio Cendales y otros dos sujetos, los miembros de la Policía no se dieron cuenta de su presencia bien porque la Cuadros de Mendoza no les hiciera la señal, ora porque no la vieron, pero lo cierto es que fueron sacadas las cajas y cuando el Sargento Rodríguez y el Teniente Barrios se dieron cuenta de lo ocurrido y salieron a la calle, ya el vehículo en que fueron Emilio y sus compañeros había desaparecido. Cuando horas después lograron localizarlo y capturar a Emilio solo encontraron las cajas vacías y algún dinero.

Tales elementos fueron hallados en casa de Emilio, lo mismo que dos recibos, uno por dos millones y pico de pesos y otro por doscientos mil, firmados por Emilio y Germán Jaimes.

En la misma casa encontraron los agentes, a más de las cajas, billetes de doscientos pesos por un total de $ 80.000 y de veinte pesos por $ 3.400.

Varios declarantes residentes en Pasto reconocieron en fotografías a Equilino y Jesús María Cendales Campuzano como Samuel Chaparral y José González o sea los individuos que habían instalado en Pasto la cafetería "La Caleñita" y que no permitían entrar al interior de dicho local en el que, muchos de aquellos, oyeron repetidamente ruidos extraños.

También algunos de esos declarantes señalan que el que se hacía llamar Samuel o sea Aquilino Cendales, era cojo y el otro tenía una deformidad en el dedo índice de la mano derecha.

Se logró establecer que Aquilino había sido empleado del Banco Popular en Bogotá y Pasto y sufrido una fractura del fémur derecho, por lo cual padecía de claudicación en la marcha.

También en fotografía fue reconocido Jesús María Cendales Campuzano quien, según una de las testigos (Ana Carlota García Jiménez Fl. 1.500) fue visto varias veces en casa de Elisa Torres Niño en los días de la Samana Santa de 1977.

Es de advertir que ni Jesús María ni Aquilino Cendales Campuzano, han sido capturados hasta el momento, ni recuperado el resto del dinero extraído de las bóvedas del Banco de la República de Pasto.

Interrogado sin juramento Emilio Cendales Campuzano, niega toda participación en dicho delito y asevera que hace mucho tiempo no ve a sus hermanos Aquilino y Jesús María. Acerca de las cajas de cartón encontradas en su domicilio, dice que las había comprado en el LEY y que la tula se la prestó su cuñada Elisa. No niega conocer a Cecilia de Mendoza ni haberle tomado en arrendamiento un apartamento.

En diligencia de careo con uno de los testigos y al preguntársele por el recibo por la suma de $ 2.326.000, dice que en el último viaje que hizo a los Llanos y a pedido de su amigo Jaimes, se entrevistó en Villavicencio con un señor Rubén N., quien le entregó una maleta que, al abrirla en casa de Germán se vio contenía dinero que este individuo contó y luego le expdió el recibo de marras.

Según informe del Dipec, este Jaimes Jaimes fue la persona que guardó en su casa de la carrera 77B No. 60-53 de Bogotá la suma de dos millones y pico ya anotada, la que fue trasladada allí de la casa de Carmen Cecilia Cuadros de Mendoza. También se estableció que la esposa de Jaimes, Fanny Sarmiento tenía varias cuentas bancarias en las que movió sumas considerables con posterioridad al nueve de junio de 1977, fecha del traslado del dinero a casa de su marido (Fls. 1.664 y 1.692). Al interrogársela sobre el particular dice que aquella cantidad es fruto de la venta de dos casas.

Uno de los que acompañaron a Emilio Cendales a retirar el dinero de casa de la Mendoza, Jaime Enrique Ruiz Sierra, también aparece con cuentas bancarias en que mueve crecidas cantidades de dinero sobre las cuales dice se las dio Cendales por la operación de ir a retirar las cajas de la casa de la mencionada mujer (Fl. 938). El otro acompañante fue Crescencio o Santiago Sierra.

Con base en estas pruebas y otras más que no se mencionan por innecesarias a los fines de esta providencia; el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, por auto de 2 de mayo de 1978, llamó a responder en juicio a Aquilino

Cendales Campuzano, Emilio Cendales Campuzano, Jesús María Cendales Campuzano, María Elisa Niño Torres y Jaime Enrique Ruiz Sierra, por el delito de robo y a Delfina Niño Torres, Crescencio o Santiago Sierra Parra y Germán Jaimes Jaimes, por el de encubrimiento. Sobreseyó definitivamente en favor de Antonio Angulo y Fernando Sepúlveda Izquierdo y temporalmente en el de Salomón Muñoz García y Euclides Forero Angulo.

Fue recurrida dicha providencia, primero en reposición y luego en alzada, pero el juez y el Tribunal la mantuvieron. Este último resolvió la apelación en providencia de 8 de junio de 1979.

Adelantada la causa, el Juzgado fijó fecha para audiencia que tuvo lugar el 26 de junio de 1980 y una vez terminada, se procedió a dictar sentencia de mérito en la fecha que se deja atrás mencionada o sea el 20 de septiembre del año que se acaba de citar.

En esta decisión, el Juzgado hizo un detenido análisis de las pruebas que obran en el abultado expediente levantado durante la investigación y el juicio y en una de las partes principales de la providencia resumió las que obran en contra de cada sindicado.

Termina condenándolos a las sanciones que también se dejan mencionadas al comienzo de la presente providencia.

De la de primera instancia apeló Emilio Cendales Campuzano y para que se resolviera el recurso se envió el proceso al Tribunal Superior de Pasto que, luego de dar trámite legal a la alzada, profirió la sentencia que ahora es objeto de casación.

En esta y en la parte pertinente a Emilio Cendales, advierte el *ad quem* que "su presencia en el teatro de la infracción no es manifiesta en forma directa por los testigos que sí hablan de la permanente presencia de los procesados Aquilino y José María Cendales Campuzano; mas sin embargo, su participación en el relato se infiere por indicios anteriores y subsiguientes al mismo".

Hace luego la enumeración de éstos, señalando el de que (según él mismo lo admite) estuvo en Pasto en el tiempo en que sus hermanos tuvieron arrendado el local que les sirvió de punto de partida para comenzar el túnel, luego el de que fue el propio Emilio Cendales a "encargar' (sic) el dinero, en Bogotá, a casa de Cecilia Cuadros Mendoza, después de lo cual regresó a sacarlo de allí, una parte el 9 de junio del año ya mencionado y otra el 22 del mismo mes y, por último, las cajas y la tula en que estuvo depositado, fueron encontradas vacías, en la propia casa del procesado.

Otro indicio señalado por el Tribunal es haberse encontrado en dicha casa el retrato que a Jesús María Cendales se le tomó en la foto "Luz y Sombra" de Pasto, lo que, a juicio del *a quo*, demuestra la convivencia en que ambos estuvieron, agregándose a ello que, según los testigos que en este aparte de la sentencia se menciona, Emilio y Jesús fueron vistos juntos en la ciudad que se acaba de mencionar durante la Semana Santa "indicios, remata el Tribunal, que se aunan para formar el juicio de reproche en contra de Emilio Cendales Campuzano como autor del delito de robo al Banco de la República, en el grado de culpabilidad que determina el artículo 19 del Código Penal".

Examina, en seguida, la situación de Elisa Torres Niño, a quien considera cómplice del delito que se acaba de mencionar, por cuanto, conociendo que iba a ser ejecutado, se avino a prestar una ayuda posterior para que no fuera descubierto uno de los coautores.

Y luego termina el Tribunal esta parte de la sentencia diciendo:

"7º Concerniente a la calificación que ha hecho el *a quo* de los demás procesados y en la forma que lo ha hecho, el Tribunal así mismo no tiene nada qué objetar. En el proceso se hallan las pruebas conducentes para tal enjuiciamiento. Delfina Torres Niño, la amante de Emilio Cendales, como dato singular, fue la única de los indagados en Bogotá que hizo saber al instructor el traslado de las cajas y la tula a la casa de Cecilia Cuadros de Mendoza, cuestión que tuvo lugar en el mes de abril de 1977 y fue Emilio quien después de llevar tales implementos en el carro de su hermana Elisa, pidió permiso a doña Cecilia para dejar en su casa las dos cajas y la tula en las cuales se habían depositado los fajos de billetes robados al Banco de la República de la ciudad de Pasto, conforme a las observaciones de los miembros del DIPEC, desjués de cuya operación la fueron a dejar en su casa de habitación y continuaron en el vehículo, Emilio y su hermana, siendo esta la razón primordial que nos haga inferir su falta de complicidad en el resto principal, pero sí su participación como encubridora, actividad conexa con el robo, calificación esta última y en el mismo grado de conexidad, corresponde a Crescencio o Santiago Sierra Parra, Germán Jaimes y

Jaime Enrique Ruiz Sierra. Sus conductas observadas son un claro reflejo de que ellos no participaron en el robo tantas veces aludido, no cooperaron en la ejecución del hecho, ni prestaron ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo; su actividad se concretó a ocultar o ayudar a ocultar o asegurar el fruto del robo y entonces bien hizo el *a quo* en considerarlos como receptores". (Fl. 3944).

Los anteriores apartes los tomó el Tribunal de la providencia por medio de la cual confirmó el auto de proceder, según se deja dicho y a este propósito agrega que las razones allí consignadas no fueron rebatidas en la etapa de la causa, por lo cual conservan su vigencia y llevan a la Sala a confirmar la decisión recurrida.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Cinco cargos presenta el actor contra la sentencia recurrida, enmarcado el primero de ellos en la causal cuarta y los restantes en el segundo aparte de la segunda de casación.

Se resumen en seguida y, con cada uno de ellos, la respuesta que les da el Ministerio Público, representado en el presente recurso extraordinario por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Causal cuarta. - Cargo único. Lo hace consistir el demandante en haberse dictado la sentencia, según su concepto, en un juicio viciado de nulidad. Lo formula de la siguiente manera:

"Sin competencia legal, los juzgadores de las instancias conocieron en un mismo proceso de delitos inconexos y, por consiguiente, obraron sin competencia, lo cual constituye vicio de nulidad de lo actuado a partir del auto de calificación del sumario, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto".

Al sostener la censura advierte:

"Conocido es, que de acuerdo con la ley, la investigación y fallo por delito o delitos cometidos por una sola persona, se realiza en un solo proceso, si hay conexidad en el caso de dos o más infracciones.

"Igual cosa se hace cuando se trata de un solo delito cometido por una o varias personas.

"Pero nunca es permitido que se adelante un solo proceso para el juzgamiento de dos o más delitos cometidos separadamente por varias personas".

Luego de citar, a este propósito, lo dicho por un autor colombiano, termina diciendo:

"Doctrinariamente el juzgamiento en un solo proceso de los delitos conexos, busca, a más de la economía procesal, la vía para que la dosificación de la pena correspondiente a los distintos ilícitos punibles se cumpla por el sistema de la acumulación jurídica, a efecto de impedir el cúmulo aritmético de las sanciones correspondientes a cada infracción.

"Obviamente implica lo anterior que las distintas violaciones de la ley penal sean imputables a un mismo procesado o a varios por ser coautores o cómplices en las mismas.

"Pero jamás puede hablarse de esa acumulación jurídica de las penas, cuando se trata, como ocurre en este proceso, de varios delitos, cometidos unos por un grupo de personas y otros por individuos distintos, pues lógicamente esa finalidad de dicha acumulación jurídica de las sanciones nada tiene que ver en este supuesto".

Y más adelante agrega:

"El encubrimiento de que fueron acusados varios individuos, no tiene conexidad alguna con el delito de robo por el que otros fueron llamados a juicio y por el juzgamiento en uno y otro caso ha debido realizarse en forma separada".

En forma extensa se refiere al Procurador Primero Delegado Penal a esta censura, expresando, en sus apartes fundamentales, lo que sigue:

"Si bien es cierto, dice el Ministerio Público, que con frecuencia se ha afirmado que entre un delito y su consecuente encubrimiento no existe conexidad, entre ellas por las razones que aduce el casacionista, no lo es menos que habría buenos fundamentos para llegar a conclusión contraria. En efecto, no puede concebirse un encubrimiento sin la existencia previa del delito que se encubre, de donde surge un nexo entre los dos ilícitos de consecuente-antecedente, por cuanto el segundo delito requiere como supuesto indispensable la presencia del primero. Es, en cierta forma, si se permite la licencia, la misma conexidad consecuencial, sólo que vista desde el ángulo opuesto. Por esta, vía forzoso es concluir que el encubrimiento es un delito conexo con el delito encubierto".

Agrega que nuestra ley hace referencia a la conexidad, pero que las distintas formas de la misma han sido de creación doctrinaria, lo que indica que éstas no son exhaustivas ni de obligatoria aceptación.

Y se refiere, en seguida, al hecho de que no sólo exista esta clase de conexidad sino también aquella que se refiera a los medios de prueba. "Nadie podrá negar, expresa a este propósito, que esta clase de nexo entre los delitos de que da cuenta este proceso es incuestionable, pues la prueba de imputación del principal ilícito con respecto a algunos de los procesados, es la misma que dio lugar a atribuir el delito contra la administración de justicia a otras personas''.

Agrega que aunque se negara la conexidad entre los delitos mencionados, habría otras razones para la unidad de proceso, la primera de las cuales podría ser una especie de prejudicialidad penal que supondría, dice el Procurador, la aplicación analógica del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, "pues el proceso de encubrimiento no podría ser fallado hasta llegar a la conclusión de que el hecho encubierto constituye infracción penal. En segundo lugar, continúa diciendo, la hipótesis de acumulación de procesos prevista en el numeral segundo del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene cabida en los casos como en el presente, en el supuesto hipotético de que se niegue la conexidad entre los dos delitos, pues sólo puede ser fallado cuando se haya decidido sobre el ilícito principal".

Plantea luego la consideración de que, según doctrinas de esta Sala, la violación del principio de unidad procesal sólo constituye una irregularidad o informalidad menor por cuanto la responsabilidad, en todo caso, es individual en el caso de coparticipación, e independiente respecto de cada infracción, por lo cual la tramitación de dos ilícitos en un mismo proceso no atentaría contra ningún principio fundamental.

A lo cual agrega que la conexidad persigue ante todo fines prácticos, por lo cual si se aceptara que se pretermitieron formalidades procesales, esto sería irrelevante, "pues tradicionalmente la jurisprudencia ha indicado que tales informalidades sólo generan nulidad cuando con ello se desconoce el derecho de defensa, cosa que nadie ha insinuado en el presente caso".

Y termina diciendo:

"Además de todo lo anterior, plantea el Ministerio Público una inquietud sobre la legitimidad del actor para invocar la nulidad. Siguiendo los planteamientos del recurrente, la nulidad estribaría en la falta de competencia del Juez de Pasto para juzgar el delito de encubrimiento; si esto es así, ¿con qué derecho procesal pide esa nulidad el defensor de una persona que no fue condenada por este ilícito? Vale decir, la solicitud está encaminada a modificar el juzgamiento de otras personas que no recurrieron y que en ningún momento ha representado el impugnante. Más aún, en el supuesto de que los planteamientos fueran válidos, en momento alguno modificarían la situación procesal del poderdante del acto, lo que permite concluir que éste carece del necesario poder ,impugnatorio respecto a esta concreta petición".

Causal primera de casación. Primer cargo.

Dice el censor que en la sentencia acusada se incurrió en error manifiesto de derecho (sic) al darle la calidad de indicios a hechos que, por no estar plenamente probados, no alcanzaron esa condición jurídica. Se refiere a la información "arrancada" (sic) a Carmen Cecilia Cuadros de Mendoza, quien relata que fue víctima de insultos y rudezas de trato, como sacarla prácticamente en interiores de su casa y llevarla en esa forma a recorrer los barrios del sur, así como también de amenazas para que dijera quiénes habían sacado de su casa las dos cajas, pese a la vigilancia que en ese momento ejercía la policía.

Sobre este particular expone el actor que "la dicha versión comentada jamás puede tener el alcance de plena prueba para desprender de ella ese hecho indicador de supuesta responsabilidad del señor Emilio Cendales Campuzano, razón por la cual, dice, se violó el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, lo que llevó a la indebida aplicación de la ley penal sustantiva.

Replica la Procuraduría que un error de técnica impide ocuparse de este cargo, pues no existe aquí error de derecho, como dice el actor, pues la ley no fija en ninguna parte el valor probatorio del indicio, que, por el contrario, es de libre apreciación del juzgador ni se ha faltado en el presente caso al rito de aducción de la prueba criticada, que son las dos únicas formas, como según esta Sala, se presenta el error de derecho en la valoración de la misma.

Pero, haciendo caso omiso de la falta de técnica en la formulación de este cargo, el Ministerio Público pasa a examinarlo diciendo que no sólo por la declaración de Carmen Cecilia Cuadros de Mendoza está probada de autos la presencia y conducta de Emilio Cendales en el lugar donde depositó el dinero, o sea la casa de dicha señora, sino también por las declaraciones de los agentes de policía que participaron en el operativo y vieron el dinero o por la de Delfina Niño de Torres, quien hace cargos concretos a

dicho procesado sobre el particular. Además, la sentencia no sólo se basó en esto sino también en indicios diferentes.

Segundo cargo. Ya bajo la denominación de error de hecho, atribuye el censor a la providencia recurrida haber tomado como indicio de la participación de su representado en el robo que se juzga, el haber estado en Pasto por la época del mismo, ya que él, dice, explicó en forma satisfactoria dicha circunstancia.

Replica brevemente la Procuraduría reiterando que la sentencia, por lo que hace al recurrente, no se basó sólo en ese indicio sino en muchas otras pruebas, especialmente en "la concatenación ordenada y lógica de diversos hechos indiciarios".

Tercer cargo. "Es yerro manifiesto de hecho, además de haberlo sido de derecho, como se dejó analizado atrás el tener la versión de que la testigo citada como prueba de que mi representada le dejó a guardar en su casa las ya referidas cajas de cartón a más de una tula, que se dice eran contentivas de dinero, puesto que la versión resulta totalmente increíble según lo ya dicho".

El Procurador responde diciendo que para contestar ese cargo es suficiente recordar que, según ha dicho la Corte, "es inadmisible proponer conjuntamente los errores de hecho y de derecho en la estimación de una misma prueba" (Casación de 31 de agosto de 1972).

Si a ese error de técnica, dice el Procurador, se agrega que el censor ni siquiera se tomó el trabajo de demostrar el cargo, se concluye que éste no puede ser estudiado.

Cuarto cargo. Estima el casacionista que constituye error de hecho tener como verídica la identificación que algunas personas hicieron de las cajas que contuvieron el dinero.

"Ni siquiera se tomó el trabajo, dice la Procuraduría, de decir cuáles fueron esas personas, pues la credibilidad en este caso ha debido predicarse de cada uno de los declarantes en particular, lo que nos lleva a afirmar que este cargo quedó totalmente huérfano de demostración. Además, nadie ha negado que también los objetos pueden ser reconocidos e identificados".

Por todas las razones expuestas y que se dejan arriba resumidas, concluye la Procuraduría que deben rechazarse todos los cargos y desecharse la demanda.

Consideraciones de la Corte

En el orden de su formulación, por ser el que impone la técnica del recurso, examinará la Corte los cargos que se han hecho por el actor a la sentencia recurrida, con la advertencia de que los formulados bajo el amparo de la causal primera sólo serán analizados de rechazarse el que se presenta en el ámbito de la cuarta, que es el que ha de verse en primer término.

Causal cuarta. Cargo único. La esencia de esta censura la hace consistir el actor en el hecho de haberse adelantado y fallado en un solo proceso lo concerniente al delito de robo y al de encubrimiento, proceder que considera violatorio del mandato legal contenido en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, que establece la unidad de proceso penal.

Niega el demandante que se trate, en este caso, de delitos conexos, porque, según se deja dicho en el resumen de sus argumentos, si bien reconoce que los delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, no acepta que los de robo y encubrimiento lo sean, porque, a su entender, no se presenta la figura de la conexidad cuando cada delito es cometido por persona o personas distintas a las que ejecutaron el otro o los otros. Es decir, se basa en la separación de los autores o partícipes de cada uno de los ilícitos implicados.

La Sala no considera viable este planteamiento y en esto comparte los razonamientos que, a este propósito, ha hecho la Procuraduría, a los cuales agrega los siguientes:

Nuestro ordenamiento penal, si bien se ocupa en el Código de Procedimiento de la conexidad, sea para establecer la competencia en caso de que este fenómeno se presente (Art. 39, C. P. P.) o para decir cómo se investigan y fallan los delitos conexos, no señala los casos de conexidad, como sí hacen otros ordenamientos, verbo y gracia, el italiano (Art. 45 del Código de Procedimiento Penal).

Esto significa que corresponde a la doctrina, como bien lo anota la Procuraduría, definir tales eventualidades, y así lo ha venido haciendo, entre otros casos, en las providencias que ella menciona (julio 5 de 1977 y diciembre 12 del mismo año).

Sobre el particular hay que decir que existen tres fenómenos que tienen ámbitos parcialmente superpuestos, por lo cual suele confundírseles, o al menos, se les diferencia con dificultad. Son ellos: el concurso de delitos, la conexidad sus-

tancial de ilícitos y la conexidad procesal. Suele añadirse el delito continuado que, para algunos autores, es sólo otra forma de conexión de ilícitos.

La expresión "conexidad sustancial de delitos" implica, en primer término, la existencia de varios delitos bien sea cometidos por una misma persona o por personas diversas.

Es decir, requiere que cada hecho tenga una descripción típica autónoma, razón por la cual no entra en este concepto el llamado "delito complejo", que, aun cuando compuesto de varios comportamientos tipificados por separado, la ley los aúna en una sola figura delictuosa, suprimiendo su individualidad: tal el caso del hurto calificado con violencia a las personas.

Pero además de la pluralidad y autonomía de los delitos, se requiere que exista entre ellos una determinada relación. O sea que los elementos de la conexidad son dos: pluralidad de delito y relación entre ellos.

Muchas han sido las opiniones expuestas sobre la naturaleza del primero de esos elementos desde la que partiendo de un punto de vista puramente naturalístico, sólo considera pluralidad la ejecución de hechos diferentes, sin tener en cuenta las normas que los describen, hasta la de los que, anteponiendo la consideración normativa, sólo ven pluralidad en los casos en que varias normas describen de diversa forma un mismo hecho (concurso ideal) o entren a separar, entre sí, varios hechos (concurso material, delito continuado).

Este último parece ser el enfoque más adecuado. De modo que habrá tantos delitos cuantas normas descriptivas o tipificadoras autónomas puedan aplicarse al episodio que se juzga, salvo el caso ya mencionado del delito complejo.

El otro elemento señalado es la relación entre esos hechos. Generalmente se exige que los diversos comportamientos contemplados tengan un elemento común.

En el caso de la conexidad sustancial que se viene examinando, ese elemento debe ser de esta índole, esto es, sustancial, o lo que es lo mismo, descrito o implícito en la norma penal.

Ese nexo entre delitos puede ser de naturaleza subjetiva, en aquellos casos en que el vínculo se refiere a las personas de los imputados o también objetivo, cuando se considera, primordialmente, los delitos que están juzgando. Puede ocurrir que la conexidad tenga simultáneamente esos dos caracteres. O que el nexo sea de índole puramente psicológico, caso en el cual también habría que hablar de conexidad subjetiva.

Esta es, precisamente, la nota distintiva entre la conexidad sustancial de delitos y la puramente procesal. Aquélla deriva del nexo de caracteres típicos o sustanciales, expresos o tácitos, común a las diversas figuras jurídicas implicadas. Esta no requiere que el elemento común sea de naturaleza sustancial.

Pasando a la conexidad procesal y sobre los planteamientos que se dejan hechos, puede decirse que en ésta el lazo que une los diversos delitos, si bien debe tener importancia jurídica para los efectos del proceso, no es necesario que sea de índole sustancial.

Se dice esto porque si bien toda conexidad sustancial es también de carácter procesal, la inversa no es cierta, o sea que no toda conexidad procesal es también una conexidad sustancial.

En la conexidad procesal impera, más que el concepto de que el elemento común entre los delitos hace necesario unirlos, el de que es conveniente hacerlo, o, como expresa un autor (Leona) "un nexo particular previsto por la ley que aconseja la reunión o la acumulación de ellos (los procedimientos)". O, como diríamos en referencia a nuestro derecho: los fines de la justicia hacen conveniente que se conozcan en un solo proceso.

Es decir, que la conexidad procesal es mucho más amplia que la sustancial, porque no sólo abarca los casos de ésta sino otros que nada tienen que ver con la descripción típica de los delitos implicados en la relación.

Ejemplos de conexidad tanto procesal como sustancial podrían ser los siguientes:

a) Varios delitos cometidos al mismo tiempo por varias personas reunidas, siempre que no se dé la hipótesis de concurso de varias personas en ninguno de ellos (Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I, pág. 398, Pagliaro, I Reati Connessi, pág. 26).

b) Delitos cometidos por varias personas en daño recíproco, verbigracia, *lesiones personales recíprocas, injurias,* idem, *etc.*

c) Delitos cometidos con ocasión de otros. Es la llamada comúnmente "conexión ocasional", de que se ocupan casi todos los tratadistas para decir que existe cuando un delincuente aprovecha la ocasión de un delito o se ve forzado en tal

momento a cometer otro, verbigracia, *el que entra a cometer un robo y ejecuta también una violación carnal.*

Más interesantes, por venir al caso que se está juzgando, son las siguientes:

d) Delitos cometidos para ejecutar otros. Se trata de la conexión denominada teleológica, ya que implica la existencia de un delito medio y de un delito fin. Nuestro código prevé esta situación tanto en forma genérica, como una circunstancia de agravación punitiva en el numeral 12 del artículo 66 del Código Penal o como agravante específica en algunos casos, como el numeral segundo del artículo 324 (agravación punitiva del homicidio).

e) Delitos cometidos para conseguir o asegurar el precio o el producto de otros delitos (numeral 12, Art. 66 C. P. y 2º Art. 324 ibidem). *A este tipo de conexidad se la llama "consecuencial", porque se enfoca, ante todo, el episodio final de la conducta delictuosa.*

f) Delitos imputados a la misma persona por el nexo de la continuación. Desaparecida del nuevo código penal esta figura que el anterior contempla en su artículo 32, interesa señalar que este es un caso de conexidad de tipo procesal ya que se trata de hechos punibles autónomos que sólo tienen un nexo común, de carácter psicológico, pero que no alcanza a constituir elemento del tipo, a saber, el plan o proyecto del delincuente, o como decía el código de 1935, el "designio criminoso".

g) Delitos en que la prueba de uno influya en la de otro. Es esta la forma más pura de conexidad procesal, puesto que los delitos no tienen entre sí ningún nexo sustancial ni formal.

h) Algún autor (Leone) enumera entre las formas de conexidad el caso de dos o más procedimientos distintos que se siguen contra la misma persona por imputaciones totalmente diferentes. Entre nosotros, esta situación corresponde a la acumulación de procesos y no a la conexidad, diferenciándose de ella en que tales procesos no pueden reunirse en uno solo desde el comienzo, como sucede en los otros casos sino una vez calificadas las investigaciones que deben iniciarse separadamente.

Se ha intentado, sin mucho éxito, elaborar una teoría general sobre la conexidad que suministra ideas sencillas para señalar en qué casos existe y someterla a reglas uniformes.

Esto no ha sido fácil porque el legislador persigue fines distintos que no admiten un común denominador. Así, unas veces busca la comunidad del material de pruebas, como en los casos enumerados atrás bajo las letras a), b) y c).

O trata de evitar fallos contrapuestos, como en el de varias personas que toman parte en un mismo delito ya mencionado

O finalmente, se necesita aplicar una agravante, como en los casos d) y e) que se refieren a las circunstancias de agravación punitiva, bien sea de carácter genérico o específico.

Algún autor (Pagliaro) ha dividido la conexidad sustancial en tres especies: teleológica, paratática e hipotática.

Aquella se presenta en los casos en que una misma persona ejecuta varios delitos unidos por un nexo de medio a fin, es decir, que se encuentran en la misma cadena finalística, por ejemplo: homicidio para cometer un robo. El fin último del culpable es uno solo: el robo.

Exige, como una condición, fuera del nexo psicológico que se acaba de mencionar, que los delitos se realicen en momentos diferentes. De ahí que excluya de esta modalidad y de la conexidad, en general, el llamado "concurso ideal", afirmación que es rebatida por otros autores.

En la conexidad paratática no existe una sola cadena finalística sino dos que coinciden en determinado momento y siguen juntas hacia un fin único. Tal es el caso de un delito cometido para asegurar el producto de otro. Este no es ejecutado para ocultar el primero sino que incide sobre un elemento separado de éste, que es el producto o el provecho o el precio remuneratorio. Por eso a los delitos comprometidos se les da el nombre de "coordinados".

La tercera especie, o sea la llamada "hipotática", también contempla dos cadenas finalísticas, como la anterior, pero a diferencia de lo que ocurre en ésta, no se sobreponen en ningún momento. Se trata del caso de un delito cometido para ocultar otro, verbigracia, *un homicidio ejecutado en el testigo de un robo. El primero se desarrolló por su cuenta, o mejor dicho, dentro de su propia cadena finalística, por ejemplo, cumplir una venganza. El segundo está en la suya, que puede no tener nada qué ver con la primera. Pero este último delito no se hubiera llevado a cabo de no cometerse el primero, de modo que, en cierta forma, le está subordinado.*

Dados estos caracteres, convienen los autores en que el segundo delito puede ser cometido por persona diversa (Pagliaro 72).

En los casos de conexidad sustancial es preciso tener presente que los diversos episodios delictuosos están envueltos en una sola motivación finalista. Vale decir, todos ellos se hallan unidos en un propósito determinante final que los unifica.

Estas ideas son perfectamente aplicables al caso de autos, en que se plantea por el actor la cuestión básica de que existe nulidad por incompetencia del juez a causa, según él, de haberse fallado por el Cuarto Penal del Circuito de Pasto este proceso en que se investigó al lado del delito de robo cometido en esa ciudad, uno de encubrimiento, llevado a cabo en la capital de la República, siendo así, que en su concepto, no se trata de hechos ilícitos conexos.

Esta última aseveración es, a juicio de la Sala, que en ello como en lo demás de sus apreciaciones, está de acuerdo con la Procuraduría, totalmente infundada.

En efecto, ya atrás se vio cómo, entre las diversas formas de conexidad sustancial, está la llamada "paratática", en la que dos cadenas finalistas se juntan en determinado momento, configurando dos delitos que, si bien son distintos en su origen y separables en su ejecución, coinciden en determinado momento, pudiéndose hablar de que, entre ellos, en tal etapa, existe coordinación.

Tal es el caso, presentado ya también como ejemplo en el lugar respectivo, del encubrimiento llamado "real", que tiene por objeto ocultar o expender las cosas robadas, ayudando, así, no sólo a que el ladrón eluda la acción de las autoridades, o haciendo más difícil la labor de éstas, sino también contribuyendo a la consumación del delito, al hacer que el agente del mismo consiga plenamente sus fines y se agote, así, la lesión al derecho patrimonial afectado.

No en vano el encubrimiento, particularmente en la forma que se acaba de mencionar, aunque también en su modalidad personal, esto es, el ocultamiento de los agentes y partícipes del delito, fue considerado por algunos códigos, como el penal francés y también por ciertos autores, por ejemplo Carrara, como una modalidad de coparticipación delictuosa.

Frente a esta tendencia, seguida por otros ordenamientos penales y también por otros tratadistas, se presentó la de tenerlo como un delito autónomo.

Pero de ningún modo como algo totalmente distinto del ilícito encubierto. Porque si se echa una ojeada al aspecto psicológico, particularmente en el robo, se ve que rara vez el ladrón no cuenta con el encubridor, sobre todo si tanto en uno como en otro caso, se trata de un ladrón y de un encubridor habituales. Aquél se decide a robar porque cuenta con éste.

Y, en muchas oportunidades, aunque no se trata de delitos habituales, puede verse que, en delitos previamente planeados con minuciosidad, una de las etapas más detenidamente consideradas es la de los posibles encubridores y la forma como se va a efectuar el ocultamiento y disposición de la "res furtiva".

O sea que, como atrás se anotó, existe un hilo psicológico que une la acción de ladrones y encubridores y unifica el episodio desde el punto de vista subjetivo.

De otro lado y por el aspecto objetivo, el encubrimiento tiene carácter accesorio o subordinado. En efecto, no puede sancionarse la conducta encubridora si previamente no se ha determinado la ilicitud del acto encubierto, pues, sin esto, los actos encubridores, por ejemplo, el expendio de la cosa, el depósito de la misma aun en lugar oculto, etc., resultarían perfectamente lícitos.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que, lejos de poder considerarse insólito el hecho de que se juzguen en un mismo proceso el encubrimiento y el delito encubierto, resulta este fenómeno no sólo natural sino absolutamente lógico.

Lo injurídico sería que no sucediera tal cosa. Es decir, no se tuviera en cuenta la evidente conexidad de ambos delitos y se juzgaran en procesos separados.

De ahí que la censura que, sobre la base del juzgamiento conjunto formula el actor, resulta inaceptable y deba ser rechazado este otro cargo.

Causal primera de casación. Primer cargo. Erróneamente, como lo hace ver la Procuraduría, llama el censor a la apreciación que de la prueba en cuestión hace el Tribunal "error de derecho", ya que nada tiene qué ver ni con la valoración que el legislador le haya dado a la prueba, pues no ha determinado tarifa alguna en este sentido, ni con su aducción a los autos, como que en nada se faltó al rito procesal al recibirla.

Hace consistir ese pretendido error de derecho en haberse tomado como plena prueba para condenar a su patrocinado, la confesión que, según

él, le fue "arrancada" a la señora Carmen Cecilia Cuadros de Mendoza.

Para desechar este cargo, basta tener en cuenta, a más del error de técnica anotado, que ni dicha señora hizo confesión de ninguna especie, ya que no se inculpó de nada, ni le fue arrancada, como expresa el censor, ni, finalmente, fue esa la única prueba que tuvieron en cuenta el Juzgado y el Tribunal para deducir responsabilidad a Emilio Cendales en el robo del Banco de la República de Pasto.

Como ya se dijo, la sentencia se basa en una verdadera cadena indiciaria que vinculó a Cendales al ilícito en mención, permitiendo una inferencia seria y convincente, de que con sus hermanos había llevado a cabo el grave delito sobre que versa este proceso.

De manera que no hubo error de ninguna especie en la apreciación de esta prueba y por ello puede afirmarse que el cargo carece de fundamento.

Segundo cargo. La presencia de Emilio Cendales Campuzano en Pasto ha sido inferida, según acaba de expresarse, no de un solo indicio, sino de varios.

Mal hace el actor en querer desvertebrar la cadena indiciaria, atacando por separado cada uno de los eslabones y pretendiendo soslayar el importante aspecto de la relación de unos indicios con otros y con las restantes pruebas del proceso.

La presencia de Cendales en Pasto no fue la única base que el juzgador tuvo en cuenta para deducir su participación en el robo, sino, además, el hecho de haber tenido el dinero en su poder en Bogotá, dándolo a guardar en casa de Cecilia Cuadros de Mendoza, sacándolo luego de allí y llevándolo a su casa, de donde, finalmente, desapareció, todo lo cual muestra a las claras que estuvo vinculado no como simple encubridor sino como autor, con las otras personas mencionadas, del robo.

Se rechaza, en consecuencia, esta censura.

Tercer cargo. A más del yerro consistente en presentar esta censura como error de hecho y de derecho al mismo tiempo y de haber omitido su fundamentación, se tiene que tampoco el indicio consistente en haber encontrado en casa de Emilio Cendales las cajas que habían contenido el dinero, fue la única prueba en que se basó su condenación.

Sobre el particular, se remite la Sala a lo que se viene diciendo acerca de la cadena indiciaria, complementada con pruebas de diversa índole, entre ellas la testimonial.

No prospera este cargo.

Cuarto cargo. Prácticamente es una repetición de los anteriores, en particular del que se acaba de rechazar, pues lo hace consistir el demandante en que, según él, hubo indebida apreciación del hecho de haber encontrado en la casa de Cendales las cajas de cartón que, se dijo por el juzgador, eran las mismas que habían contenido el dinero en casa de la señora Cuadros de Mendoza, ya que según el censor, no tenían señal que las identificara.

Se repite, a propósito de este cargo, que la cadena indiciaria puesta de presente por los juzgadores, demuestra en forma perfectamente atendible, la vinculación de este procesado al ilícito contra la propiedad que se juzga en el presente proceso y que, en el particular que se examina, se tiene que, además de las cajas se encontraron en su casa otros elementos procedentes del mismo, como fueron billetes de veinte y de doscientos pesos, en las cantidades indicadas antes y algunos instrumentos de perforación, como brocas, taladros, etc., todo lo cual, unido a la declaración de la señora de Mendoza, permitía aseverar que las susodichas cajas, aunque no tuvieran marca especial, eran las que habían contenido el dinero que se dio a guardar, por el mismo Emilio, a dicha señora.

No se acepta 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,

Revuelve

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS

La razón en este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 8 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 37 de 8 de junio/82.

Vistos

Este proceso ha venido adelantándose contra el doctor Luis Guillermo Nieto Roa, a quien se sindica, como Gobernador del Departamento de Boyacá, de la presunta comisión de un delito de "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", al organizar la Corporación Financiera de Boyacá, S. A.

Vencidos los términos y trámites señalados para el perfeccionamiento del sumario y, además, bajo la consideración de encontrarse completa la investigación, se declaró cerrada con el objeto de proceder a calificar su mérito.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal ha solicitado que tal calificación se haga mediante un sobreseimiento temporal, por estimar que las pruebas no permiten aún determinar con claridad la inocencia o la responsabilidad del procesado.

Ni el sindicado, ni su apoderado, presentaron alegación alguna dentro del término dispuesto para hacerlo.

Resultandos

1. De los varios hechos denunciados como delictuosos por el señor doctor Jorge Quijano Bustamente, ex Contralor General del Departamento de Boyacá, sólo quedó el relacionado con la suscripción de acciones, por parte del doctor Nieto Roa, en la "Corporación Financiera Boyacá", como particular, y cuando, simultáneamente, se desempeñaba como Gobernador del citado Departamento;

2. Por Decreto número 317 de 1977, el doctor Guillermo Nieto Roa fue designado Gobernador para el Departamento de Boyacá, cargo del cual tomó posesión el 4 de marzo del citado año, y el mismo que desempeñó hasta el 28 de agosto de 1978 (Fls. 160, 175 y 197);

3. Al iniciar el ejercicio de tan destacada como influyente posición administrativa, el doctor Nieto Roa, ya por propio convencimiento, ya por acción de terceras personas que contribuyeron a afirmar su criterio, entendió la necesidad de crear una "Corporación Financiera" para Boyacá, a efecto de impulsar en este departamento su desarrollo industrial, comercial, turístico, agropecuario, etc. La idea, loable, por demás, encontraba apoyo, orden e inspiración en el artículo 4º de la Ordenanza número 001 de 1977, por medio de la cual se adoptó el estatuto orgánico del Instituto de Desarrollo de Boyacá, Ideboy, institución ésta que contaba en su junta directiva y como presidente al Gobernador Nieto Roa. Esa disposición reglamentaria de funciones señalaba la de "Promover o participar en la constitución de empresas rentables, *financieras,* industriales y turísticas, en las que se encuentre vinculado capital privado o público, nacional o extranjero. Su participación podría hacerse a través de suscripción de acciones o aportes de capital (subraya la Sala);

4. Sobre esta base y con este propósito, el Gobernador Nieto Roa se dio a la tarea de convencer a particulares, a representantes de cooperativas, establecimientos públicos y aun al Gobierno (Superintendencia Bancaria), que se mostraba renuente, para poner en marcha la "Corporación Financiera de Boyacá", la cual fue organizada el 17 de junio de 1978, según acta levantada en el Despacho de la Gobernación, con el concurso del Instituto de Desarrollo de Boyacá, "Ideboy" (3.000.000 de acciones, cada una por valor de $ 10.00); Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (600.000 acciones); Caja Popular Cooperativa (2.000.000 de acciones); Trabajadores Asociados Cooperativa Limitada (1.600.000 acciones); Cooperativa de Caficultores de Occidente de Boyacá Ltda. (695.000 acciones); Cooperativa de Industriales de Boyacá Ltda. (100.000 acciones); Compañía de Importaciones y Comercio Ltda. (4.100 acciones); *Luis Guillermo Nieto Roa (100 acciones);* Jaime Lara Meléndez (200 acciones); Efraín López Parada (100 acciones); Virgilio Numpaque Alvarez (100 acciones); José María Sarmiento G. (100 acciones); Antonio José Quintana Cely (100 acciones); Luis Alberto Guerrero (100 acciones) y Héctor Ramírez Suárez (100 acciones), correspondiente a un capital suscrito de $ 80.000.000.

El capital autorizado se estableció en $ 160 millones (Fls. 274 a 276 Vto).

5. Creada esta situación, se publicó el correspondiente *aviso de intención* (diario "El Espectador", día 4, página 11-A; día 11, página 7-A; día 18, página 8-A, y día 28, página 4-A, del mes de agosto de 1978), dirigido al señor Superintendente Bancario. Está fechado el 17 de julio de 1978 (Fl. 93). Debe agregarse que en la sesión cumplida para dejar organizada la Corporación, se nombró como Presidente de la Junta Directiva al *Gobernador* Nieto Roa y, como Secretario *ad hoc,* al doctor Jaime Lara Meléndez;

6. Por medio de la Escritura número 2144, se protocolizó en la Notaría Primera del Circuito de Tunja, el 10 de noviembre de 1978, el Acta de Organización de la Corporación Financiera de Boyacá (sociedad de economía mixta, del orden departamental y del tipo de las anónimas). Luego, en Resolución número 3937 de 4 de diciembre de 1978, la Superintendencia Bancaria autorizó la creación y funcionamiento de la Corporación Financiera de Boyacá, S. A., con capital autorizado de $ 160.000.000, dividido en 16.000.000 de acciones, de un valor nominal de $ 10.00 cada una, y un capital pagado de $ 80.000.000, dinero que se depositó en la cuenta número 2154, abierta a nombre de la Corporación, según mandato de ley. La mencionada Resolución de la Superintendencia Bancaria, se elevó a Escritura pública número 2326, de 5 de diciembre de 1978, en la Notaría Primera del Circuito de Tunja;

7. El 14 de febrero de 1980, la Caja Popular Cooperativa Ltda., la Cooperativa de Caficultores de Occidente de Boyacá Ltda. y Trabajadores Asociados Cooperativa Ltda., cedieron un total de 1.073.750 acciones por valor de $ 10.737.500.00, a "Inversiones y Representaciones Nisa S. A., de la cual es socio el doctor Luis Guillermo Nieto Roa, su esposa María Cecilia Angel de Nieto y algunos familiares de ésta (Fls. 284 y 302 y ss. y Fls. 24, 148, 164 a 167, 171, 273 y 296, copia del original número 2), y que tiene un capital autorizado de $ 2.640.000.00 y uno pagado de $ 1.040.000.00. El procesado, a folios 257 y 258, manifiesta que presentó "para esta posible suscripción a una *sociedad* anónima *en la que yo era accionista*" (subraya la Sala).

8. La Superintendencia de Cooperativas dispuso que entidades de esta naturaleza debían centrar sus inversiones en actividades propias a su índole, tan ajenas al campo bursátil y especulativo. De ahí que se ordenó la negociación de acciones o patrimonio en empresas que carecían de tales atributos. Las mencionadas entidades prefirieron no al Departamento de Boyacá —v. gr. Ideboy— sino a "Inversiones y Representaciones Niza", aunque el primero buscaba aumentar su participación para proteger en mejor forma el apreciable capital que había invertido; pero, a la postre, venció el propósito del ex Gobernador Nieto Roa, a quien se pudo favorecer, luego de agitado debate, porque la Superintendencia Bancaria estimó que siendo socio-fundador tenía derecho a recibir esa cesión, y

9. Sobre este último particular debe aludirse al cuadro que describe el Gobernador de Boyacá, doctor Jorge Perico Cárdenas, que en sus aspectos esenciales coincide, con las anotaciones que se deja indicadas y que demuestran, también, los problemas surgidos y la angustia padecida en defensa de los intereses del departamento, aspecto tanto más significativo cuanto que la Corporación Financiera de Boyacá se proyectó con la finalidad de servir esos altos intereses y no los de particulares. En comunicación dirigida el 18 de abril de 1980, el Procurador General de la Nación señala: "... Como Gobernador de Boyacá, consciente de mi obligación de defender los intereses del departamento y de evitar actos que, por una parte, lesionen su

patrimonio y, por otra, beneficien indebidamente a personas que tuvieron bajo su responsabilidad directa el manejo de la administración seccional, me permito denunciar ante usted al señor Luis Guillermo Nieto Roa, quien desempeñó el cargo de mandatario seccional en el reciente pasado, por la realización de la siguiente maniobra que, en mi concepto, viola sin la menor duda elementales principios éticos o morales y posiblemente también claros preceptos legales.

"El mencionado señor Nieto Roa, sabiendo que la política de la Superintendencia Bancaria, en razón de muchas y muy serias consideraciones que no es el caso señalar aquí, ha impuesto desde hace varios años una limitación casi inviolable en el número de intermediarios financieros de este tipo, efectuó la siguiente maniobra: Sumó a los aportes de gentes vinculadas económicamente a dicho ciudadano, la inversión de $ 30 millones provenientes del tesoro público de Boyacá. Esta circunstancia y las concomitantes gestiones como Gobernador del departamento, fueron la única consideración por la cual el Gobierno Nacional autorizó la creación de la Corporación Financiera de Boyacá. Posteriormente, para consumar el turbio propósito que lo inspiró, hizo traspasar de sus asociados, como podrá establecerse en el curso de la respectiva investigación, acciones por un valor de $ 10.782.000 a una compañía de la cual es socio fundador el propio señor Nieto Roa y su señora esposa, doña Cecilia Angel de Nieto.

"A continuación me permito relatar una serie de hechos que respaldan mi denuncia, y sobre los cuales solicito comedidamente de la Procuraduría General de la Nación una inmediata investigación.

"1º El entonces Gobernador de Boyacá señor Luis Guillermo Nieto Roa, inició ante la Superintendencia Bancaria el trámite legal para obtener la autorización de funcionamiento para la Corporación Financiera de Boyacá S. A.

"2º El señor Nieto Roa, en su carácter de Gobernador de Boyacá y de Presidente de la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo de Boyacá (Ideboy —Empresa Industrial y Comercial del Departamento—) obtuvo que esta entidad efectuara una inversión de $ 30 millones en la Corporación Financiera de Boyacá.

"3. El señor Nieto Roa gestionó con los hermanos Pablo y Virgilio Numpaque, quienes controlan la Caja Popular Cooperativa Ltda., la 'Cooperativa' de empleados de la misma, la Cooperativa de Caficultores de Boyacá Ltda. y la Cooperativa de Industriales de Boyacá, la participación de las anteriores empresas como accionistas en la Corporación Financiera de Boyacá S. A.

"4º La autorización de funcionamiento, acto con el que culminó el proceso de creación de la Corporación Financiera de Boyacá, fue expedida por la Superintendencia Bancaria única y exclusivamente por la circunstancia de estar vinculada al capital de ese intermediario financiero el sector público del departamento, como ha sido reiteradamente manifestado por el doctor Francisco Morris Ordóñez, actual Superintendente Bancario.

"5º La aseveración contenida en el numeral anterior se demuestra con la determinación del Gobierno Nacional en el sentido de suspender la expedición de nuevas licencias de funcionamiento para corporaciones financieras desde ese entonces, no obstante el muy crecido número de solicitudes que se han presentado y continúan presentándose ante la Superintendencia Bancaria.

"6º Con el evidente propósito de obtener el control mayoritario de la Corporación Financiera de Boyacá, los señores Luis Guillermo Nieto Roa y los susodichos hermanos Numpaque, realizaron toda una serie de oscuras maniobras altamente sospechosas, tales como otorgar un crédito por parte de la Caja Popular Cooperativa, en cuantía de $ 7.000.000.00, a la Cooperativa de Caficultores de Occidente de Boyacá, cuyo capital no llega a los $ 150.000.00, lo cual puede verificarse en la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Este crédito se otorgó sin garantías y sin intereses. De la misma manera se concendió por la misma Caja Popular otro préstamo por la cantidad de $ 1.000.000.00 a la Cooperativa de Industriales de Boyacá Ltda., también sin intereses y sin garantías. Así, la Caja Popular, como financiadora de las otras cooperativas, o mejor dicho, como verdadera inversionista con el nombre de todas ellas, obtuvo el control de la sociedad. En otras palabras, el señor Luis Guillermo Nieto Roa y los citados sujetos Numpaque, lograron el 53% del capital accionario y, por consiguiente, el manejo de la Corporación Financiera de Boyacá S. A., colocando en situación de impotente minoría al departamento, no obstante ser el suyo el mayor aporte individual. Consecuencia obvia de ello es que unos particulares quedaron en posibilidad de disponer a su arbitrio de los dineros públicos para provecho de intereses privados.

"7º Como el propósito del señor Nieto Roa fue el de poder hacerse propietario de la Corporación Financiera de Boyacá, posteriormente realizó esta otra maniobra financiera: hizo que el grupo de empresas de los hermanos Numpaque les cediera un supuesto derecho de suscripción de aumento de acciones a la sociedad denominada 'Inversiones y Representaciones Niza S. A.', empresa privada en cuya escritura de constitución figura él, junto con su señora esposa, doña Cecilia Angel de Nieto, como fundador y suscriptor de sustancial parte del capital. Este affaire, a todas luces ilegal, se verifica con una simple inspección ocular al libro de accionistas en la Corporación Financiera de Boyacá, y, desde luego, con la correspondiente certificación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Curioso caso éste de una sociedad que con un capital pagado de apenas $ 1.000.000, puede hacer inversiones de más de $ 10.000.000. Cabe preguntar, ¿quién le suministró esos recursos?..." (Fls. 1 a 3, C. original número 2, Exp. número 646/78, Procuraduría General de la Nación Delegada para la Contratación Administrativa).

Consideraciones de la Sala

A. 1. Una Corporación Financiera como la que ideó y logró plasmar el doctor Nieto Roa, cuando cumplía funciones de Gobernador del Departamento de Boyacá, no es institución que pueda caracterizarse de obra filantrópica. Está impregnada, por el contrario, de esencia mercantilista y especulativa. Para comprender la verdad de este elemental y básico enunciado basta advertir el contenido de los artículos 2º (naturaleza) y 5º (objeto) de la mencionada Escritura número 2144, por medio de la cual se protocolizaron los estatutos de tal entidad —Fls 559 y ss.—. Hoy en día, y los ejemplos abundan, es uno de los negocios comerciales más florecientes y de más rápidos rendimientos económicos. Tan buena empresa suele resultar que, ante el ansia generalizada de constituir instituciones de esta índole, la legislación y la gestión político-económica del Gobierno han tenido que intervenir para controlar su proliferación y mantener esas estructuras en sus justas y debidas proporciones de número y finalidad.

A. 2. No puede creerse, y esto coincide con la demostración precedente, que el doctor Nieto Roa iba a comprometerse como Gobernador particular (para usar su artificiosa expresión), ni a conducir a otras entidades oficiales (como Edeboy), semioficiales (Federación Nacional de Cafeteros) o de beneficios comunitarios (Caja Popular Cooperativa, Trabajadores Asociados Cooperativa, Cooperativa de Industriales de Boyacá), ni a inducir a particulares, a un negocio ruinoso y sin perspectivas de lucro. Menos que personas tan avisadas se dejasen conducir a una empresa sin resonancia comercial, carente de rendimientos patrimoniales. Se entiende que, por su diseño y gran aliento económico, debían recibirse desde un principio apreciables ventajas y avizorar fundadamente un amplio horizonte de éxito. Pero como si estas comprobaciones fuesen poca cosa, hay un hecho de valor y significación innegables. Lo constituye la inversión, por cuantía de diez millones, setecientos treinta y cinco mil quinientos pesos, que, por intermedio de "Inversiones y Representaciones Niza", cumplió el doctor Nieto Roa, no obstante la complicada situación que ofrecía la administración y rendimientos la Corporación Financiera de Boyacá.

A. 3. El aporte del Gobernador-particular Nieto Roa, así su monto inicial no ofrezca un volumen significativo, en comparación con otros, se tiene que estimar como importante, pues su vinculación le permitía futuras ampliaciones de participación (lo que a la postre tuvo ocurrencia), le otorgaba una categoría especial en su manejo como fundador, que subsistiría luego de retirarse de la posición oficial que le había permitido este logro, y, en fin, los beneficios materiales no podían mirarse como anodinos, dado el monto de los aportes. Debe recordarse que el capital autorizado ascendía a $ 160.000.000 y que, por su condición de socio, pudo recibir la cesión de acciones por valor de $ 10.737.500 (Fl. 24 C.).

B. 1. De ahí que el concepto fiscal perciba estas repercusiones y las destaque anotando que "el manejo de una suma tan importante representa poder y la capacidad de favorecer ciertos intereses, que fue lo que a la postre, al parecer, condujo a que la Superintendencia tomara la dirección de la entidad recientemente creada" (Fl. 620). Y en párrafos atrás (Fl. 619), aludió a los confesados propósitos de "brindarle a su departamento un instrumento de crédito para velar por el progreso y desarrollo de aquella sección del país", y a los no menos evidentes, según la investigación realizada, "de buscar ventajas o beneficios de carácter particular", motivación que califica de "mezquino interés".

B. 2. Pero lo que importa a los fines de la figura penal que subsume esta conducta, no es la cuantía del aporte ni el significado económico de la participación, considerados en el momento de su constitución o apreciados en sus enfoques futuros, sino su indebida existencia. De no ser esto así, no habría lógica en estimar legítima la

actuación del Gobernador Nieto Roa, por su disminuida entidad (que no lo era tanto), y juzgarla punible si hubiera ascendido su contribución a porcentajes cien, quinientas o mil veces mayores. Lo que ocurre es que las cuotas superiores tienen el mérito de revelar más enfáticamente la veracidad, o el "interés mezquino" a que alude el colaborador fiscal, y resaltar en grado más intenso la reprochabilidad de la conducta, como aconteció al ser el inexplicable beneficiario de las acciones poseídas por entidades cooperativas influidas o manejadas por la familia Numpaque Alvarez, venciéndose los esfuerzos del Departamento de Boyacá —Ideboy— por acrecentar su participación para defender sus valiosos aportes y preservar la estructura y finalidad originales de la Corporación.

C. 1. Una de las explicaciones con las cuales el sindicado trata de eludir su grave compromiso penal, consiste en que solo se procuró resguardar la figuración del Departamento de Boyacá, en la Junta Directiva de la Corporación, mediante la actuación del Gobernador Nieto Roa (Fl. 259). De haber sido esto cierto, la cuestionada participación no debió cumplirse con dinero particular del Gobernador Nieto Roa ni efectuarse con invocación de atributos personales, imposibles de separar de la función pública ejercida cuando realizó lo conducente para formar la Corporación, pero que sólo subsistieron, al dejar esa posición oficial, en su propio y privado provecho, como realmente sucedió. Si algo denuncia esta situación es que, para la puesta en marcha de la idea, para concretar los aportes de otras entidades oficiales, semioficiales o comunitarias, el doctor Nieto Roa actuaba, como se verá adelante, en su rampante y efectivo papel de Gobernador, pero para usufructuar la operación intervenía en el rol de particular, dicotomía imposible de admitir.

C. 2. Como en el proceso se insiste en la idea de ser necesaria, conforme a las normas sobre bancos, la suscripción de acciones por parte de particulares, para tener así derecho a escaños en la Junta Directiva de la Corporación, conviene observar con el Procurador Delegado, que "en primer lugar ninguna disposición obliga al funcionario público a ser miembro de una junta directiva, menos aún en un caso como el presente en donde el Departamento no era accionista de la Corporación, pues las acciones compradas con dineros públicos pertenecían a un instituto descentralizado que tenía su propio representante legal. En segundo lugar la Superintendencia Bancaria ha conceptuado que las anteriores disposiciones no son aplicables cuando se trata de funcionarios públicos cuando actúan en representación de entidades oficiales" (Fl. 621).

C. 3. La argumentación deviene en concepto aparente o contradictorio. En efecto, se afirma que únicamente se pretendía asegurar que el Departamento tuviere participación en la Junta Directiva de la Corporación Financiera, pero a la postre nada se logró porque quien se mostró tan previsivo, o sea el Gobernador Nieto Roa, fue sustituido por el particular Nieto Roa, el mismo que tiempo después, por esa privilegiada incorporación, logró evitar que las acciones suscritas a nombre del sector cooperativo no pasasen a Ideboy sino a él, para utilidad suya.

C. 4. La representación inicial de Ideboy, que era lo que interesaba desde el punto de vista oficial, podía constituirse directamente y mantenerse en este plano esa representación, sobrando confundir al Gobernador Nieto Roa, que como tal no persistiría en la Junta Directiva, y el particular Nieto Roa, que en definitiva, recibió los beneficios. La ulterior intervención, en esa Junta, del Gobernador Perico Cárdenas, no se cumplió a expensas de las 100 acciones personales de Nieto Roa, sino como efecto de distinta causa. Otro fue el título invocado para este cometido.

C. 5. La explicación resulta extravagante, forzada y artificiosa tanto por lo visto como por la circunstancia de advertir que la Federación Nacional de Cafeteros pudo actuar a nombre propio y para ella, exclusivamente, sin que su Gerente el señor Jorge Cárdenas Gutiérrez o su representante el señor Lázaro Pardo Silva, acudieran a la suscripción particular de acciones.

C. 6. Además, cuando una disposición obliga bajo sanción penal y otra es simplemente facultativa u opcional, no hay duda alguna en la prevalencia de la primera, ya que en la segunda hay posibilidad de abstención, sin que emerjan consecuencias. El inculpado, se repite, pretende legitimar su actuación aludiendo a que debía suscribir acciones a título personal para poder integrar la Junta Directiva de esta Corporación. Ya se ha dicho que otro organismo podía asumir esa representación oficial (Ideboy), máxime si se tiene en cuenta que este organismo de carácter departamental era el que aportaba la mayor cuota. Admitiéndose en gracia de discusión la excusa comentada, obliga decir que si la ley penal consideraba (y considera) como delictuosa esa doble y simultánea intervención (oficial y privada), la conducta asumible estaba dentro de una de estas hipótesis: abstener de organizar la Cor-

poración o dejar que otros integrasen la Junta Directiva, o contentarse con la calificada y suficiente participación de Ideboy. Pero nunca intervenir con interés personal, siendo que se involucraba en forma grave la actuación oficial y se ejercía presión y poder decisorio para vincular a otras entidades.

D. 1. La actividad del procesado, como Gobernador, para conseguir que se creara la Corporación Financiera, es manifiesto. El indagatoriado, a folio 255, afirma: "...*recién posesionado como Gobernador del Departamento de Boyacá,* hice un estudio sobre las razones por las que Boyacá, no generaba suficiente desarrollo industrial y concluí que, muy probablemente, se debía a la falta de un *intermediario financiero* que promoviera proyectos industriales...". Consecuencia de ésto fue iniciar actividades tendientes a despejar obstáculos, había resistencia en las esferas oficiales a permitir la Corporación, como propiedad del Departamento, porque "experiencias anteriores indicaban que estas Corporaciones no funcionaban debidamente" (Fl. 256) hasta que "...*logré* que la Federación de Cafeteros aceptara invertir... la Caja Popular Cooperativa se mostró muy interesada... Después de *conversar* con varias cooperativas y con algunas personas naturales de Boyacá, vinculadas a la industria, *logramos* completar el capital mínimo..." (Fl. 256, subraya la Sala).

D. 2. El particular Nieto Roa, como se autocalifica para descartar la negociación incompatible, no actuó, para poner en marcha la promoción, realización y organización de la Corporación Financiera de Boyacá, S. A., en sus oficinas privadas, sino en los despachos oficiales y con funcionarios de igual naturaleza. Obsérvase el folio 274, que corresponde a la fotocopia del Acta de Organización. Allí se lee: "...En la ciudad de Tunja, a los diecisiete (17) días del mes de julio de mil novecientos setenta y ocho (1978)... se reunieron en las *oficinas del despacho del señor Gobernador de Boyacá,* las siguientes personas: el doctor Luis Guillermo Nieto Roa, Gobernador del Departamento, *quien obra además* en nombre propio..., el doctor Antonio José Quintana Cely, *en representación* del Instituto de Desarrollo de Boyacá, Ideboy, *y en nombre propio*... con el objeto de suscribir el Acta de Organización de la Corporación Financiera de Boyacá S. A. Fueron elegidos unánimemente para la Presidencia de la Junta, el doctor Luis Guillermo Nieto Roa...", resultado bastante lógico y obligado si se mira la condición en que éste actuaba o la participación oficial (Ideboy) que había logrado por actuación directa como Gobernador del Departamento. (Subraya la Sala).

En refuerzo de estas apreciaciones debe hacerse mención a las siguientes probanzas: Héctor José Ramírez S., atestigua: "...realmente los que poseyeron la casi totalidad del capital lo fueron el *Gobierno Departamental* y la Caja Popular Cooperativa (Fl. 235), aparte de tres millones de la Federación Nacional de Cafeteros, es decir el producto del préstamo hecho por el Banco Cafetero al Comité Departamental de Boyacá; en consecuencia son fondos oficiales o de carácter público, los demás que se invertieron en capital de la Corporación contabilizando los otros tres millones del aporte de la Federación, tomados del Fondo Nacional del Café y la participación de los diferentes organismos departamentales..." (Fl. 236). Efraín López Parada, indica: "...Recuerdo que Ideboy *a través de la Gobernación del Departamento,* hizo un aporte de treinta millones de pesos..." (Fl. 343). Jaime Lara Meléndez, afirma: "...tuvimos oportunidad... de plantearle *al recién nombrado Gobernador de Boyacá,* doctor Luis Guillermo Nieto Roa, la importancia que para el Departamento representaba el contar con un *intermediario financiero* constituido con capital boyacense. ...Colaboramos en la promoción de la iniciativa entre distintos estamentos económicos y sociales de la región en reuniones tanto de *carácter público* como privado (Fl. 321), por las charlas que se sostuvieron con ellos en la época de su constitución que el Ideboy lo realizó *con dineros provenientes de la venta de la Empresa de Teléfonos de Boyacá y por el deseo expreso del Gobierno Departamental* de fomentar el desarrollo industrial y agrícola... tengo entendido que *se realizó por gestión directa del señor Gobernador ante las directivas de dicha entidad...*" (Fl. 322, subraya la Sala).

E. 1. ¿Qué aportó Ideboy como capital pagado? La más alta cantidad: tres millones de pesos (Fl. 274). ¿De dónde provenía ese dinero? De fuente de indiscutible carácter oficial. ¿Y quién determinó esta inversión de caudales públicos? El Gobernador del Departamento, doctor Luis Guillermo Nieto Roa.

E. 2. Empecemos por señalar la forma de constitución de la Junta Directiva de Ideboy y si en ésta tenía y tuvo influjo el procesado, como particular o como Gobernador del Departamento, hasta el punto no solo de interesar sino de provocar decisivamente la vinculación de esta empresa oficial en operación económica de tanta trascendencia, en la cual el Gobernador-particu-

lar Nieto Roa hacía un aporte que le garantizaba poder formar parte de la Junta Directiva y acrecer en el futuro la cuantía de su figuración, beneficios y manejo.

La Ordenanza departamental No. 13 de 1970 (Fl. 349), preceptúa en su artículo 4º, que integran la Junta Directiva de Ideboy: el *Gobernador del Departamento, quien la presidirá.* Un representante del Ministerio de Desarrollo Económico. Cuatro delegados de la Asamblea Departamental. Un representante del sector financiero, y un representante del sector industrial. El parágrafo 1º, señala que "los miembros principales tendrán sus respectivos suplentes, *excepto el Gobernador quien, en caso de no asistencia, estará representado por el Secretario de Hacienda*". (Subraya la Sala).

E. 3. Sobre la naturaleza de esta entidad, se determina en su artículo 1º: "El Instituto de Desarrollo de Boyacá(Ideboy) *es un establecimiento público...*". (Subraya la Sala).

E. 4. El Acta 007 de 25 de julio de 1978, se refiere a una sesión de la Junta de Ideboy, celebrada "en el *despacho del señor Gobernador*", con asistencia de la doctora Fanny Olano Correa, *Secretaria de Hacienda y Presidente Delegada del Gobernador,* del doctor Zoilo Medina, *Alcalde Mayor de Tunja* y suplente del sector económico, del doctor Antonio José Quintana Cely, *Gerente de Ideboy,* etc., y en la cual uno de los varios temas tratados fue: "...Solicitud del Gerente, a la Junta para poder firmar la escritura de constitución y girar los treinta millones de pesos ($ 30.000.000), con destino a la Corporación Financiera de Boyacá. La Junta aprobó sin objeción..." (Fl. 458), C. original No. 2. (Subraya la Sala).

En el Acta 008 de 1978, correspondiente a sesión de la Junta Directiva de Ideboy, celebrada el 28 de julio de 1978, presidida por la Delegada del Gobernador, doctora Fanny Olano Correa, Secretaria de Hacienda, se expresa: "...Otro punto tratado fue el de la Corporación Financiera de Boyacá. El Gerente al respecto lee una carta de la Superintendencia Bancaria, en la cual se faculta abrir cuenta corriente a favor de la Corporación para consignar los dineros de aporte. El Gerente expone el Acuerdo para el traslado de los treinta millones de pesos ($ 30.000.000), con destino a la Corporación (transcribirlo). La Junta aprobó el Acuerdo. El Delegado de la Contraloría solicita se llenen los requisitos legales de dicho traslado. Solicita el Gerente a la Junta Directiva su autorización para realizar la unidad de Caja con el fin de proveer los fondos para la Corporación. Con relación al Acuerdo el Delegado de la Contraloría, doctor León, dice que cuál es la intervención de ésta, a lo cual el doctor Emilio Durán le responde que la intervención estará en el aspecto de fiscalización de entrega del dinero y papeles para el traslado, que lo demás son actos administrativos de exclusividad del Instituto. La Junta aprobó el Acuerdo, teniendo en cuenta la aclaración del doctor León, Delegado de la Contraloría, de que se llenen los requisitos fiscales" (Fl. 95) C. original No. 1, Exp. 646/78, Procuraduría General de la Nación, delegada para la contratación administrativa.

Y a folio 89, figura el Acuerdo número 007 de 1978, expedido el 28 de julio, "por el cual se hace un traslado de recursos con destino a la Corporación Financiera de Boyacá".

Textualmente reza:

"La Junta Directiva del Instituto de Desarrollo de Boyacá, Ideboy, en uso de sus atribuciones legales, y

"Considerando:

"Que el Decreto número 00447, de mayo 8 de 1978, en el cual se adopta el Estatuto Orgánico del Ideboy, fija como uno de los objetivos la participación en empresas financieras mediante aporte de capital.

"Que en el presupuesto para la vigencia de 1978, en el artículo 040 'aporte de Ideboy, Corporación Financiera de Boyacá', existe una partida de treinta millones de pesos ($ 30.000.000) provenientes de la venta de la Empresa de Teléfonos.

"Que en la fecha se recibió una comunicación de la Superintendencia Bancaria, en la cual se autoriza la apertura de la cuenta corriente, para que en ella se ubiquen los aportes de los accionistas en la mencionada Corporación.

"Acuerda:

"Artículo primero. Autorizar al Gerente del Instituto de Desarrollo de Boyacá, para hacer un aporte de treinta millones de pesos ($ 30.000.000) a la Corporación Financiera de Boyacá, S. A., efectuando los traslados de la Tesorería necesarios.

"Artículo segundo. Disponer que los dividendos obtenidos como rendimiento en esta inversión, sean invertidos en acciones de la Corporación, hasta cubrir el valor que le corresponda de

acuerdo con la Ley, en nuevas emisiones de capital.

"Artículo tercero. Una vez, satisfecho el pago de capital en la Corporación, el excedente de los dividendos obtenidos, se destinará al financiamiento de proyectos agroindustriales.

"Artículo cuarto. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición". (Fls. 89 y 90, Cuad. original No. 1, Exp. 646/78, Procuraduría General de la Nación, Delegada para la Contratación Administrativa.

Aparece firmado y sellado por su Presidente, Luis Guillermo Nieto Roa y por el Secretario, Gonzalo Ochoa Ortiz.

En síntesis, el Gobernador Nieto Roa, como Presidente de la Junta, actuaba directamente expidiendo el Acuerdo que autorizaba al Gerente de Ideboy, para aportar los $ 30.000.000 a la Corporación; su Delegada a la Junta, la Secretaria de Hacienda, hacía aprobar el Acuerdo y terminaba los trámites; y, como particular Gobernador, firmaba el Acta de Organización de la Corporación, en su despacho oficial, en donde al mismo tiempo, después de conseguida esa flotantización económica, suscribía también, para él, solo para él, diez acciones, que le aseguraban la participación en empresa de tan vasta proyección financiera, le insertaba en su Junta y le permitía aumentar su participación en el futuro. Un magnífico negocio, tanto más expedito cuando que acudía a su condición de Gobernador y podía mover todos los resortes administrativos. Es un clásico ejemplo de tomar interés o intervenir con interés personal en una operación que logra ejecutarse por el ejercicio de funciones oficiales, ya que la participación representa un provecho, utilidad o ganancia de índole económica.

F. 1. Se sabe mediante prueba que no puede desconocerse, que el doctor Luis Guillermo Nieto Roa, como Gobernador del Departamento de Boyacá, quien debía velar por los intereses oficiales y propender por su desarrollo, acogió la idea de la creación de una Corporación Financiera para ese Departamento, que sirviera de "intermediario financiero" para impulsar industrial y comercialmente a esa sección del país. Concretada la idea, idea plausible a todas luces, determinada su factibilidad, el citado Gobernador obtuvo por gestión directa, el apoyo de la Federación Nacional de Cafeteros, de algunas cooperativas y particulares y decidió, por sí mismo y por sus delegados y funcionarios subalternos, que el Ideboy, entidad pública, participara en el proyecto, con el mayor de los aportes. Esta empresa, de indiscutible importancia, debía ser para el exclusivo beneficio del Departamento, para los particulares que pudieran intervenir como tales, sin combinar vínculos oficiales, las cooperativas y las empresas de economía mixta asociadas. Pero los funcionarios públicos que ntervenían en su creación y tenían poder decisorio para movilizar recursos oficiales, no podían, so pena de incurrir en delito, formar parte de ella y crear factores de futuro aprovechamiento personal. Por eso la Federación Nacional de Cafeteros, actuó como tal. Pero no intervino a título personal ni el doctor Jorge Cárdenas Gutiérrez ni a quien se delegó, posteriormente, esa actuación, el doctor Lázaro Pardo Silva.

F. 2. El contrato, la operación, el empeño o la realización administrativas, catalogables de nobles o fructíferos proyectos, se mantienen como tales mientras conserven las características que así los distingan. Apartándose de ellas o contrariándolas, la calificación resulta en sentido diverso. Si la ley ha ordenado que su ejecución se lleve a término sustrayéndose, el funcionario a todo provecho directo o indirecto, quiere ello decir que cuando deduce ventaja, la obra se mancilla, pierde su objetivo y atrae no solo la enfática reprobación ética, sino la sanción penal. Siendo delictiva la conducta, obvio resulta considerar que la inicial bondad de una iniciativa desaparece. Tendrá otros efectos esa lejana o primitiva apreciación, pero no la principal de impedir que se la trate como lo que es: un incontrovertible delito.

F. 3. Si a los gobernantes, administradores o gestores de la cosa pública se les permite, así sea en dosis mínima, intervenir a nombre personal (lucro) en los trámites, operaciones o contratos que deben realizar en el ejercicio de sus funciones, la moralidad administrativa habrá desaparecido de un tajo y será imposible determinar cuándo un determinado proyecto recibió el impulso creador del funcionario imparcial o fue apenas obra ejecutada en interés propio, cosechable durante el desempeño de su cargo o después de dejarlo. La gestión oficial tiene que independizarse de estos azares y cumplirse en forma cabal, sin confusiones ni empeñamientos, sin mezclar el deber oficial con el lucro particular, sin combinar la actitud oficial con la ambición económica privada.

G. La mayoría de la Sala estima que las probanzas echadas de menos por el Ministerio Público o el ponente sustituido, no tienen la entidad que se les atribuyó, esto es, originar un auto de

sobreseimiento temporal. Sería desechar comprobaciones ciertas y de innegable mérito. Esas diligencias, algunas de las cuales pueden practicarse en la etapa probatoria de la causa, si se mantiene el concepto de su importancia, no alcanzan a menoscabar la fuerza de convicción que surge espontáneamente de los elementos analizados y que conducen a un llamamiento a juicio. Es así como debe anotarse que los nexos del procesado con la familia Numpaque, existan o no, dejan incólume la ilícita conducta del doctor Nieto Roa. De establecerse la vinculación, se estaría ofreciendo un motivo más de interés en el sindicado, el mismo que el Ministerio Público determina en el sentido de haber procurado "que una familia que maneja importantes sectores económicos de Boyacá, incremente su poder y se haga presente en el mercado de capitales, con apoyo en la actividad de un funcionario y el dinero de un instituto departamental". Igual afirmación debe hacerse respecto del punto de los depósitos del Departamento de Boyacá en la Caja Popular Cooperativa. El delito no depende de esta circunstancia. Constituiría otro factor más de evidencia sobre el ingreso de dineros oficiales a la Corporación Financiera. De otro lado, la conducta punible del ex Gobernador Nieto Roa, no se subordina a que los Numpaque controlasen una o varias cooperativas y que sus dineros fuesen a parar a la corporación o que ésta los prestase a aquéllas. La Corporación, por lo mismo que estaba formándose cuando intervino indelicadamente el doctor Nieto Roa, mal pudo cumplir esa clase de ayudas financieras. Y, finalmente, la intervención de la Superintendencia Bancaria, que debe tomarse como legítima, es también ajena al comportamiento delictuoso del incriminado. Cuando aquella actuó, ya el delito se había consumado. No hay relación causal entre una y otra actividad.

Del delito por el cual debe responder el procesado Nieto Roa

A no dudarlo *se trata del descrito en el artículo 167 del Código Penal derogado, que tiene por* nomen iuris *de las "nogociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". Allí se fija como sanción una multa de ciento a tres mil pesos e interdicción perpetua de derechos y funciones públicas, la cual ha sido sustituida en el nuevo Código, y por eso la ultractiva aplicación de la citada norma, por prisión de seis meses a tres años, multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años, según reza el artículo 145, denominado incompletamente "interés ilícito en la celebración de contrato", que, como su texto lo indica, también comprende la realización de "operación" en la cual el funcionario público interviene o ha intervenido por razón de su cargo. El articulado, en la actual legislación, se comprende bajo el rótulo, no muy feliz, de "celebración indebida de contratos".*

La mudanza que se ha operado en la institución, no refluye más allá de lo indicado en el párrafo precedente. La incriminación, por lo que respecta a la conducta del enjuiciable, se mantiene idéntica y con la misma estructura y finalidad.

Conviene advertir, aunque la glosa constituye lugar común, que la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio. Lo más posible, en estas circunstancias es que se produzca lo que los autores llaman un "desdoblamiento de la personalidad del funcionario", quien actuará dentro de la esfera oficial, con exigencias propias al servidor público, pero orientado por logros personales. Se busca, pues, preservar la ética *administrativa apoyo obligado de esta importantísima gestión.*

Conviene recordar, para obtener un mejor entendimiento del asunto cuestionado, que resulta criterio equivocado requerir como elemento típico de la conducta analizada, el que exista una norma legal que prohiba, con toda precisión, al funcionario la actividad realizada. El error aparece evidente ya que el sistema administrativo opera en forma muy diferente y lo mismo ocurre con la regulación penal. Lo primero porque la pretensión sería la contraria, o sea, exigir la norma legal que permitiera en forma expresa, al empleado público, comportarse en la forma como lo hizo, esto es propender por su provecho propio, y dejar de lado esta regla: "Los intereses de la administración pública son administrativos, económicos y morales. La incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisible subordinación del interés público al del funcionario, cuando

esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes".

Lo segundo porque el antiguo Código Penal, que es el llamado a regir la conducta del doctor Nieto Roa, no atendía a esta orientación. Se desentendía él de las regulaciones administrativas (impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades), porque así éstas no se dieran, la norma penal tenía una construcción completa, ya que solo miraba a que en la celebración de un contrato o en la ejecución de una operación, en la cual el funcionario público actuase "por razón de su cargo", éste se "interesase" de manera directa o indirecta. Ese interés *personal, de provecho particular, traduce la conducta censurable, ya que el Código Penal la recoge, por sí, como actividad incompatible con la función pública. El Código Penal vigente, en parte (artículo 145), corresponde a este mismo régimen, el cual cambia en el artículo 144, que exige como elemento típico el quebranto de una incompatibilidad o de una inhabilidad. En otros términos debe advertirse que cuando se olvida una de estas prohibiciones, el delito se da aunque el funcionario sea ajeno a conveniencias personales. Y, al contrario, si se "interesa" de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.*

Es más, si el "interés" particular deviene en favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios "prohibidos" sino disconformes con el ejercicio de la función pública.

El "interés" así traduzca éste un aprovechamiento económico, puede permitir un beneficio para la administración o para terceros. No se correlacionan, para nada, utilidad y daño. Son dos aspectos indiferentes y ajenos al problema de la negociación incompatible, que persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o "interés" particular. Además, la naturaleza de este delito es ser formal y no de resultado. De ahí que Soler enseñe: "la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucho más frecuencia se derivarían si se adoptara el criterio opuesto", vale repetir, dejar que los funcionarios públicos, simultáneamente con la realización de sus actividades oficiales, atiendan y satisfagan sus "intereses" privados.

Tampoco dice nada a la figura comentada que la acción se cumpla a la luz del día, sin encubrimientos o confabulaciones, aunque suele ocurrir lo contrario y de ahí que las legislaciones hagan casuismo sobre esa base, aludiendo a un comportamiento directo, por interpuesta persona (hombre aparente o de paja) o mediante acto simulado. Si concurrieran factores como el fraude, la retribución, la extralimitación de funciones, la decisión contraria a la ley, el constreñimiento, se daría delito bien distinto, tales como la estafa, cohecho, abuso de autoridad, prevaricato, concusión, etc.

Por último, dentro de este orden de ideas, la doctrina enfatiza en que no se requiere "plena potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario: basta que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación", *o, en otros términos, no se exige que la decisión esté librada únicamente a la voluntad o atribuciones del funcionario comprometido.*

En el caso *sub examine* debe mirarse, principalmente, la intervención oficial del procesado (como Gobernador) en la creación de la Corporación Financiera de Boyacá S. A., y, su evidente "interés" personal en esa gestión, que culminó positivamente en esos dos sentidos. Conviene reiterar esta demostración fáctica:

1º Una de las actividades primordiales para dar curso a esta Corporación, era lograr que Ideboy interviniese con una considerable participación. El sindicado, como Gobernador del Departamento, que le constituia en presidente de la Junta Directiva de Ideboy, intervino como tal (sin ser necesario que él solo tomase la decisión) para obtener de parte de este establecimiento público, un aporte de treinta millones de pesos.

2º Como Gobernador actuó en esa fase decisiva y en las no menos trascendentales realizadas ante la Superintendencia Bancaria, Federación de Cafeteros y Cooperativas. Y lo hizo, para materializar una orden de la Asamblea Departamental, en el sentido de colmar la necesidad de contar la región con una Corporación Financiera.

3º Dentro de ese proceso de formación, de organización, de creación, hizo un aporte individual, que representa, a no dudarlo, un interés personal, el cual se trató de disfrazar a última hora con explicaciones contradictorias e inocuas, y

4º Ese aporte personal, que le dio categoría de socio-fundador, le permitió posteriormente obtener una participación de 1.000.000 de acciones. Cómo interpreta de bien esta última actuación, el siguiente concepto de Soler, que se refiere a una legislación idéntica a la nuestra: "Los tratos celebrados una vez concluida la función, no constituyen negociación, si no ha habido resoluciones anteriores que ya eran interesadas; pero entonces el delito se habría cometido, según se ha dicho, durante el ejercicio de la función, y la ulterior intervención ostensible no sería más que *una prueba de ello*".

No debe olvidarse que también se considera punible, a título de negociación incompatible o celebración de contrato u operación indebidos, la que aparece con posterioridad a la actuación oficial, una vez terminada ésta, pero que se efectuó con el propósito de aprovecharse personalmente al finalizar la gestión pública comprometida en ese acto.

Están satisfechos los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Luis Guillermo Nieto Roa, es hijo de José María y Nohemí, natural de Tunja, vecino de Bogotá, abogado de profesión, casado, de treinta y seis años de edad, cédula de ciudadanía número 17144926 de Bogotá y con Libreta militar número C-592984, Distrito Militar número 1 de Bogotá.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

Llamar a responder en juicio criminal al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, del delito contra la administración pública denominado de las "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", de que trata el Código Penal de 1936, en su libro segundo, título tercero, capítulo cuarto, cometido cuando se desempeñaba como Gobernador del Departamento de Boyacá y en actividad que tuvo que ver con la organización de la Corporación Financiera de Boyacá S. A.

Hágasele saber al procesado los derechos de su defensa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos,
Secretario.

Salvamento de voto

Me separo respetuosamente de la anterior determinación de la Sala, porque considero, con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que la contradictoria y por consiguiente oscura situación procesal, que se advierte en el sumario, no permite fundar legalmente ni un sobreseimiento definitivo a favor del Gobernador Luis Guillermo Nieto Roa, ni, como lo ha hecho la Sala, un llamamiento a juicio en su contra.

1. Como lo observaba en la ponencia elaborada por el Magistrado Auxiliar, doctor Guillermo Moncayo, que no obtuvo el apoyo de la mayoría y que prohijé, accediendo a la solicitud de la Procuraduría Delegada:

"...Los hechos origen y materia del proceso quedaron circunscritos a los siguientes, puntualizados en el auto de la Corte de 14 de agosto de 1980, con fundamento en el cual se ordenó abrir la investigación penal correspondiente:

"...Por haber suscrito el Gobernador Luis Guillermo Nieto Roa, como particular, un aviso de intención para constituir, con otras personas, una corporación financiera...".

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

"...Como lo advirtió la Corte en el auto anteriormente citado, en el que la Corporación se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Luis Guillermo Nieto Roa por todos los numerosos hechos de que fue acusado, excepto en cuanto a su intervención como particular en la constitución de la Corporación Financiera de Boyacá, no fue posible, no obstante los reiterados esfuerzos realizados para establecer la legalidad o la ilicitud de la intervención del entonces Gobernador de Boyacá en la constitución de esa corporación, despejar las varias dudas que esa intervención suya suscitaba, a juicio de la Corte...

"Dijo entonces la Sala:

"...La Corte ha hecho reiterados esfuerzos para establecer la legalidad o la ilicitud de la intervención del doctor Luis Guillermo Nieto Roa en la constitución de una corporación en la que,

como en la Financiera de Boyacá, algunos de sus miembros eran entidades oficiales o semioficiales cuyo capital o parte de él estaba constituido con dineros del Departamento de Boyacá o provenían de la Nación, sin que, no obstante, haya sido posible, hasta ahora, despejar las dudas que esa intervención suscita..."

"*...Está claro, en efecto, que aun cuando el doctor Luis Guillermo Nieto Roa actuó a título personal al suscribir el Aviso de Intención para la constitución de la Corporación Financiera de Boyacá S. A., la calidad de Gobernador del Departamento que para entonces obstentaba y la influencia que su investidura podía ejercer sobre algunas de las demás personas que lo suscribieron, es circunstancia que no puede ser desestimada por la Corte, que encuentra en ello una equívoca actuación que es preciso investigar, con la amplitud que la instrucción sumaria ofrece, para precisar las circunstancias que antecedieron, o fueron concomitantes o subsiguieron a la constitución de aquella Corporación regional, y, por consiguiente, para establecer la licitud o ilicitud de las actividades desarrolladas por el doctor Nieto Roa como Gobernador y, luego de haber sido reemplazado en el cargo, las que cumplió como resultado de aquellas intervenciones iniciales suyas...*"

"*...En suma, debe quedar bien establecido si el comportamiento del funcionario estuvo ajustado a las disposiciones legales que protegen el interés público frente al puramente particular o sí, por el contrario, aquél fue subordinado a las conveniencias o al provecho personal del funcionario, bien por abuso de las funciones propias de su empleo, ya por interesarse, directa o indirectamente, en contratos u operaciones en las que debía intervenir por razón del cargo oficial que desempeñaba...*" (Fls. 219 a 220).

"*...La situación entonces contemplada no ha sufrido, pese al tiempo transcurrido y a las numerosas pruebas practicadas, cambio sustancial alguno...*"

"*...Como muy acertadamente lo ha advertido el señor Procurador Primero, en su concepto sobre el mérito del sumario, éste, en efecto, no ofrece aún 'una absoluta claridad para poder tomar una determinación definitiva' por lo que, a su juicio, debe proferirse 'un sobreseimiento de carácter temporal en favor del ex Gobernador sindicado, a fin de que en la nueva etapa investigativa se aclaren las dudas que se dejaron insinuadas'...*"

2. Frente al alcance que, a juicio de la mayoría, tiene la norma que estima violada y, por supuesto, en oposición al valor que se da a algunas de las pruebas recogidas, pueden hacerse, a mi modo de ver, incluso con mejores fundamentos jurídicos, las siguientes consideraciones:

No parece acorde con una sana hermenéutica considerar la norma penal concreta que se estima infringida con total abstracción de su naturaleza, del objeto materia de la protección punitiva y de la finalidad que la disposición pretende, de modo que, en el caso concreto de que se trata, no puede acudirse al artículo 167 del Código Penal sin referirlo al título dentro del cual está comprendido (delitos contra la administración pública), ni al capítulo a que la conducta se halla circunscrita (negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas), como si la norma existiera al margen del Código Penal y tuviera, por ello, vida autónoma e independiente respecto de las demás de la ley en la que se encuentra.

No puede decirse, en efecto, que el delito descrito en el artículo 167 se dé siempre, cualesquiera que sean las circunstancias dentro de las cuales el funcionario o el empleado público o el que transitoriamente desempeña funciones públicas se interese, directa o indirectamente y en provecho propio, en los contratos u operaciones en que debe intervenir por razón de su cargo y, por consiguiente, que se dé, aun cuando la conducta no atente en modo alguno contra la administración pública y aun cuando la ley no haya establecido incompatibilidad de ningún tipo entre ese interés suyo personal y el ejercicio de la función pública que desempeña.

Respecto del "interés", ya ha dicho la Corte que para que sea penalmente castigado, debe ser, de tal naturaleza, que el privado del funcionario prevalezca sobre el público que se le ha encomendado defender:

"*...Lo que la ley penal reprime bajo la denominación de 'Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas', es la conducta abusiva del funcionario que pone en peligro los intereses generales que representa con la mira de hacer prevalecer un interés particular de enriquecimiento ilegítimo, hechos que, por otra parte, son inconvenientes para la vida del Estado y para el prestigio de las instituciones, que exigen la máxima circunspección por parte de los funcionarios públicos...*" *(Auto, 17 febrero 1953, LXXIV, 777).*

Y, respecto de la exigencia de que exista una norma que establezca la incompatibilidad para que la conducta pueda ser penalmente reprimida, se ha dicho por la propia Sala y por uno de sus miembros, que las normas penales no pueden considerarse independientemente del resto de la legislación, incluso de aquellas que no alcanzan a ser siquiera parapenales.

La Sala, en efecto, dijo en auto de 15 de febrero de 1980:

"...aunque aún no se ha establecido una opinión unánime en esta materia, sí puede considerar aceptado por la inmensa mayoría de los tratadistas la afirmación básica de que por 'ley penal' no debe entenderse tan sólo el conjunto de normas contenidas en el Código Penal, sino todas las disposiciones de los restantes ordenamientos jurídicos que tengan relación directa con aquéllas, es decir, como expresa algún autor (Mezger), 'el total estado jurídico en el que descansa la punibilidad'..."

"...No han faltado quienes pretendan introducir restricciones en la aplicación tanto temporal como por razón del contenido mismo de las normas a la regla expresada..."

"...Así, algunos dicen que no hay lugar a la aplicación de las disposiciones extrapenales cuando no modifican el tipo abstracto de una infracción penal, bien sea en sus elementos básicos ora en sus circunstancias integradoras del tipo..."

"...Por ejemplo, sólo podía aplicarse una norma civil al tipo de corrupción de menores si alterara la edad del sujeto pasivo..."

"...De otro lado también se ha dicho que sólo pueden tomarse en cuenta las modificaciones establecidas por leyes distintas a la penal cuando al entrar en vigencia, aún le fuera posible al sujeto activo de la conducta examinada ejecutar el acto que se considera delictuoso, por ejemplo, si se trata de un funcionario público, cuando todavía ejerce el cargo en cuyo ejercicio cometió el delito..."

"...O bien se exige que el proceso aún no haya terminado, es decir, que antes de pronunciarse sentencia definitiva haya ocurrido la modificación extrapenal del tipo o de sus componentes principales..."

"...Ciertamente esta última limitación es muy conveniente, ya que, cuando la sentencia condenatoria se encuentra en firme, sólo cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que requiere la supresión total del carácter delictuoso de un hecho, esto es que desaparezca, en abstracto, como delito..."

"...Pero no parecen atendibles las otras exigencias, en particular la que pretende que se modifique la figura abstracta del ilícito, es decir, el tipo del delito..."

"...El 'estado jurídico' que se deja mencionado comprende, según algunos autores (Mezger, entre ellos) tanto la norma objetiva de derecho, esto es, el juicio de valoración sobre determinadas conductas y estados para determinar el objeto de la protección, como la norma protectora, esto es, la ley penal en sentido estricto. O sea que se produce una atenuación en el estado jurídico no sólo cuando se modifican favorablemente al reo las disposiciones pertenecientes a esta última sino también cuando sufren variaciones las primeras, porque esto significa que el legislador ya no considera que debe castigarse determinada violación del orden normativo cultural o que la sanción debe ser menor por haber disminuido la gravedad de la lesión a dicho ordenamiento..."

El señor Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, por su parte, ha precisado, admirablemente, el fenómeno de la unidad del orden jurídico, en los siguientes términos:

"...Las distintas ramas del derecho constituyen un conjunto armónico, conforme al cual, como las partes de un todo, se integran dentro de una unidad..."

"...El derecho, puede decirse, es uno solo dividido en distintas manifestaciones. Entre ellas no puede haber oposición, porque, como dice Rocco, 'en esta grande unidad que llamamos derecho, un desacuerdo interior no es concebible. El ordenamiento jurídico no puede consentir la guerra entre las normas individuales que lo constituyen en modo tal que la una prohiba lo que la otra ordena, o condene lo que otra consienta'..."

"...Llevado este principio al campo del derecho penal se tiene que no es posible no solamente que en el seno del mismo se presenten contradicciones de esta naturaleza, sino que un comportamiento pueda ser lícito a la luz de otra rama del derecho, e ilícito para el derecho penal, o a la inversa..."

"...Esta unidad del derecho se basa en la del Estado, ya que éste es uno solo, con una sola

voluntad, la cual no puede expresarse en manifestaciones contradictorias, como sería la de permitir y prohibir algo al mismo tiempo..."

"*...Así (ha dicho Nelson Hungría), si una norma penal incrimina tal o cual hecho que, entre tanto y en determinados casos, otra norma jurídica, penal o extrapenal, permite o impone no ha de reconocerse existencia de delito. Esta dilación es incuestionable, aun cuando la norma que establece la licitud sea de derecho privado. Este también entra, como elemento sinérgico, en el orden social. Ningún derecho subjetivo individual, así sea de carácter privatístico, puede gravitar fuera de la órbita del interés social. Si el derecho civil, por ejemplo, al disciplinar esta o aquella* facultas agendi, *autoriza, para asegurarle pleno ejercicio, la ejecución de un hecho que, en otras condiciones, constituiría delito, se debe entender que así lo dispone, no simplemente por amor al derecho individual en sí, sino también por interés al orden jurídico general. Tal disposición no deja, por lo tanto, de repercutir sobre el derecho penal...*" *(Nuevo Foro Penal número 12, pág. 381).*

Las anteriores, indiscutibles consideraciones, son tanto más atendibles en el asunto de que se trata, cuanto que el Código Penal no señala, por supuesto, todas y cada una de las incompatibilidades a que el artículo 167 se contrae, de modo que resulta imprescindible para estructurar el delito, que se relacione esa norma con las del derecho público o privado, para de allí deducir si la conducta que se juzga está permitida en esa legislación, en cuyo caso no podría castigarse penalmente o si, por el contrario, existen normas civiles, comerciales, administrativas, o de cualquier otro orden, que establezcan tales incompatibilidades, pues, de existir, la figura delictuosa quedaría completa, esto es, debidamente estructurada.

Son tanto más atendibles esos argumentos, además, por cuanto la intervención del funcionario estuvo dirigida a formar una sociedad de economía mixta que, por su naturaleza, es persona distinta de los socios que la forman, requiere para su funcionamiento capital público y privado y se halla sujeta, para su funcionamiento, a las reglas del derecho privado.

La Corte ha analizado la naturaleza de estas sociedades, en forma que no deja dudas sobre el hecho, relevante, de que con ellas se busca "llegar a una organización de la economía en la que se armonicen y concilien *los intereses privados con los intereses generales o colectivos" (resalto):*

"*...No hay duda, dice la Corte, que esta clase de sociedades no ha encontrado todavía su verdadero sitio en el derecho; las dificultades surgen del propósito buscado no sólo de formar un patrimonio social con aportes estatales y privados, sino de encontrar una colaboración abierta de los dueños de ese patrimonio, el Estado y los particulares, para el logro de los beneficios sociales, o sea para llegar a una organización de los intereses de la economía en la que se armonicen y concilien los intereses privados con los intereses generales o colectivos. Y en una forma más avanzada y más completa, encontrar una verdadera transacción entre el socialismo de Estado y el viejo liberalismo económico, entre el deber social del Poder Público y la empresa privada, para aprovechar no sólo el capital privado sino la experiencia y la capacidad técnica de los particulares. Se llega por este medio a una aplicación práctica de la función social de la propiedad, porque no se elimina el carácter privado garantizado en la Carta,* sino que la pone simultáneamente al servicio de los intereses particulares y al servicio de los intereses generales de la sociedad..." *(subrayo).*

(Sentencia de 27 de febrero de 1975.)

En una sociedad de economía mixta, regulada por el Código de Comercio, no puede considerarse delictuosa una actuación cumplida como Gobernador en representación del interés público y como simple particular con idénticos propósitos y comunidad de intereses, entre otras razones, por la potísima de que no existe oposición alguna entre unos y otros, y, por consiguiente, porque no existe incompatibilidad entre la defensa del público y del privado, en quien actúa a nombre y en defensa de ambos intereses.

Esta, entre otras, ha sido la razón por la cual los Procuradores Delegados para la Contratación Administrativa que han investigado y estudiado, minuciosamente, todo el desarrollo de la constitución y funcionamiento de la Corporación Financiera de Boyacá, han concluido por declarar la absoluta corrección del Gobernador Nieto Roa, absteniéndose, incluso, de formular cargos al funcionario respecto de esa intervención suya y como resultado de ello, ordenado archivar definitivamente todas las infundadas denuncias disciplinarias formuladas en su contra.

El Procurador Delegado para la Contratación Administrativa, doctor Eduardo Torres E., cu-

yo conocimiento de la materia no puede ponerse en tela de juicio, dijo, en providencia de 29 de febrero de 1980, luego de exhaustiva investigación, que, como resultado de ella, no existía mérito alguno para "formular cargo al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, en su calidad de Gobernador del Departamento de Boyacá, en razón de las consideraciones hechas (en esa) providencia", cuyos fundamentos no pueden ser más atendibles:

"...En razón de las características anotadas a la Corporación Financiera de Boyacá S. A. y analizando la posición del doctor Luis Guillermo Nieto Roa, como uno de sus accionistas, llegamos a la conclusión de que la queja formulada por el doctor Jorge Quijano Bustamante no da base para formular cargos, si se tiene en cuenta que la actitud del ex Gobernador de haber invitado a su Despacho a los demás suscriptores del Acta de Organización de la Corporación y el haber consignado en la Resolución número 3937, por la cual se autorizó la creación y funcionamiento de la Corporación Financiera de Boyacá S. A., que:

"...el doctor Luis Guillermo Nieto Roa, en representación del Departamento de Boyacá y en nombre propio..."

"...al expresar su intención de crearla, no es anómala, porque como se dejó establecido, las acciones las suscribió como cualquier particular y no hay incompatibilidad (que debe ser precisa) para contratar bajo las reglas de derecho privado, pues no se encuentra expresamente contemplada como se requería; y la suscripción no resultaba expresamente prohibida a los funcionarios, no obstante que tal actitud puede considerarse inconveniente desde el punto de vista ético y puede afectar el buen concepto de la administración..."

"...Las sociedades anónimas obedecen los presupuestos del Código de Comercio y habiendo suscrito el doctor Nieto Roa acciones por un valor de un mil pesos ($ 1.000.00) (100 acciones a $ 10.00 cada una) obviamente tenía que supeditarse a las reglas del artículo 384 del Código de Comercio, que dice:..."

"...*La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la Sociedad, de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos...*"

"...De manera que si los accionistas deben sumisión a las normas de la Sociedad anónima y éstas a su vez a la Superintendencia Bancaria que vigila las actividades a cuya aprobación se sometió el acto de constitución, no tienen asidero los cargos del quejoso Quijano Bustamante, cuando dice que las pretensiones del doctor Nieto Roa eran apoderarse de la Corporación Financiera de Boyacá S. A., ya en su posición de ex Gobernador, con un grupo de sus amigos personales..." (Fls. 231 a 232).

A mí me parece que la mayoría de la Sala no distingue entre dos fenómenos totalmente diferentes entre sí, el de la *indebida confusión* de las calidades del funcionario o empleado público y las puramente personales de éste, evento en el cual se actúa como empleado oficial pero en interés particular, y el de la *simultaneidad pero independencia* entre los actos que se manifiestan y se ejecutan en cumplimiento de los deberes oficiales y los que al propio tiempo, pero separadamente, se expresan y se cumplen a título puramente personal, sin que haya, en tal caso, confusión alguna entre uno y otro comportamiento.

3. Para advertir las tremendas contradicciones, vacíos y oscuridad que sobre el comportamiento del Gobernador Nieto Roa arroja la investigación, basta, en suma, cotejar las consideraciones que dejo brevemente expuestas con las motivaciones del auto de proceder, para concluir, como concluyo, que éstas no son, frente a aquéllas, ni tan sólidas, ni están exentas de controversia, ni aparecen procesalmente tan completamente demostradas, como para sustentar el auto de proceder que ha proferido la Sala.

Por ello y porque, en tales condiciones, como lo ha solicitado el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la calificación del mérito del sumario ha debido hacerse mediante auto de sobreseimiento temporal, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

11 de junio de 1982.

CASACION. ARTICULO 580 CAUSAL 1ª

Cuando se alega la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de ostensible error de derecho o de hecho, le corresponde al censor señalar en primer término cuál precepto instrumental de carácter probatorio fue infringido para, a continuación, demostrar de qué manera esa infracción llevó al quebranto de la norma sustancial. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 8 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Abogado Auxiliar: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta número 37.

Vistos

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, con salvamento de voto de uno de sus miembros, mediante sentencia de 24 de marzo de 1981, al revisar la absolutoria proferida por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito, condenó a Francisco Díaz-Granados García, ex Notario Segundo del Círculo de Ciénaga (Magdalena) a la pena principal de cinco (5) años de prisión, más accesorias correspondientes, al hallarlo autor responsable de concursantes delitos de falsedad documental.

Contra tal determinación el abogado defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, que la Corte admitió por auto de 25 de agosto de 1981 y, dentro del término legal, por conducto de apoderado al efecto, fue presentada la demanda de sustentación, la que oportunamente se declaró formalmente ajustada a los requerimientos de ley.

Hechos y actuación procesal

Los primeros, con ceñimiento a la realidad procesal, los presenta el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, así:

"...El denunciante, señor Rafael Ramírez Ojito, moraba con la familia suya, desde mucho tiempo atrás en la casa perteneciente a la sucesión ilíquida de su progenitora, Dionisia Ojito de Ramírez, Ramón Demetrio Avendaño Cantillo obtuvo que le otorgaran en la Notaría Segunda de Ciénaga, a cargo del señor José Francisco Díaz-Granados la Escritura Pública número 227 de julio 9 de 1974, en la cual se hace figurar a la esposa de Ramírez Ojito, Josefa Antonia Gámez de Ramírez, enajenándole con pacto de retroventa el mencionado inmueble, en donde además se asegura que lo adquirió por ocupación material desde hace 20 años, siendo que dicha señora no concurrió a la Notaría, tampoco suscribió el instrumento por ante notario Público, ni mucho menos celebró negocio alguno con el comprador. Resultó que Adolfo León Ramírez, hijo del matrimonio Ramírez Gámez, y a la vez empleado de confianza de la Notaría Segunda, había contraído obligaciones de crédito con Avendaño Cantillo y, a fin de garantizar el cumplimiento, intervino para que se consumara la ilícita actuación notarial.

"...Más tarde, Avendaño Cantillo instauró acción judicial de entrega por medio de apoderado, con base en el documento falso de tal manera conseguido. Fue así como el Juzgado Civil Municipal del referido municipio condenó y desalojó a la familia Ramírez Gámez de la residencia que de antaño habitaban..."

La investigación la inició el Juzgado Doce de Instrucción Criminal, con asiento en Ciénaga (Magdalena) el 15 de junio de 1975 y, posteriormente, al quedar radicada la competencia para conocer del asunto, en el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta; éste calificó el sumario el 8 de febrero de 1977, llamando a juicio a José

Francisco Díaz-Granados García por el delito de falsedad documentaria y sobreseyendo definitivamente a favor de Ramón Demetrio Avendaño Cantillo y Adolfo Ramírez Gámez, quienes, como aquél, habían sido vinculados al proceso. En el expediente no existe constancia sobre la forma en que el Tribunal pudo haber resuelto la consulta del sobreseimiento, pero al hacer tránsito a ejecutoria el llamamiento a juicio del ex Notario Díaz-Granados García, el Juez de la causa asumió la tramitación de ésta, sin que durante el plenario probatorio de la misma se incrementara el caudal probatorio. El 23 de junio de 1977, con la ausencia del encartado, oportunamente declarado reo contumaz, fue verificada la audiencia pública con intervención de los representantes de la defensa y de la parte civil, quienes en su orden demandaron la absolución y condena del incriminado. Y el Juzgado, al dictar sentencia el 4 de agosto de ese año, acogió la petición del abogado defensor, decisión que al ser consultada con el Tribunal, dio lugar a la que es materia del recurso de casación.

La demanda

Impugna la sentencia el Tribunal, a la que formula un solo cargo bajo el marco del cuerpo segundo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque en ella "se ignoró la existencia de un hecho en el proceso, cuya evidencia probatoria habría influido en forma concluyente en su definición, haciendo posible la absolución de Díaz-Granados García, y tal hecho lo fué la confesión de éste, de aceptar el hecho que lo perjudicaba de no haberse acercado a la firma de la Escritura, como era su deber, para cerciorarse de la presencia de las personas que en dicha Escritura intervenían".

Dice el libelo que al reconocer Díaz-Granados García que no se había acercado "hasta la firma de la Escritura", porque en su confección había intervenido Adolfo Ramírez Gámez, su empleado de confianza, e hijo de la señora Gámez de Ramírez, está poniendo de presente "la absoluta ausencia de dolo en su acto". Pero que, sin embargo, el Tribunal pasó por alto tal circunstancia, siendo (cita jurisprudencias de esta Corporación) que "es bien sabido" que "la intención o dolo en los delitos de 'falsedad documentos públicos' se integra por la voluntad de ejecutar el hecho y la consciencia (sic) de la ilegalidad de lo que se ejecuta, ya que lo que se sanciona en el delito de 'falsedad en documentos públicos' es la falta de veracidad en el funcionario y el grave que branto del interés público y de las garantías de seguridad y protección que los servicios y actos oficiales ofrecen a los ciudadanos en su vida de relación". De esa manera —dice— el juzgador *ad quem* desestimó la prueba por confesión con violación del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, "error de hecho éste al cual obedeció la violación indirecta de la ley (Art. 264 del C. de P. P.)", por cuyo motivo, en su sentir, la sentencia acusada debe ser casada, para que, en su lugar, se dicte la absolutoria.

Respuesta del Ministerio Público

Previa alusión a los hechos en la forma vista, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal rebate el cargo de la demanda, así:

"La preterintención del hecho que el censor menciona resulta, a la luz del mismo fallo acusado, más aparente que real. En efecto, si bien es cierto que en la sentencia condenatoria propiamente dicha, pero específicamente en el acápite correspondiente al estudio de la culpabilidad del procesado, no se hace expresa mención del aspecto de la confesión que aquél echa de menos, no significa que el juzgador no lo hubiera tenido en cuenta, valorándolo, al momento de resolver.

"En efecto, parte indisoluble del fallo, por cuanto con éste forma una unidad jurídica, lo constituye el salvamento de voto de uno de los Magistrados que componen la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior, en donde se aparta del pensamiento de la mayoría, sobre la base de que en la conducta del señor Díaz-Granados no existió intención criminal, ya que —arguye el Juez disidente— '...preciso es convenir que el señor Díaz-Granados García fue objeto de un engaño, fue asaltado en su buena fe, porque no se imaginó jamás que la madre de un dependiente suyo fuera a jugarle una mala pasada...'

"También, al hacer un breve estudio del elemento subjetivo del hecho punible, el sentenciador dedujo el dolo remitiéndose a 'las pruebas relacionadas en la parte motiva del auto de proceder', el que permaneció inmodificado durante la etapa probatoria del juicio, providencia en la cual se examinó, desde luego, dentro del contexto general probatorio, la confesión del Notario Segundo de Ciénaga, para concluir con la existencia del dolo.

"De lo visto, resulta evidente que el juzgador sí tuvo en cuenta, al fallar, apreciándola en su integridad, la confesión del procesado, sólo que con relación a la alegada buena fe, encontró pruebas con suficiente poder de convicción para

excluirla y dar por sentado la existencia plena de la culpabilidad del procesado a título de dolo.

"No aparece, entonces, a juicio de esta Procuraduría Delegada, el error de hecho manifiesto en que, según el decir de la demanda, incurriera el *ad quem*, ya que en ella apenas si se desconoce el valor probatorio dado por el fallador a las pruebas en su conjunto, no encontrando por parte alguna elementos de juicio como para edificar sobre ellos una causal de inculpabilidad que impidiera la estructuración del delito.

"Al margen de lo que se deja expuesto, para este Despacho resulta forzada la transcripción doctrinal que trae el actor, alusiva a ciertas actuaciones notariales, para que se tenga como rigurosamente aplicable al caso de autos, toda vez que en éste no se trata de que se hubiera depositado absoluta confianza en un subalterno por exceso de trabajo, pues se supone que esa circunstancia propia de las grandes ciudades no se presenta en el Municipio de Ciénaga. Además es el propio señor Díaz-Granados quien se encarga de poner en tela de juicio la honorabilidad del empleado, en razón de sus malos antecedentes en el desempeño del cargo y, por ende, se cae por su base la aducida credulidad en su rectitud.

"Pero es que, por otra parte, fuera de que el señor Díaz-Granados García procedió con intención y conciencia de inmutar la verdad, sabiendo que chocaba con la ley, y, por lo menos, representándose un resultado dañoso potencial, que es en lo que sustancialmente consiste el dolo, obran en su contra graves indicios, como son los de haber afirmado en un principio la presencia de la otorgante de la Escritura ante él, al estampar la firma y hacer las declaraciones que constan en el instrumento, para después rectificar la anterior versión confesando la verdad; al interés que mostró en el producto de la operación de crédito celebrada entre el hijo de la presunta vendedora y el empleado suyo (sic), pues en una ampliación del crédito pretendió que el dinero recibido por este último cubriera un faltante que le aparecía de los fondos recibidos en la oficina para el pago de unos derechos de registro (Fl. 31), y según lo sostiene el supuesto comprador, Ramón Demetrio Avendaño, fueron muchas las sugerencias que le hizo el Notario Segundo sobre la bondad del negocio que estaba efectuando con Adolfo Ramírez Gámez (Fls. 54 y 55). Todo lo que se acaba de exponer indica, sin lugar a dudas, que tampoco era tanta la evidencia probatoria de la buena fe aludida en la confesión por el procesado recurrente".

El agente Fiscal encuentra, en consecuencia, infundado el cargo de la demanda.

Consideraciones de la Corte

El motivo de casación que la demanda invoca, o sea el que señala el cuerpo segundo del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, exige que "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".

Tal norma consagra la hipótesis de violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de ostensible error de derecho o de hecho, por cuyo motivo la jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que cuando ella se alega, toca al censor señalar, en primer término, cuál precepto instrumental de carácter probatorio fue infringido, para, a continuación, demostrar de qué manera esa infracción llevó al quebranto de la norma sustancial, entendiendo por ésta aquella que establece los hechos punibles y las penas correspondientes a los mismos, o las circunstancias rectoras de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

Es doctrina de esta Sala, igualmente, que cuando el juzgador basa la condena en pluralidad de elementos de convicción, es deber del demandante atacar todo el haz probatorio para que sea viable la censura en el ámbito de la violación indirecta de la norma sustancial, porque de otra forma se estaría autorizando la casación con fundamento en un simple criterio de oposición carente de seriedad, por no hacer referencia a todas las pruebas recogidas, más si de todas estas en conjunto dedujo el sentenciador la objetividad del delito y la culpabilidad del incriminado.

Por lo anterior, cabe afirmar que el libelo peca contra la metodología del recurso de casación, porque el censor se limita, de una parte, a hacer cita únicamente del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal como norma sustancial violada, con olvido de que por tratarse del precepto que disciplina la prueba por confesión es de índole meramente procesal y cuyo quebranto apenas vendría a constituir la violación media, por cuyo motivo la alegación, al no indicar norma alguna sustancial que pudiera resultar in-

fringida, comporta una proposición jurídica incompleta; y, por la otra, porque la censura sólo se funda en la declaración del procesado, siendo que por haberse servido el juzgador de segundo grado de distintos medios probatorios para deducir la existencia del cuerpo del delito y la culpabilidad de aquél, tocábale forzosamente la réplica de todos ellos, pues si la verdad de los hechos la obtuvo el Juez de las distintas pruebas, lo lógico es que la impugnación se refiere a todas y no a una sola.

Además, si en sentir del demandante el Tribunal debió admitir la confesión cualificada del encausado, correspondíale necesariamente hacer un detallado estudio de todo el caudal probatorio para demostrarle a la Corte la imposibilidad de la división de aquélla por no aparecer prueba en contrario de las circunstancias cualificantes. Pero, como con acierto lo señala el concepto de la Procuraduría, existen en el proceso hechos debidamente establecidos que llevan a descartar la buena fe alegada por el procesado en disculpa de su acción.

Efectivamente, la buena fe que los defensores han atribuido al procesado, dista mucho de estar comprobada para permitir afirmar que fue engañado por su empleado Adolfo León Ramírez y que, por lo tanto, se está en frente de un caso de ausencia de dolo.

Díaz-Granados ha dicho reiteradamente que vio en su oficina a la señora Josefa Antonia Gámez de Ramírez y aunque en sus intervenciones posteriores a la primera indagatoria dice no haberla visto firmar la Escritura de venta de su casa y haber confiado en lo que le decían el hijo de ésta y su auxiliar en la Notaría, el ya mencionado Adolfo León, en la diligencia citada expresó enfáticamente (Fl. 33 vto.) que la había visto firmar, versión que, más tarde, cambió por la contraria.

De modo que no puede hablarse propiamente de una confesión que no se tuvo en cuenta, como dice la demanda, puesto que, como se deja anotado, no existe una sola versión suministrada por el procesado, sino dos y éstas se contradicen.

De ahí que carezca de fundamento este cargo y haya de ser desechado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —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,

Revuelve

NO CASAR la sentencia acusada de origen y fecha indicados en las motivaciones de esta providencia.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS

Resulta procesalmente irrelevante que el Juez o Magistrado o algún pariente suyo hayan tenido interés en el proceso, si han dejado de tenerlo, o que él mismo o su cónyuge sean parientes de quienes hayan sido apoderados o defensores de algunas de las partes, si ya éstos no lo son en el asunto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de junio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 038.

Vistos

El Juez Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta envió esta actuación a la Primera Penal de la misma categoría de Pamplona, manifestándole que le correspondía conocer del proceso a causa de haber cesado el motivo de impedimento que tuvo ésta para ser separada de él y a virtud de lo cual el negocio, finalmente, le había sido atribuido al Juzgado de Cúcuta.

La Juez de Pamplona, por el contrario, si bien admitió que el apoderado del sindicado, su marido, había renunciado el poder para actuar en el asunto y que el procesado, además, había designado otro abogado con quien se continuaba la actuación, consideró, no obstante, que la causal de recusación persistía por el solo hecho de haber actuado su cónyuge en aquel carácter y como consecuencia de ello, a causa de que tanto éste como ella se habían beneficiado de los honorarios recibidos del sindicado.

Considerandos

1. *Del texto de las causales de recusación señaladas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal es fácil advertir que, respecto del tiempo, dos se refieren a hechos ocurridos con anterioridad al momento en el que el funcionario conoce del asunto, que son las contenidas en el numeral 4 ("haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso") y en el numeral 7 ("haber dictado la providencia de cuya revisión se trata") una de ellas opera tanto por haberse presentado con anterioridad al conocimiento del negocio por el juez, como por ocurrir al momento de conocer éste de él, que es la señalada en el numeral 6 ("ser o haber sido el juez o magistrado tutor o curador o pupilo de alguno que sea parte en el juicio"), en tanto que todas las demás, entre las cuales están las señaladas en el numeral 1 ("tener el juez, el magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, interés en el proceso") y en el numeral 3 ("ser el juez o magistrado, o su cónyuge, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, del apoderado o defensor de alguna de las partes"), que son las que alega la Juez Primero Penal del Circuito de Pamplona para declararse impedida, que, a diferencia de las anteriores, deben darse al momento de encontrarse el asunto a conocimiento del funcionario.*

Resulta procesalmente irrelevante, por tanto, que el juez o magistrado o algún pariente suyo hayan tenido *interés en el proceso, si han dejado de tenerlo, o que él mismo o su cónyuge sean parientes de quienes* hayan sido *apoderados o defensores de alguna de las partes, si ya éstos no lo son en el asunto.*

2. *La tesis conforme a la cual admitido un impedimento dentro de determinado proceso, aquél debía mantenerse hasta la terminación de éste, expuesta en auto de 7 de abril de 1979, no ha sido, sin embargo, reiterada por la Sala en ninguna otra ocasión posterior.*

En consecuencia hay que concluir que, como en este caso, desapareció el interés que inicialmente tuvo la juez de Pamplona y como quien actúa ahora como apoderado del sindicado no es su marido, sino otra persona respecto de la cual no le une vínculo alguno de consanguinidad o de afinidad, las razones de su impedimento han desaparecido y carece ya de respaldo procesal y de fundamento legal su separación del asunto.

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 a la Juez Primera Penal del Circuito de Pamplona, a quien se le enviará el expediente, a tiempo que se remitirá copia de esta providencia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta para los fines legales consiguientes.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INEXISTENCIA DE CONEXIDAD

Cuando los hechos productores de las posibles transgresiones legales que se le imputan a un procesado ocurrieron en diferentes fechas, afectaron o beneficiaron a personas distintas, tuvieron diversas modalidades y poseen características propias que los individualizan y aislan, resulta imposible hallar en ellos la conexidad necesaria para investigarlos y fallarlos en un solo proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 38 de 9 junio/82.

Vistos

Por apelación del defensor de la procesada Amira de los Angeles Montero Anzola, revisa la Sala la providencia mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá al calificar el mérito de la presente sumaria la llamó a responder en juicio por varios delitos de abuso de autoridad y de prevaricato y la sobreseyó, definitiva y temporalmente, por otros distintos cargos que le aparecen.

La denuncia fue formulada por veinticuatro (24) vecinos del Municipio de Cota, sitio éste en donde la doctora Montero Anzola desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal como con prueba plena documental se estableció.

En la providencia apelada se la enjuicia por tres (3) delitos de abuso de autoridad que se hacen consistir en los siguientes hechos: 1. Haber sacado de la cárcel, sin motivo alguno, al detenido Enrique Terán Ballén, y haberle dejado por veintidós días fuera del establecimiento carcelario a partir del 4 de septiembre de 1979; 2. Haberse negado a practicar diligencia de levantamiento del cadáver del menor René David Fiquitiva Acevedo que se ahogó en un pozo para recoger agua, el 5 de agosto de 1980, y 3. Haber abandonado el cargo a partir del 26 de septiembre de 1980.

Los cargos de prevaricato por los cuales también se la llama a responder en juicio, se hacen consistir en los siguientes hechos: 1. El haber suspendido mediante providencia de 26 de septiembre de 1979, la detención preventiva del sindicado Enrique Terán Ballén, y 2. El haber ordenado unas requisas que se califican de verdaderos allanamientos sin el cumplimiento de los requisitos de ley, mediante comunicación a las autoridades de Policía del 3 de septiembre de 1980, órdenes éstas que permitieron la captura de Antonio Mórtigo Tenjo y el decomiso de algunos bienes.

El sobreseimiento definitivo que la providencia contiene hace relación con la captura y vinculación a un proceso por hurto del menor Miguel Angel Mórtigo, hecho éste que se produjo el 4 de septiembre de 1980. El sobreseimiento temporal se refiere al cargo que consiste en haberse negado a practicar diligencia de levantamiento del cadáver de Arturo Ruiz Calderón, hecho acaecido el 11 de septiembre de 1980.

La procesada rindió indagatoria y fue examinada por varios siquiatras e incluso internada en algunas clínicas especializadas en el tratamiento de enfermedades mentales. El examen que se le practicó en el Instituto de Medicina Legal permite saber que los síntomas de anormalidad mental en ella empiezan en el año de 1977 y que actualmente padece de "psicosis maniaco-depresiva". Como conclusión de dicho examen dicen los expertos: "Para la época de los hechos que se investigan y actualmente, la doctora Amira Montero Anzola se encuentra padeciendo de enfermedad mental que la ubica dentro (de) las previsiones del artículo 29 del Código Penal viejo y el artículo 31 del Código Penal nuevo. Debe continuar en tratamiento psiquiátrico" (Fl. 225).

En el aparte "M" de la providencia que se revisa y ante la evidente multiplicidad de cargos

que le aparecen a la procesada, el Tribunal que califica, dice: "No obstante que entre algunos de los hechos de que da razón el presente informativo no existe relación de conexidad que haga imperativo el adelantamiento de un proceso único, por razones de conexidad procesal, habida cuenta de la unidad de denuncia, de ser una persona la denunciada, y para un mayor aprovechamiento de la prueba, la Sala de Decisión ha considerado conveniente tramitar bajo una misma cuerda los hechos que se endilgan a la denunciada".

En orden a la solución del punto que la apelación plantea, la Sala efectúa las siguientes consideraciones:

La procesada fue llamada a responder en juicio por tres (3) delitos de abuso de autoridad y dos (2) de prevaricato, y sobreseída temporalmente por uno y definitivamente por otro en dos cargos más de abuso de autoridad que le aparecen. Todos los hechos productores de las posibles transgresiones legales que se le imputan en profusión ocurrieron en diferentes fechas, afectaron o beneficiaron a personas distintas, tuvieron diversas modalidades y poseen características propias que los individualizan y aislan en tal forma que resulta imposible hallar en ellos la conexidad necesaria para investigarlos y fallarlos en un solo proceso.

No se ve, por lo dicho, trabazón o atadura, enlace o ligamen, entre las negativas de la juez a levantar dos cadáveres en épocas diferentes y el haber abandonado su cargo, o entre tales hechos y las órdenes de allanamiento y decomiso que se le cargan como ilícitas y las capturas o excarcelaciones abusivas en que se dice incurrió.

La conexidad se predica de los delitos cuando éstos aparecen ligados, unidos, enlazados o de tal manera concatenados, que la relación esencial, el vínculo íntimo y el nexo lógico que guardan entre sí determinan la necesidad de investigarlos y fallarlos en un mismo proceso con el objeto de asegurar, entre otras cosas, la unidad de dicho proceso y la del juez, la economía del procedimiento y una más adecuada dosificación de la pena posible. Constituye la conexidad una clara excepción al principio general de la unidad del proceso penal que consagra el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, cuando dice: "Para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes".

Los delitos cometidos en concurso recíproco y los realizados mediante acuerdo permanente o transitorio de varias personas determinan también, según la misma norma en cita, la unidad del proceso. Tales fenómenos no se dan en este caso ni a ellos se refiere la calificación examinada.

El juzgador de primera instancia no ignoró la inexistencia de conexidad entre las múltiples conductas que se imputaron como delictuosas a la procesada por un crecido número de habitantes del territorio en donde ella tenía jurisdicción. Lo dicho aparece con claridad en el fragmento que de la providencia en alzada se transcribió aquí. Sin embargo, optó por la investigación y fallo conjuntos de todas las imputaciones por simple "conveniencia" y con base en tres razones que son: a) La denuncia es una sola; b) Una misma es la persona denunciada, y c) Hay un mejor aprovechamiento de la prueba. Estos motivos no resultan suficientes para dejar de aplicar el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, como se verá.

La denuncia única no es, ni puede ser, factor determinante de la investigación y fallo conjunto de varios delitos, pues aquél o aquéllos que la presentan pueden, y así acontece ahora, efectuar una verdadera recopilación de conductas pasadas y presentes para ponerlas en conocimiento de las autoridades como infracciones en un solo momento. Basta ver, en el caso presente, que algunos hechos imputados a la funcionaria se sucedieron en diferentes meses del año de 1979 y otros en meses diversos de 1980, para saber que si por haber sido denunciados en unidad de actos deben investigarse dentro del mismo proceso, la unidad de éste quedaría librada a la voluntad del denunciante individual o plural.

El que sea una misma la persona a quien se imputen diferentes hechos posiblemente delictuosos que no guardan conexión entre sí tampoco resulta consideración atendible para unificar el proceso. Constituye sí una clara causal de acumulación de acuerdo con el numeral 1 del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, que la prevé para los procesos en que el auto de proceder se halle ejecutoriado: "cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios, aunque en éstos figuraren otros procesados". De la misma norma en cita se deduce que se trata de procesos distintos que, una vez en firme su calificación, pueden unirse en la etapa de la causa y llegar a sentencia única en virtud de la acumulación que es fenómeno distinto de la conexidad que permite la investigación y fallo únicos.

En cuanto a la comunidad de prueba solamente podría predicarse para el caso de autos en cuanto

ella se refiere a la personalidad y a las condiciones psíquicas de la procesada, pues para cada uno de los hechos que se le atribuyen, realizados como ya se dijo en diferentes épocas, en relación con personas distintas, con modalidades propias y características autónomas, la prueba no es la misma. Bastaría estudiar la sumaria para dividir cuáles son las pruebas sobre el abandono del cargo, cuáles las de las negativas a practicar levantamientos de cadáveres, cuáles las de los allanamientos irregulares, las excarcelaciones indebidas, etc., para conformar diversos procesos en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, que ha desconocido el juzgador de instancia por simples motivos de "conveniencia" y aún de comodidad.

Lo indicado para volver las cosas a las rutas procedimentales que no debieron abandonar es la declaratoria de nulidad de la actuación cumplida desde el auto que cerró la investigación inclusive, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional que se refiere al "debido proceso" aquí desconocido. De tal manera se pueden conformar los siete (7) expedientes diferentes que requiere la disposición procedimental que se refiere a la unidad del proceso.

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

Resuelve

1. DECLARAR la nulidad de todo lo actuado en este proceso desde el auto que cerró la investigación inclusive, por transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional, según razonamientos de la parte motiva de esta providencia, y

2. ORDENAR que se rehaga el procedimiento mediante la separación de las siete (7) investigaciones que de la denuncia surgen, según queda dicho.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

No comparto la determinación tomada por la mayoría de la Sala en cuanto declaró la nulidad de lo actuado en este proceso y dispuso investigar por separado los hechos que conjuntamente se averiguaban en este expediente. Son razones de mi disentimiento las siguientes:

1. El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, dispone, ciertamente, que cada delito se investigue separadamente, salvo los casos de conexidad; pero este fenómeno no está legislativamente regulado entre nosotros; por lo mismo, su alcance y las hipótesis que permiten reconocerlo han sido producto de elaboración doctrinal y jurisprudencial; aún así, se está muy lejos de haber precisado tan difícil materia.

2. Además de los criterios de unidad probatoria, identidad de sujeto activo, relación causal de los varios hechos punibles (ideológica, consecuencial u ocasional) —ordinariamente considerados como necesarios para reconocer conexidad procesal— conviene igualmente destacar los de economía procesal, facilidad de investigación única, y unidades temporal o espacial de comisión de los hechos punibles, de tal manera que la conjunción de todos o algunos de ellos, podría conducir a la investigación conjunta de los varios delitos imputados.

3. El incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, no está sancionado con nulidad de carácter legal, a menos que los delitos acumulados correspondan a diversas competencias, caso en el cual se daría la causal prevista en el número 1 del artículo 210 de la codificación procesal penal.

4. Quedaría, entonces, la posibilidad de declarar una nulidad constitucional; pero ésta solamente procede, como tantas veces lo ha dicho la Corte, cuando se vulnera uno de estos cuatro principios: el de preexistencia de la ley procesal, el de legalidad de la jurisdicción, el de debido proceso o el de favorabilidad. En tratándose de la situación prevista por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, esta violación apuntaría ordinariamente a las formas propias del juicio, en cuyo caso debería demostrarse que la trasgresión ha sido por tal modo sustancial que impide o dificulta una recta administración de justicia, en detrimento de la sociedad o del derecho de defensa del procesado.

5. Cuando la violación de las tantas veces citada norma procesal no evidencia incompetencia del juez ni vulneración de una de aquellas garantías constitucionales, no debería sancionársela con nulidad porque sería tanto como sacrificar la finalidad esencial del proceso (pronta y eficaz administración de justicia) al rigor técnico de

su formación. Las nulidades son remedios supremos que solamente han de aplicarse frente a graves y protuberantes errores judiciales; por eso la propia ley señala expresamente tales eventos y por eso las de carácter supralegal han sido referidas a los cuatro grandes principios ya mencionados.

6. En el presente caso, habiendo aceptado la mayoría de la Sala el dictamen siquiátrico sobre inimputabilidad de la procesada (por sicosis maniaco-depresiva) en relación con todos los hechos punibles que se le atribuyen, y aún reconociendo generosamente la inexistencia de conexidad, no me parece que haya fundamento válido para decretar nulidad porque no se da ninguno de los supuestos indicados en los numerales 3º y 4º de este salvamento. La separación ordenada conducirá a una eventual acumulación futura que colocará los varios procesos en la misma situación jurídica en que hoy se halla éste y, por lo mismo, ante idéntica solución: absolución o condenación respecto de todas las imputaciones, o absolución o condenación parciales; y en el más grave de todos los casos, es decir, en el supuesto de sentencia condenatoria por todos los delitos, esta tendrá que concretarse en una medida de seguridad de carácter curativo y duración máxima indefinida (ligada a la curación de la inimputable), solución esta que no variaría de hecho aún en la remota hipótesis de que no se acumularán los procesos y debieran dictarse sentencias separadas. Esto muestra claramente la inutilidad de la nulidad decretada.

Alfonso Reyes Echandía.

Salvamento de voto

Como no comparto la decisión tomada por la mayoría, brevemente anoto las razones de este disentimiento:

1. Constituye una verdad, según las probanzas, afirmar que las varias conductas predicadas de la doctora Amira de los Angeles Montero, dispersas en el tiempo, estaban cubiertas y regidas por el mismo trastorno mental.

2. Se ha declarado la nulidad de lo actuado porque entre esas varias acciones, no se da el fenómeno de la conexidad y, por tanto, no era el caso de dar aplicación al artículo 168 y sí al 167 del Código de Procedimiento Penal.

3. Como lo expuse en la aclaración de voto inserta en el proceso contra Juan de la Cruz Puentes (revisión), repartido al Magistrado, doctor Calderón Botero, y al cual me remito ahora, considero de gran trascendencia el aspecto de la normalidad psíquica del procesado, para una serie de consecuencias fundamentales de carácter procedimental y sustantivo.

4. La conexidad no está definida legalmente. Es un concepto elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, pudiendo éstas acoger para su conformación los rumbos legislativos extranjeros, cuando la esencia y finalidad de la institución corresponde a esos enunciados. Tampoco se ha erigido el punto en motivo de nulidad, por sí, a no ser que sus objetivos repercutan en una falta de debido proceso. El Magistrado Reyes Echandía, en su salvamento de voto, expone acertadamente la cuestión, argumentos que comparto.

5. Entiendo que la conexidad, así como el fenómeno de los concursos, corresponde a una acción regida por la capacidad de comprender la ilicitud y la de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Sin estos factores resulta inconducente e ininteligible aludir a esas cuestiones. Así los hechos tengan cierta relación objetiva o espacio temporal, no será dable invocar, en el caso de los enfermos mentales, esa conexidad o concurso. Fatalmente estarán determinados a que por cada acción se instruya un proceso. Lo cual ya no es una locura del incriminado, sino del investigador o del fallador.

6. No pudiéndose aplicar las instituciones dichas a los procesados enfermos mentales, la conclusión no es la de negar la unidad del proceso, sino la contraria, afirmar siempre su cumplimiento.

7. De este modo, se conoce mejor las condiciones mentales del procesado, hay economía probatoria, se impide la obtención de fallos contradictorios y se unifica el tratamiento de la medida de seguridad, resultado este último que, en los sentenciados *normales, equivale a la integración de penas, y*

8. Si todo lo anterior (que en síntesis corresponde a mera conveniencia*), es dable conseguir con la unificación de los procesos, para esas varias acciones cometidas* por la misma persona *y* en estado de trastorno mental *incidente en todas ellas, no se ve la razón para rechazar la unidad del proceso, medida justa, necesaria y acorde con el instituto jurídico-penal comentado, regulable en esta forma para los procesados inimputables.*

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

CONSEJOS DE GUERRA ORDINARIO Y VERBAL

El verbal tiene carácter exceptivo y extraordinario, siendo desfavorable al procesado en relación con el ordinario; en consecuencia, de ninguna manera podía retrotraerse la aplicación de aquel procedimiento a delitos militares cometidos antes de expedirse el Decreto legislativo 2260 de 1976 que dispuso el juzgamiento por consejos verbales. La Corte casa la sentencia y anula el procedimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Abogado Asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina).*

Aprobado: Acta número 37, junio 8/82.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Publio Emilio Martínez Leguízamo y su defensor, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de 17 de mayo de 1978, que confirmó la del Presidente del Consejo de Guerra Verbal, mediante la cual aquél fue condenado por los delitos de abandono del servicio y peculado militar a la pena principal de cinco (5) años de presidio y accesorias de rigor, con adición de la de pagar los daños y perjuicios ocasionados.

Hechos y actuación procesal

Publio Enrique Martínez Leguízamo, Sargento Primero del Ejército Nacional, se desempeñaba como Presidente del Casino de Suboficiales de la Intendencia Local No. 9 en la Guarnición de Tolemaida y el día 9 de julio de 1974, sin motivo aparente, hizo dejación del servicio, por lo cual el Comandante de la Unidad dispuso que se efectuara un examen de cuentas en ese Casino, habiéndose detectado un faltante de suma mayor de los doscientos mil pesos.

La investigación se inició el día 25 de ese mismo mes y por Resolución número 0211 de 3 de agosto de 1977, emanada de la Comandancia General del Ejército, se convocó un Consejo de Guerra Verbal en la guarnición de Bogotá, para que por los trámites propios de esa clase de juicios, conforme lo prescrito por el Decreto legislativo 2260 de 1976, fuese juzgado el Sargento Martínez por los delitos de abandono del servicio y peculado de que tratan el Título IV, Capítulo III y Título X, Capítulo II, del Libro Segundo del Código de Justicia Penal Militar.

El 17 de agosto de 1977 se da comienzo a la reunión del Consejo de Guerra y el Presidente del mismo, con la colaboración del Asesor Jurídico, cumple con el deber legal de entregar los cuestionarios referentes a los delitos aludidos en la resolución de convocatoria a cada uno de los vocales, quienes, después de verificados los debates, emitieron veredicción unánime afirmativa de la responsabilidad por ambos punibles, la cual al ser acogida dio lugar al fallo condenatorio de primera instancia, el que fue confirmado por el de segunda, sometido al recurso de casación que ahora ocupa a esta Sala.

La demanda

Presentada oportunamente y declarada ajustada a las exigencias legales, formula nueve cargos a la sentencia acusada: Los ocho primeros al amparo de la causal cuarta de casación y el último en el marco de la primera.

I. *Causal cuarta*

Primer cargo. Se hace consistir en que la sentencia fue proferida por la Justicia Penal Militar en un proceso viciado de nulidad constitucional, "por la no aplicación de la ley preexistente al hecho imputado, aplicándose un procedimiento

desfavorable y más gravoso para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, violándose así de directo modo las garantías establecidas en el artículo 26 de la Carta Magna".

Para demostrarlo asevera la demanda que no obstante que los hechos investigados tuvieron ocurrencia en época de normalidad jurídica —entre el 20 de abril y el 21 de julio de 1974—, pues que el estado de sitio en todo el territorio nacional había sido levantado por Decreto 2725 de 29 de diciembre de 1973 e implantado nuevamente por Decretos 1136 y 1246 de 12 y 26 de junio de 1975, respectivamente, se convocó al Consejo de Guerra Verbal dispuesto por el Decreto 2260 de 1976 con violación del artículo 589 del Código de Justicia Penal Militar que expresamente indica cuales son los delitos sujetos al procedimiento de ese tipo de consejos, sin que entre ellos aparezca relacionado el peculado, por lo que "en el caso *sub judice* el juzgamiento ha debido realizarse por el procedimiento de Consejo de Guerra Ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 546 del Código de Justicia Penal Militar; pues aun cuando para el fallo de las infracciones de 'abandono del puesto' se ha establecido procedimiento especial (Art. 590 *ibidem*), por ser este delito conexo a otro sometido al trámite correspondiente al Consejo de Guerra Ordinario, prevalece este último procedimiento sobre el especial" (Art. 314). Al no aplicarse este ritual, sino el correspondiente al Consejo de Guerra Verbal, fue violado el artículo 26 de la Carta por restricción del derecho de defensa, puesto que en virtud de la garantía constitucional que recoge las expresiones 'preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento' y 'aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado', lo correcto debió ser la convocatoria a Consejo de Guerra Ordinario, en el cual el derecho de defensa goza de más amplitud.

El Ministerio Público responde que si bien es verdad que cuando el hecho se cometió el país gozaba de normalidad jurídica, no es menos cierto que el Decreto legislativo 2260 de 24 de octubre de 1976, en su artículo 3º, dispuso la investigación y fallo de los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar por el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra, salvo los enumerados en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar que continuarán investigándose y fallándose por el procedimiento especial allí previsto, norma que, como se hizo en el presente caso, demandaba la aplicación inmediata al tenor de los cánones 40 y 43 de la Ley 153 de 1887 y porque la misma Corte, en providencia de 1969, dijo:

"...cuando el legislador haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 76 de la Carta, modifica el procedimiento penal adjetivo y cambia la competencia funcional de los jueces para que estas modificaciones tengan inmediata aplicación dentro de los procesos en curso, no viola en ninguna forma el artículo 26 citado, porque no tiene efecto retroactivo por regular hechos consumados, sino que se aplican a actuaciones posteriores a su vigencia, vale decir, a acontecimientos futuros sobre cuya regulación no tiene el sindicado o procesado ningún derecho, porque si el legislador introduce modificaciones en el procedimiento o en la competencia de los jueces, obedece a motivos superiores relacionados con la más pronta, oportuna y eficaz administración de justicia, que está por encima de las conveniencias personales de los sindicados como ocurre en toda norma de orden público".

Agrega el Agente Fiscal, de otra parte, que ninguna de las garantías constitucionales plasmadas por el legislador en normas positivas vigentes para el reconocimiento de la dignidad humana y particularmente el derecho de defensa fue menoscabada por el derecho castrense aplicado, porque todas esas prerrogativas están concentradas en las audiencias de los Consejos de Guerra Verbales, en que "se da exacta aplicación al principio de la concentración procesal, consistente en acumular en un solo acto toda una serie de fenómenos jurídicos (incidencias y pedimentos impetrados)", motivo por el cual el recurrente carece de razón en el cargo.

Considera la Corte

Es evidente que la Comandancia del Ejército, dando aplicación al Decreto legislativo 2260 de 24 de octubre de 1976, convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar al procesado por hechos cometidos antes de la expedición de esa norma, cuya legalidad no se discute ahora, puesto que el artículo 588 del Código de Justicia Penal Militar preceptúa que en época de turbación del orden público "todos los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, se juzgarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, cuando así lo determine el Gobierno Nacional", amén de que conforme al artículo 121 de la Constitución Nacional está facultado para abreviar el trámite de los juicios y suspender la normatividad que pueda producir contrario efecto, siempre que no se menoscabe el derecho de defensa.

Sin embargo, *el casacionista censura que su patrocinado hubiese sido llamado a responder en un Consejo de Guerra Verbal por los delitos militares de peculado y abandono del servicio con base en un estatuto que, si bien fue expedido en período de turbación del orden público, es posterior a los hechos imputados y además restrictivo del derecho de defensa por cuanto el procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios que a la fecha de aquellos era el aplicable da al procesado mayores oportunidades para controvertir la imputación.*

Pues bien, *basta el cotejo de las normas que en el Código de Justicia Penal Militar disciplinan los Consejos de Guerra Ordinario y Verbal para apreciar sin esfuerzo que el último tiene carácter exceptivo y extraordinario, puesto que su convocatoria no solo no requiere investigación previa (Art. 567), sino que, al eliminar formalmente el auto de proceder prescrito para el ordinario, el ejercicio de la defensa queda circunscrito a los cargos que expresen los cuestionarios, los cuales, al concluir la investigación en la audiencia, son elaborados por el Presidente del Consejo en asocio del Asesor Jurídico (Art. 576), para luego de leídos ser suspendida la sesión y dar traslado del expediente al Fiscal y al defensor para la preparación de sus alegatos (Art. 580). De forma que, si en el ordinario, contrariamente a lo que acontece en el de guerra verbal, la defensa tiene conocimiento del cargo desde el auto de proceder que constituye el punto de partida de la fase del juicio, en el que, así mismo, puede solicitar pruebas con antelación a los debates de audiencia como también en el desarrollo de ésta, no se remite a duda la favorabilidad de un juzgamiento conforme a este proceso.*

En el asunto sub examine *resulta palmar que los hechos tuvieron ocurrencia en época de normalidad institucional; pero como la calificación jurídica dada a ellos no los sitúa dentro de la relación de delitos que el artículo 589 del Código de Justicia Penal Militar atribuye a los Consejos de Guerra Verbales "no hallándose el país en estado de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior", es apenas obvio entonces que el juzgamiento debió hacerse con arreglo al Consejo de Guerra Ordinario por imperativo de ley procesal preexistente (Art. 546 id.). Es que siendo desfavorable al procesado la aplicación retroactiva del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales dispuesto por el Decreto legislativo 2260 de 1976, de ninguna manera podía retrotraerse su aplicación a delitos militares cometidos con anterioridad a su expedición, porque ello constituye, ni más ni menos, violación del artículo 26 de la Constitución, con la consiguiente nulidad de la actuación.*

Se dirá que el artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar ordena aplicar el procedimiento penal castrense, en cuanto no se opongan a lo establecido en ese código o en leyes especiales y vengan a llenar vacíos, las disposiciones contenidas en el Código Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, por cuyo motivo procede en este caso la aplicación del artículo 6º del Decreto 409 de 27 de marzo de 1971 (C. de P. P.), que norma y aclara los alcances del principio de favorabilidad a que alude el canon 40 de la Ley 153 de 1888, al decir:

"...En todas las materias relacionadas con el procedimiento Penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fija la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir...".

Empero, la correcta inteligencia del precepto en cita al disponer la aplicación inmediata de las materias relacionadas con la jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad, al propio tiempo que ordena regir el proceso conforme a la ley más favorable aunque ésta sea posterior a los hechos, lleva a la conclusión de que con lo primero no se está haciendo referencia al cambio de un sistema procesal por otro, sino tan solo al evento de que dentro de un determinado tipo de procedimiento se introduzcan variaciones relativas a la jurisdicción y competencia, así como a la sustanciación y ritualidad de los actos procesales. Otra interpretación vendría a ser contraria al principio rector de la acción jurisdiccional que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, que implica la necesidad de que el ius persequendi *del Estado se ajuste, bien en tiempo de normalidad jurídica, ora en el de perturbación del orden público, a la ley procesal preexistente al acto que se imputa, si la regulación a posteriori no comporta favorabilidad.*

De consiguiente, al respeto al procedimiento señalado en "leyes preexistentes al acto que se imputa", garantía constitucional orientada a preservar la seguridad jurídica de los asociados, obligaba en el caso sub judice *a someter el juzgamiento del incriminado al procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios vigentes a la fecha de la conducta investigada, más cuando, como queda visto, su favorabilidad es palmar.*

Así pues, el primer cargo propuesto dentro del marco de la causal de casación debe prosperar, porque indudablemente entraña la existencia de una nulidad de índole constitucional, quedando la Corte excusada del estudio de las restantes impugnaciones a que se contrae le demanda; y, a consecuencia de vicio de nulidad, la actuación habrá de ser invalidada a partir de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, en desacuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de origen y fecha ameritados y DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado en estas diligencias a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, para que el procedimiento se reponga con arreglo a la ley.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL

Para que puedan ser juzgados de acuerdo con el Código Castrense, es necesario que el delito por el cual se les sindica haya sido cometido "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", como lo exige el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, que en esta materia modificó el 308 del Código de Justicia Penal Militar

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 37, 8 de junio de/82.

Vistos

Dirime esta Sala de la Corte la colisión negativa de competencias que ha surgido entre el Comando de la Tercera Brigada, con sede en Cali, como Juez de Primera Instancia y el Comando del Departamento de Policía "Nariño", con aquél mismo carácter, en torno al conocimiento de las presentes diligencias.

Hechos

Genéricamente son presentados por el Juzgado Promiscuo Municipal de Timanango, en la siguiente forma:

Hacia las 2:30 a.m., del 23 de junio de 1980, "el agente de policía (en ese entonces) señor Sigifredo Montilla, se encaminó en compañía de un hermano hacia la cantina que administra el señor Waldemar Pantoja, quien estaba encerrado en dicho establecimiento con otros amigos y entre ellos el difunto Hugo Gerardo Eraso Rodríguez, y quien también salió herido en el lance señor Edilberto Eraso, y que después de averiguar por ron y aguardiente, se le contestó que únicamente había cerveza, y como no quiso, se le cerró la puerta, momentó este que aprovechó el señor Montilla, para hacer dos disparos contra la puerta del establecimiento, y que luego al abrir la puerta siguió disparando proyectiles éstos que alcanzaron a Hugo Gerardo Eraso, lo que más tarde le causó la muerte, y otro proyectil impactó en uno de los brazos de Edilberto Eraso, hermano del anterior por lo cual tuvo que recurrir a cirugía, momentos después y dependiendo del mismo acontecimiento, el Agente Montilla, proseguía con la racha de disparos y buena puntería, dando un proyectil en la humanidad de un agente compañero llamado Omar Osorio G., el cual acabó con la vida casi en forma instantánea, pues el disparo lo hizo Montilla cuando el agente Osorio se interponía entre él y el grupo de amigos que enfrentaba, tratando de imponer la paz, lo cual lo logró con su muerte. Todo lo relatado sucedía en una de las calle céntricas de la población y ante varios testigos como se observa en el expediente". (Fl. 26).

Planteamiento de la colisión

Sostiene el Comando de la Tercera Brigada que el conocimiento de estas diligencias pertenece al del Departamento de Policía Nariño, por cuanto que cuando el sindicado agente Montilla disparó su arma y lesionó mortalmente a su compañero el agente Osorio, aquél, Montilla, no tuvo conciencia ni conocimiento de que lo estaba haciendo contra un compañero de armas ni contra ninguna autoridad, razón por la cual, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, siendo tal conocimiento requisito indispensable para que se den las previsiones contempladas en el artículo 9º del Decreto 1923 de 1978 (llamado "Estatuto de Seguridad") sobre competencia y, en atención a que no se dan, corresponde el conocimiento de estas diligencias al ya mencionado Comando policial. Agrega, para fortalecer su punto de vista, que la muerte del Agente Osorio no tiene "ninguna relación de casualidad con perturbación del ordén público que precisamente haya producido efectos de tal entidad que se pusiera en peligro

el régimen republicano o siquiera crear un estado de inseguridad general".

Replica a lo anterior el Comando de Policía del Departamento de Pasto que no basta que el sindicado sea Agente de la Policía Nacional para que el conocimiento de las diligencias corresponda a su Despacho, sino que a ello debe agregarse que los hechos "hayan tenido ocurrencia por razón del servicio o con ocasión de su cumplimiento por razón del ejercicio de sus funciones y atribuciones o a causa de las mismas" (Decreto 2347/71, artículo 8º). Que en este caso, el ex Agente Montilla no obró en ninguna forma en cumplimiento de funciones o deberes inherentes a su cargo sino como particular y en actividades personales, sin que, es de tener en cuenta, las normas de excepción hayan modificado la del citado artículo 8º, razón por la cual ese Comando de Policía carece de competencia para el juzgamiento, la cual radica, en conclusión, en el de la Tercera Brigada de Cali.

Consideraciones de la Corte

Se hace necesario hacer las siguientes precisiones, de acuerdo con las pruebas que hasta ahora han sido aportadas a los autos:

En estas diligencias se investigan conjuntamente los ilícitos de lesiones personales en Edilberto Eraso y de homicidio en el Agente de la Policía Omar Osorio y en el civil Hugo Gerardo Erazo Rodríguez, los cuales fueron cometidos por el en ese entonces Agente de la Policía Nacional Sigifredo Montilla Agredo, los cuales tuvieron su ocurrencia hacia las dos y minutos de la madrugada del día 23 de junio de 1980.

A pesar de que en el "Libro de Minuta de Guardia" que se lleva en la Sub-Estación de Policía Nacional de Taminango se encuentra la siguiente anotación: "Día 23, mes VI.-Año: 80-Hora: 17:00. -Asunto: Servicio.- Anotaciones: Salen a cuarto turno de vigilancia los Agentes: Camayo, Montilla, Escobar, Osorio, Ponce, Pismag Angel, Barona, Hinestroza José Rafael, Sánchez Marco, Cadena, Valencia Elías, portando su armamento de dotación oficial S/N". Se anota por parte de las Unidades de Policía que intervinieron en la diligencia de que el cuarto turno, correspondía prestarlo hasta las 02:00 del día veintitrés de junio", es lo cierto que en el tiempo en que ocurrieron los hechos, el Agente Montilla no se encontraba prestando turno ni en ejercicio de sus funciones porque ya se había cumplido el lapso correspondiente a su guardia, en atención a lo cual debía haberse presentado ya en su Comando y, sobretodo, porque desde varias horas antes se había separado de su correspondiente patrulla, había abandonado el cumplimiento de sus obligaciones y funciones y se había dedicado a tomar bebidas alcohólicas en diversos sitios, hallándose en estado de embriaguez cuando ocurrieron los hechos de que dan cuenta estas diligencias.

También parece lo más acertado deducir, de acuerdo con las pruebas hasta ahora conocidas, que en el instante en que el entonces Agente Montilla disparó la carabina de dotación oficial y lesionó mortalmente a su compañero Osorio, ni siquiera se había dado cuenta de la presencia de éste ni, en consecuencia de que lo hiciera contra un representante de la autoridad quien, en esos momentos y, debido a que se trató de interponer con el fin de cumplir su misión pasificadora, sí actuaba en ejercicio de sus funciones.

Que el Agente Montilla se apartó desde tempranas horas de su patrulla de vigilancia y del cumplimiento de sus deberes y de que se encontraba en estado de embriaguez, se acredita con numerosos testimonios que obran en el informativo (Cfr., por ejemplo: Fls. 148 Sgt., 152 s., 155, 158, Sgt., 186, 192 y 194; 76, 153, 156, 159, 192, 195).

En atención a las circunstancias anteriores y, *en cuanto hace relación a la fijación de la competencia, debe descartarse la aplicabilidad del artículo 9º del Decreto 1923 de 1978, por que teniendo este decreto como destinatarios a quienes con sus actividades delictuosas incurren en infracciones en él contempladas, las cuales hacen relación a aquéllas conductas que atentan contra el orden público, en el sentido en que el mismo estatuto lo contempla, de que sean dirigidas "a desvirtuar el régimen republicano vigente", por cuyo reestablecimiento se procura por ellas, es apenas elemental concluir que la actividad delictuosa de una persona ebria, como en el caso de autos , no tiene la fuerza ni el alcalce de las acciones a las cuales tal dispositivo se refiere. Claro que la comisión de un delito produce siempre un natural transtorno del orden social imperante, pero no toda clase de trastornos de esta naturaleza tienen las proyecciones a las cuales se refiere el indicado decreto.*

Entonces, han de tenerse en cuenta las disposiciones del Decreto 2347 de 1971, "por el cual se reorganiza la Policía Nacional" y las del Código de Justicia Penal Militar.

De acuerdo con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 2347, "la Policía Nacional es un cuerpo armado de carácter permanente, que hace parte de la fuerza pública, creada para guarda del orden interno". Entonces, debe catalogarse a aquélla institución, dentro de las Fuerzas Armadas.

Competencia: A fin de definir quién sea competente para juzgar casos como el concreto que está sometido a consideración, es preciso, ante todo, confrontar las respectivas normas del decreto últimamente citado y las del Código castrense.

Según el artículo 9º del Decreto 2347 de 1971, "por el cual se reorganiza la Policía Nacional", "la jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar se regirá de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar".

Y, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, la jurisdicción de esta naturaleza conoce:

"2º 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, turbación del orden público o conmoción interior".

El problema por resolver surge cuando se confronta la norma últimamente transcrita con la octava (8ª) del Decreto 2347 de 1971, que dispone: "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".

A primera vista sería de sostener que la competencia para conocer de estas diligencias radica en el Comando de la Tercera Brigada, como Juez de primera instancia, puesto que se trata del conocimiento de "delitos establecidos en leyes penales comunes" cometidos por un Agente de la Policía, o sea por un miembro de las Fuerzas Armadas, "en tiempo de... turbación del orden público o conmoción interior".

Debiéndose agregar a la anterior consideración, el hecho de que el artículo 9º del Decreto 2347 de 1971 que dispone que "la jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar se regirán de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar".

Con todo, cabe replicar:

El Código de Justicia Penal Militar, Decreto número 250 de 1958, dentro de su especialidad, es un estatuto de orden genérico que fue promulgado en el Diario Oficial *números 29824 y 29825 de fechas 25 y 26 de noviembre de 1958, respectivamente.*

En tanto que el Decreto número 2347, "por el cual se reorganiza la Policía Nacional", de una parte, es muy posterior al Estatuto Castrense, como que fue expedido en 1971, fecha desde la cual dispuso su artículo 123, que empezaba a regir y que fue promulgado en el Diario Oficial *número 33519 de 15 de febrero de 1972.*

Y, de otra parte, por ser de una muy marcada y notoria especialidad, aun con relación al Código de Justicia Penal Militar, reglamenta de manera íntegra la materia sobre organización de la Policía Nacional, lo cual de por sí hace que sus normas, en cuanto tienen ese particularísimo grado de especialidad, sean aplicables de preferencia a las del Código Castrense, en cuanto reglamentan esas mismas materias.

Finalmente, el Decreto número 2347, por medio de su artículo 123, "deroga el Decreto número 1667 de 1966, adoptado por la Ley 48 de 1967 y demás disposiciones que le sean contrarias". Y evidentemente que es contrario a las normas del 2347, el que los sujetos activos precisados por su artículo 8º sean juzgados por la justicia castrense, cuando aparecen sindicados por delitos comunes no cometidos "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

De todo lo cual se concluye que, para fijar la competencia en el caso concreto que se viene considerando, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto número 2347 de 1971, el cual conviene repetir en lo pertinente: "Los... 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".

Entonces, se tiene: Para que un Agente de la Policía Nacional pueda ser juzgado de acuerdo con el Código Castrense, es necesario que el delito por el cual se le sindica haya sido cometido "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", requisito especialísimo que no exige el Código de Justicia Penal Militar.

Lo cual concuerda en líneas generales con lo dispuesto en la regla 170 de la Constitución que exige para la intervención de las cortes marciales o tribunales militares el que el delito haya sido cometido por el militar "en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Se encuentra demostrado en el expediente, por lo menos hasta ahora, que cuando el Agente de la Policía Nacional Sigifredo Montilla Agredo cometió los ilícitos que se le imputan, si bien pertenecía a aquella Institución, no estaba obrando "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", como lo exige la prevalente norma 8ª del Decreto número 2347 de 1971. En consecuencia, no podrá ser juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar, ya que, de otra parte, no hay ninguna disposición que haga excepción a lo anterior.

Por lo tanto, no correspondiendo tal juzgamiento a ninguna de las autoridades castrenses: ni del Ejército ni la Policía y, tratándose de delitos de homicidio y de lesiones personales, el conocimiento de estas diligencias y su correspondiente juzgamiento corresponde al Juzgado Superior de Pasto (Reparto), decisión que se tomará aun cuando este Despacho no haya terciado en la controversia, porque tal conclusión es la que se desprende de lo dicho y de las reglas generales comunes sobre competencia. Así se decidirá; a tal Juzgado Superior de Reparto se enviarán las diligencias y se dirigirán las comunicaciones respectivas a los Comandos trabados en la colisión negativa de competencias que ahora se dirime.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— DIRIME el conflicto de competencias, del cual se ha hecho mérito en el sentido de que el conocimiento de este asunto corresponde al Juzgado Superior (Reparto) de Pasto, al cual se enviarán las diligencias, dando aviso de lo aquí resuelto a los Comandos de la Policía Nacional de Nariño y de la Tercera Brigada de Cali, como jueces de primera instancia, para los efectos pertinentes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Antonio José Uribe Prada, Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria

Porque no estamos de acuerdo con la decisión mayoritaria que con asistencia de Conjuez adoptó la Sala en el caso concreto, salvamos nuestros votos y sustentamos dicha disidencia de la siguiente manera:

Dijo la Sala, en providencia de 22 de febrero de 1979, que corresponde a la Justicia Castrense, mientras exista estado de sitio, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional en servicio activo por cualquier tipo de infracción a ellos imputada. Igual cosa se había dicho ya en casación del 7 de diciembre de 1977, aunque con menor prolijidad, y en varias otras que concretaron un criterio diferente al que por aquel entonces tenía el Tribunal Disciplinario. Las decisiones aludidas fueron adoptadas, en su momento, por unanimidad.

Desde las fechas indicadas, tal jurisprudencia fue dominante y se reiteró y precisó aún más en sentencia de casación de 17 de junio de 1980, que tuvo sólo un salvamento de voto, con fundamento gramatical y semántico. Con posterioridad continuó aplicándose la misma jurisprudencia hasta este momento en que la Sala, por mayoría, vuelve a la tesis que sostuvo el Tribunal Disciplinario en su época y, más tarde hasta su desaparición, el Consejo Superior de la Judicatura.

El cambio jurisprudencial gira en torno del artículo 8º del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, que somete a la competencia de la Justicia Castrense el procesamiento de policiales a quienes aparezcan imputaciones por infracciones realizadas "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo". Concluyen de allí, mediante razonamiento equivocado, a nuestro parecer, que los demás delitos que se les carguen, los llamados "comunes", deben ir al conocimiento de los jueces ordinarios; y así lo deciden en la providencia de la cual nos apartamos.

El análisis y examen del artículo 8º del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, y hasta el Diario Oficial *en que fue publicado se cita expresamente en la providencia de 22 de febrero de 1979, no escapó a la consideración de la Sala. Es más, se dijo que con anterioridad el Decreto número 1705 de 1960, había dispuesto lo mismo, palabras más, palabras menos. Esa mis-*

ma disposición podría repetirse por un hipotético futuro estatuto orgánico de la Policía Nacional que, al igual que los antecedentes, no alteraran, derogaran o de alguna manera modificaran los artículos 308 y 284 del Código de Justicia Penal Militar.

Y es que resulta sumamente claro el artículo 308 citado cuando en su segundo numeral asigna a la jurisdicción militar el conocimiento "de los delitos establecidos en las leyes comunes, cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior" y, más claro aún, si ello es posible, el artículo 284 del mismo estatuto, cuando dispone que: "Para los 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. Debe agregarse aquí, y se dijo ya en su momento, que los dos artículos transcritos fueron declarados exequibles por la Corte mediante sentencias de 4 de octubre de 1971 y 29 de septiembre de 1973, respectivamente, fallos que, se recuerda, producen efectos "erga omnes" *y* "adversus omnes".

Cuando se habla de tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público y conmoción interior como motivos para que la Justicia Castrense asuma el conocimiento "de los delitos establecidos en las leyes comunes" imputados a militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Militares, debe, forzosamente, agregar a los miembros de las Fuerzas de Policía, por exacta combinación de las dos disposiciones a que se refiere el párrafo anterior.

Resulta claro, entonces, que la Justicia Penal Militar, con o sin estado de sitio, juzga a los policiales cuando delinquen "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", y que solamente durante el estado de sitio esa competencia se amplía para conocer también de los delitos "comunes" que a dichos policiales se imputen. Y no hay contrariedad entre lo dicho y lo establecido por el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971 y los artículos 308 y 284 del Código de Justicia Penal Militar, porque la primera disposición rige para todo tiempo y las dos citadas en segundo lugar y que la Sala mayoritaria considera opuestas están creadas para un tiempo" exacto, el tiempo de guera, conflicto armado, turbación del orden público, conmoción interior.

Consideramos, en consecuencia, que no asiste la razón y que, a pesar del fundado respeto que nos merecen los análisis, razonamientos y conclusiones adversos a nuestro criterio sobre la materia examinada, no debió producirse la variación jurisprudencial de la cual discrepamos.

Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

DERECHO DE DEFENSA

Asistencia del sindicado por profesionales del derecho. Excepciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 11 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado Acta número 37 (8 de junio/82).

Vistos

Se procede a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por el procesado Arturo de Jesús García Jaramillo contra la sentencia de 25 de octubre de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó, sin modificaciones, la proferida el día 9 de septiembre del mismo año por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, en la que se le condenó a la pena de quince años y seis meses de presidio (hoy prisión) por el delito de homicidio agravado, cometido en persona de Jesús Emilio Arias Arango.

El recurso fue declarado admisible y su apoderado lo sustentó mediante demanda que se encontró ajustada a derecho (Fls. 2 y 23 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Los hechos los relata así el Juzgado en la sentencia de primera instancia:

"Se cumplieron a eso de las dos de la mañana del 25 de septiembre de 1978, en esta ciudad (Medellín), a la altura de la vía llamada transversal superior, a la entrada del Colegio 'Marymount', del poblado, y que conduce al Hotel Intercontinental y Bar Las Lomas, cuando dentro del vehículo de servicio público, un taxi marca Simca, identificado con la placa 9625, fue muerto su conductor, señor Jesús Emilio Arias Arango, de un disparo de revólver, descerrajado a la altura del pómulo derecho, que al penetrar produjo destrozos internos tales que, rápidamente, le ocasionaron la muerte. Media hora después, en el mismo lugar, una patrulla del Departamento de Seguridad y Control halló el cadáver en la misma situación en que había quedado, y el vehículo, en perfecto orden, con todos sus accesorios.

"El conductor había sido contratado en el centro de la ciudad, en la Avenida Oriental, por una pareja, Arturo de Jesús García Jaramillo y Elizabeth Ramírez Correa, para que les trasladara por los lados del hotel mencionado; antes, aquellos habían salido de la casa de la mujer, situada en la carrera 51 con la calle 67, por invitación que él le hiciera, porque quería hacerle una demostración, pero como había tomado otro vehículo de servicio público, resolvieron no continuar el viaje porque podían haberles visto salir o retirarse del lugar de partida. Por ello, y para distraer la atención, a instancias del varón, que ya llevaba en mente el propósito homicida, pues lanzó un juicio que es una velada sentencia de muerte, 'a éste no le pagamos', toman el segundo taxi y en él se dirigen hasta el lugar donde luego se da muerte al conductor por el pasajero García Jaramillo. Este, luego de ordenarle que se detenga porque quiere bajarse a orinar, inopinadamente, ante la sorpresa de su acompañante y de la misma víctima, esgrime su revólver oficial, que le ha confiado el Departamento de Seguridad y Control del Municipio de Medellín, donde trabaja, lo apunta a Arias Arango, que implora para que no lo vaya a matar, que si es por el importe de la carrera no se lo pague, y le hace el disparo, que ha de causar la muerte en contados instantes.

"Horas después, la mujer, a pesar de su propia impresión por el episodio vivido, comunica lo sucedido a un sacerdote y a varias personas más, incluido el comandante del B-2 de la IV Brigada, y a instancias de éste denuncia en Policía Judicial, donde se practican las primeras diligen-

cias averiguatorias, entre ellas la de la retención de Arturo García y a quien luego habrá de poner en libertad el Juzgado de Instrucción, mientras es suspendido de su cargo, como empleado oficial. Más tarde, se haría efectiva la detención de aquél, al parecer desde el día 10 de octubre del mismo año de 1978" (Fls. 409 y 410 del cuaderno principal).

En consideración de la forma y circunstancias como se afirmaba que el sindicado había dado muerte al taxista, sin que, al parecer, existiera motivo que explicara ese comportamiento; y también en atención a la manera como la testigo presencial hizo el relato pormenorizado de los hechos y atribuyó su autoría a la persona a quien la unían vínculos de afecto e intimidad, el Juzgado Instructor ordenó el examen siquiátrico de ambos por medio de perito oficial. El resultado fue el siguiente:

"Ref.: *Arturo de Jesús García Jaramillo y Elizabeth Ramírez Correa.*

"Se realizaron entrevistas de evaluación en días diferentes para cada uno, y de las entrevistas no se puede concluir el que en el momento de realizadas hubiera evidencia de grave anomalía psíquica o enajenación mental en cualquiera de los dos, así como tampoco el que se presentaran signos o síntomas de intoxicación crónica. En la entrevista de García Jaramillo llama la atención el que se describa a sí mismo como poco amante de la comunicación interpersonal ('más bien independiente, doctor'), carente de afectos estables, con vida social pobre, '...es que más que todo me he dedicado al deporte'. En la entrevista a la señorita Ramírez Correa no encuentro patología clínicamente evidenciable y quiero hacer especial énfasis en que no encuentro elementos histéricos en ella, al menos desde un punto de vista clínico. Ella describe a García Jaramillo como celoso y es esta la razón que aduce para no haber tenido con él relaciones mucho más estables y profundas. García Jaramillo no admite ninguno de los hechos sumariales y dice que el día de los hechos 'él solo cogió un carro'. Si se hace concordar la impresión diagnóstica de personalidad esquizoide que obtuve de la entrevista con García Jaramillo y los celos que en él describe Ramírez Correa y tenemos en cuenta que el día de los hechos García Jaramillo había ingerido más de dos aguardientes, en caso de haber sido García Jaramillo el autor de los hechos motivo del sumario bien hubieron podido haber ocurrido estos en un estado de embriaguez patológico dentro de una personalidad esquizoide" (Fl. 233 del cuaderno principal).

Tanto el Fiscal en su concepto previo, como el Juez, en el auto de calificación, analizaron dicho estudio siquiátrico para llegar a la conclusión de que el sindicado no había obrado dentro de circunstancias que impidieran su juzgamiento por intermedio de un jurado de conciencia (Fls. 250 a 267 y 268 a 299).

En el período probatorio de la causa, el Juzgado del conocimiento decretó un nuevo estudio siquiátrico del procesado, como también la práctica de un electroencefalograma y una prueba de serología. Esta última dio resultado negativo y el electroencefalograma resultó normal (Fls. 312, 356 y 370 del cuaderno principal).

La evaluación sicológica llegó a la siguiente conclusión:

"En síntesis se puede decir, que al menos en el momento de la evaluación psicológica Arturo presenta una estructura de personalidad integrada, no aparecen indicios de ningún proceso psicótico ni se manifiestan rasgos de perturbación mental" (Fl. 378 *ibidem*).

El siquiatra forense que había dictaminado inicialmente, revaloró su anterior dictamen con fundamento en los nuevos elementos clínicos aportados al proceso, para llegar a la siguiente conclusión:

"Habiendo conocido los resultados del electroencefalograma, al cual ya me he referido, y el resultado de las pruebas sicológicas, datos estos que no conocía en el momento de emitir el diagnóstico, es lógico que la posibilidad que adelantaba de una embriaguez patológica debe ser descartada. Por lo tanto estimo ahora, que en el momento de haber ocurrido los hechos, si García Jaramillo fue el autor de ellos, actuó en circunstancias no previstas en el artículo 29 del Código Penal. Y confirmo mi diagnóstico de personalidad esquizoidea como trastorno de personalidad, que es, sobra decirlo, una circunstancia diagnóstica no prevista en el artículo 29 del Código.

"Considero así no solamente ampliado, sino revalorado a la luz de elementos paraclínicos, el diagnóstico número 269 de fecha 15 de diciembre de 1978" (Fl. 281 vto. *ibidem*).

Celebrada la audiencia pública, el Jurado afirmó unánimemente la responsabilidad de Arturo de Jesús García Jaramillo (Fl. 408 *ibidem*), veredicción que, acogida por el Juzgado, sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria de primer grado, la cual, consultado, fue confirmada

por el Tribunal mediante el fallo que ahora es objeto de impugnación.

La demanda

Un cargo le formula a la sentencia el impugnador, con fundamento en la Causal Cuarta de Casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o sea, por haberse proferido aquélla en un juicio viciado de nulidad.

Lo hace consistir en el quebrantamiento de una de las garantías fundamentales que emanan de los postulados contenidos en el artículo 26 de la Constitución Nacional, cual es el derecho a una adecuada y eficaz defensa a lo largo de todo el proceso.

A este respecto dice:

"El debido proceso entraña dos aspectos: uno, relativo al derecho de defensa, y otro, atinente a la inobservancia de las formas propias de cada juicio. El derecho de defensa implica que el acusado, desde el momento mismo de su aprehensión, tenga la asistencia de un profesional del derecho que represente sus intereses, asesorándolo técnicamente en las diversas etapas y actuaciones procesales. El apoderado o defensor debe observar una posición dinámica en el proceso, asistiendo, como mínimo a la práctica de las diligencias, única manera de vigilar la prueba en su origen y de dar vida a los principios de igualdad de los contendientes y contradicción probatoria. La asistencia formal y técnica es de suma importancia tanto en la etapa sumarial como en la etapa del juicio".

Como comprobación de que el procesado careció de asistencia formal, técnica y jurídica durante el sumario, aduce los siguientes hechos:

a) En la diligencia de reconocimiento del sindicado por parte de la principal testigo, María Elisabeth Ramírez Correa, se hizo constar la presencia del doctor Alvaro Torres Mondragón como apoderado de oficio, pero no aparece firmándola, de donde deduce su inexistencia (Fl. 25 del cuaderno principal);

b) En diligencias de trascendencia, como la indagatoria y su ampliación, la confrontación con la única testigo presencial y el reconocimiento por parte de otros declarantes, no estuvo asistido por un profesional del derecho ni por un egresado o estudiante, sino por personas cuyo único título es "su reconocida honorabilidad" (Fls. 30, 82, 98 y 171 *ibidem*);

c) El abogado titulado nombrado por el sindicado como su representante judicial no asistió a ninguna de las diligencias, como era su deber, ni acusa idoneidad para desempeñarse en el campo penal, pues presentó el poder en papel sellado y, en el mismo memorial en que interpuso el recurso de apelación contra el auto de detención, impetró al propio tiempo el beneficio de excarcelación (Fls. 93 y 94 *ibidem*);

d) Los autos de sustanciación que precedieron a la práctica de las inspecciones judiciales (fls. 37, 53, 54 y 77 vto.), "se profirieron el mismo día de la celebración de la diligencia, tal vez minutos antes, lo que hacía imposible la asistencia del apoderado". Con ello se desconoció la finalidad de la norma que exige el previo señalamiento de fecha, con indicación del lugar, hora y puntos que van a establecerse (artículo 224 del C. de P. P.), finalidad que no es otra que la de hacer viable la comparecencia de los sujetos procesales y facilitar su intervención en la diligencia.

Como todas esas fallas respecto del debido proceso "generaron errores de garantía que menoscaban el derecho de defensa", solicita que se case la sentencia y se decrete, en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado a partir de la indagatoria rendida por el sindicado el día 2 de octubre de 1978.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se desestime el recurso de casación interpuesto, pues la tacha formulada a la sentencia no está llamada a prosperar.

Recuerda el Procurador con la Corte que para que pueda predicarse una nulidad de carácter constitucional por ausencia de adecuada defensa, debe ella traducirse en una inasistencia o inactividad totales, "en cuanto no representen o se manifiesten en gestión alguna".

Expresa que esa necesidad de defensa se acentúa de manera especial en la etapa del juicio, que es cuando el procesado se enfrenta a unos cargos concretos que debe desvirtuar, sin que ello implique que no se requiera también en la fase del sumario, pues en ella se recogen generalmente todos los elementos de prueba que sustentan la calificación.

Pone de presente el derecho del sindicado a nombrar su apoderado desde el primer momento en que se le vincula a la averiguación penal, "pe-

ro sin que implique que si no lo designa no puedan cumplirse las diligencias necesarias en la investigación, con apoderado de oficio, cuando no hubiere otra forma, pues la actuación no puede dilatarse o demorarse; y si bien es aconsejable que sea persona experta en derecho o titulada, puede designarse en tales casos a persona honorable, como lo autorizan las normas legales, sin que por tanto se cause nulidad por tal designación impuesta en muchas ocasiones por la circunstancia ya anotada".

Agrega que durante la etapa sumarial el apoderado designado por el sindicado, aunque no asistió a las diligencias que puntualiza la demanda, sí presentó memoriales en solicitud de pruebas y apeló del auto de detención, lo que evidencia actividad en defensa de los intereses que le fueron encomendados. Y en el período de la causa estuvo eficiente y oportunamente asistido por su defensor y actual demandante, quien no solamente solicitó pruebas conducentes sino que intervino con propiedad y entusiasmo en la audiencia, no obstante llevar esa representación oficiosamente.

De todo ello concluye que no existe el vicio de nulidad alegado por el recurrente.

Consideraciones de la Corte

No puede negarse que lo ideal en materia de defensa de los intereses del sindicado sería que solamente profesionales del derecho, con absoluta versación en el campo penal y en las ciencias auxiliares de éste llevaran su asistencia y que, además, concurrieran a todas y cada una de las diligencias que se realicen dentro del proceso.

Sin embargo, la propia ley, consciente de las circunstancias adversas a ese desideratum *que pueden llegarse a presentar y del papel trascendente que desempeña el factor cronológico en el éxito de la investigación, consagra excepciones para permitir que en determinados casos, ante la ausencia de abogado inscrito, pueda asistir al sindicado una persona que no ostente esa calidad ni tenga esos conocimientos, y hasta llega a consentir la ausencia total de apoderado en situaciones extremas, como aquellas a que se refiere el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal (peligro de muerte del procesado o de la persona con quien debe ser careado).*

En las consideraciones que se dejan hechas encuentran su explicación previsiones como las contenidas en los artículos 123 y 407 del Código de procedimiento Penal, según las cuales el cargo de apoderado, tanto para la indagatoria como para el reconocimiento en fila de personas, puede recaer en persona honorable que no sea empleado público, cuando no hubiere abogado inscrito que la represente o cuando el que tiene dicho encargo no se hallare en ese momento o no concurriere oportunamente.

Quizás también por eso mismo el Código de Justicia Penal Militar permite, en tratándose de esa jurisdicción especial, que puedan actuar como apoderados Oficiales de las Fuerzas Armadas en servicio activo o en uso de buen retiro, aunque no sean abogados (artículo 393, sustituido por el 34 de la Ley 16 de 1968).

No está por demás recordar en este punto que el Decreto número 196 de 1971 (Estatuto de la Abogacía) precave de nulidad las actuaciones realizadas con la concurrencia de abogado no inscrito. El artículo 25 dice a ese respecto:

"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".

En el caso que nos ocupa, el Juez Instructor, al recibirle indagatoria a Arturo de Jesús García Jaramillo, le puso de presente el derecho que tenía de nombrar un apoderado para que lo asistiera, pero ante su manifestación de no tener a quién designar, el Juzgado, "por no haber abogado titulado en el momento de la diligencia cerca al despacho, le designa de oficio al señor William Darío Gaviria Alzate, mayor de edad, de reconocida honorabilidad" (Fl. 30 del cuaderno principal).

Con posterioridad a esta diligencia nombró el sindicado como su apoderado al doctor Darío Vélez, abogado titulado, con tarjeta profesional número 15720, para que lo asistiera en el sumario, al cual se le reconoció personería y tomó posesión (Fl. 59 y vto. *ibidem*).

Como este profesional no estuvo presente en la diligencia de careo entre el procesado y la principal testigo, ni en la de reconocimiento por parte de otros dos declarantes, ni en la ampliación de indagatoria, el Juzgado le nombró en cada una de esas ocasiones como apoderados a personas que no eran abogados, pero sí de reco-

nocida honorabilidad (Fls. 82, 98 y 171 del cuaderno principal).

De tal manera que se procedió como lo indica la ley para casos como esos y no podría decirse que ello implique una violación del derecho de defensa, pues, de ser así, el legislador no habría consagrado tales autorizaciones (artículos 123 y 407 del C. de P. P.).

En cuanto a la intervención del apoderado nombrado por García Jaramillo, aunque es cierto que no concurrió a las diligencias que se reseñaron en precedencia, no lo es menos que presentó varios memoriales en solicitud de pruebas que fueron decretadas por el Juzgado, e interpuso recurso de apelación contra el auto que privó de libertad a su representado (Fls. 75 y vto., 93, 99 y vto. y 118 y vto.). Por la constancia expedida al concluir su actuación y dar lugar a que entrara a representar a García el profesional ahora recurrente, se advierte que el doctor Darío Vélez era el Jefe del Servicio Social de Abogacía del Municipio de Medellín, lo cual permite colegir que no era la persona desconocedora de su oficio que pretende describir el censor en su demanda (Fl. 236, c. principal).

Hubo, por tanto, intervención del apoderado en la etapa sumarial y ella fue denotadora de su actividad defensiva en favor de su patrocinado.

Solamente en el caso de que se hubiese sumado a su inasistencia a las actuaciones la inactividad en el *"ius postulandi"*, podría hablarse de una ausencia total de defensa, que es la que constituye nulidad de la categoría de la que se alega.

Por lo que respecta a la diligencia de reconocimiento del procesado que hizo la testigo presencial de los hechos, la cual no aparece firmada por el apoderado designado para ello, debe anotarse que del contexto del acta se desprende que el abogado sí estuvo presente y que, al parecer, olvidó suscribirla, pues hasta su antefirma se advierte allí. Pero, en todo caso, esa actuación no era necesaria, pues la declarante había identificado ya en debida forma al sindicado en la versión que dio de los hechos ante la Brigada al día siguiente de su ocurrencia y de la cual se hizo la grabación que se transcribe a folios 242 a 249 del cuaderno principal. Tampoco fue ese reconocimiento la única prueba ni la más concluyente que se aportó al proceso, tanto que en el fallo que se impugna ni siquiera se hace mención de ella (Fls. 449 a 454).

Por lo que respecta a la censura que se formula por haber sido dictados los autos que ordenaron inspecciones judiciales el mismo día en que fueron practicadas, hay que decir que aunque lo lógico, como lo anota el recurrente, es que medie algún espacio de tiempo entre el día en que se profiere el auto y aquel en que se lleva a cabo la diligencia, lo cierto es que el Código de Procedimiento Penal no contiene ninguna previsión al respecto, y que tales autos son de sustanciación (artículo 169) no requieren notificación (Art. 179) ni se exige la presencia del abogado, en tales diligencias, el cual puede asistir, pero su ausencia no acarrea nulidad ni inexistencia del acto procesal (Arts. 223 a 228).

El funcionario instructor cumplió en cada caso los requisitos contenidos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal (Fls. 37, 53 y 76 vto.).

La derivación que de esa circunstancia se quiere hacer hacia la ausencia del derecho de defensa queda contestada con las apreciaciones que se dejaron antes consignadas, pues no basta la sola inasistencia a actuaciones y diligencias para predicar la absoluta desprotección del derecho del sindicado a defenderse, que es la que configura la nulidad de índole constitucional por violación de uno de los presupuestos esenciales del debido proceso.

A todo lo anterior debe agregarse, como lo recuerda el Procurador, que en la etapa del juicio García Jaramillo estuvo representado con responsabilidad y eficiencia por quien ahora sustenta a su nombre el recurso de casación.

El cargo no prospera.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION. CAUSAL 5ª

Este medio de impugnación busca corregir algunos errores judiciales de excepción, siendo éstos los que consolidan una oposición o disparidad manifiestas, entre la verdad formal o verdad probada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció en la vida real o realidad histórica del hecho imputado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 39.

Vistos

Decide la Corte el recurso de revisión propuesto, mediante apoderado especial, por el condenado Juan de la Cruz Puentes, para que se reexamine el proceso y se ordene revisar la causa, previa remoción de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil del 16 de junio de 1967, que le impuso la pena principal de 17 años y 6 meses de presidio y las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio en Sara Abaúnza viuda de Cuadrado.

Hechos

Quedaron resumidos en el proceso de la siguiente manera:

"...En la noche del 31 de agosto de 1967, estando a la señora Sara Abaúnza viuda de Cuadrado en compañía de su hija Nelly Abaúnza de Pinzón, sus nietas Nelfy Isabel Pinzón y Belsy Pinzón, en su casa de habitación ubicada en la vereda 'Las Peñitas', finca Las Palmeras, del Municipio de Puente Nacional, llegó el sujeto Juan de la Cruz Puentes, quien fue atendido por los habitantes de la casa, entablando conversación especialmente con la señora viuda de Cuadrado. Entre los temas de la charla, Juan de la Cruz trajo a colación un disgusto que había tenido con el señor Juan de Jesús Pinzón unos quince días antes, por el hecho de que éste había hecho un disparo al aire cerca donde se hallaba el primero; el visitante recriminó a doña Sara, diciéndole que ella había sido quien había mandado al yerno Pinzón que le diera bala. Luego Puentes se refirió a un radio que tenía la dueña de casa, diciendo que había tenido deseos de comprar uno, pero como estaba recién salido del cuartel, no tenía con qué. Cuando la hija de la dueña de la casa, Nelly Abaúnza de Pinzón, ya se había acostado en una pieza contigua a la cocina, Puentes tomó un cuchillo y le propinó tremenda puñalada a la señora Sara Abaúnza viuda de Cuadrado, en el costado izquierdo, que penetró y perforó la aurícula y ventrículos derechos del corazón, produciendo hemorragia aguda y como consecuencia la muerte instantánea.

"Luego el malhechor se apoderó del radio de propiedad de la víctima, marca Sanyo, de 8 transistores, de tres pilas, de color negro, de dos bandas, el cual valía en ese entonces trescientos ochenta pesos ($ 380.00)...".

La demanda

Al amparo de la causal quinta de revisión (Art. 584-5 del C. de P. P.), sostiene que después de dictada la sentencia definitiva aparecieron hechos nuevos no conocidos al tiempo de los debates, que establecen la irresponsabilidad de su representado.

Sobre dos situaciones edifica la impugnación:

a) El condenado fue emplazado, juzgado y sentenciado como reo ausente a pesar de haber estado presentándose periódicamente y sin interrupción ante el Juzgado Veinte Superior de Bogotá en cumplimiento del compromiso suscrito cuando le fue otorgada libertad provisional;

b) El procesado fue juzgado y condenado por el procedimiento que no le correspondía, pues se le trató como imputable cuando se ha demostrado que era inimputable de conformidad con la ley.

Finalmente debe consignarse que después del término probatorio presentó alegato apreciatorio para reafirmar estos mismos puntos de vista con fundamento principalmente en la prueba siquiátrica practicada por el Instituto de Medicina Legal y para reiterar sus pretensiones.

El Ministerio Público

El Procurador Delegado considera que no es procedente la revisión solicitada. En tal virtud discurre:

"...en el caso de autos se desconoce el hecho nuevo o la nueva prueba que el recurrente plantea como causal de revisión, mientras que de la demanda se infiere claramente el propósito de hacer prosperar este recurso con base en un vicio *in procedendo*, como lo fue el emplazamiento del acusado y su declaratoria de reo ausente, no obstante ser fácil su localización por estar cumpliendo el compromiso de las presentaciones que su juez le impuso para concederle la libertad provisional.

"Pero aunque es cierto que después de la sentencia fue cuando se estableció sin lugar a dudas que Puentes no se hallaba eludiendo de cualquier manera el llamado de la justicia para responder por su crimen, no puede considerarse como hecho o prueba nuevos tal situación, porque en esencia lo que ella constituye es un desconocimiento de las formas propias del juzgamiento, imposible de acomodar a la causal de revisión, a la cual se acoge el demandante, y obviamente no objetable a través de este recurso, que por lo demás ninguna incidencia demostrativa tuvo respecto de la presunta situación de inimputabilidad del acusado, planteada desde la fase sumarial.

"Ahora bien, si lo que el recurrente plantea como hecho o prueba nuevos es la inimputabilidad del acusado, es evidente que para los fines del recurso de revisión el supuesto de que los delitos hubieran sido cometidos bajo tal estado carece de trascendencia, e igualmente se llegaría a un juzgamiento con desconocimiento de las formas propias, pero no a la posibilidad de declaratoria de inocencia o irresponsabilidad, como objetivo del recurso de revisión...".

Se considera

A grandes rasgos el actor, fundamentado en la causal quinta de revisión (Art. 584-5 del C. de P. P.), alega como hechos nuevos no conocidos en las instancias, demostrativos de la irresponsabilidad penal de su procurado, dos errores *in procedendo* que podrían constituir nulidad, a saber;

1) El acusado fue emplazado, declarado reo ausente, juzgado y condenado en contumacia, de modo manifiestamente ilegal, pues estaba presentándose ante juez comisionado para ese efecto, y

2) El acusado, no obstante haber sido examinado y hallado normal por un médico particular y por otro oficial durante el proceso, resultó inimputable para el tiempo de cometer el delito, según dictamen siquiátrico del Instituto de Medicina Legal de Bogotá efectuado con posterioridad al fallo de condena.

De estas dos situaciones se desprende: de la primera, que se privó al entonces procesado del derecho de ejercer con plenitud su defensa, porque no tuvo oportunidad real de pedir pruebas, de comparecer personalmente a la audiencia, ni de utilizar los medios de gravamen y de impugnación que le brindaba la ley; y, de la segunda, que se violó el debido proceso, porque se le juzgó con intervención del jurado, procedimiento que no le correspondía.

Salta a la vista que estas precisas situaciones no son enmendables con el recurso de revisión, pues *este medio de impugnación busca corregir algunos errores judiciales de excepción que no pueden subsanarse de otra manera.*

Se denominan errores judiciales los que la doctrina llama errores in procedendo *y errores* in iudicando. *La revisión, como es lógico, no se ocupa de los primeros, porque tienen su propio y específico medio de impugnación: la casación. Tampoco se ocupa de los segundos cuando conforman errores jurídicos, por la misma razón; pero, cuando se trata de errores de hecho, sólo le corresponde a la casación penal los que comportan violación indirecta de la ley. Todos los restantes son del exclusivo resorte de la revisión. ¿Y cuáles son estos? Los que consolidan una oposición o disparidad manifiestas entre la verdad formal o verdad probada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció en la vida real o realidad histórica del hecho imputado. En este sentido comprende únicamente errores de hecho* in iudicando de carácter histórico, *que*

conducen a demostrar que de haberlos conocido a tiempo el juzgador, el fallo no hubiera sido de condena porque la inocencia o irresponsabilidad del procesado frente al delito eran indubitables.

Entonces, resulta claro que los errores aducidos por el recurrente no prueban que, de haber sido advertidos en su oportunidad, la inocencia o irresponsabilidad del procesado hubieran tenido que ser reconocidas con sentencia absolutoria. Y no evidencian ese aspecto de fondo porque sólo constituyen errores in procedendo, *ajenos, por su naturaleza formal, al recurso de revisión.*

De aquí que la Corte siempre haya expresado con notable acierto:

"...La revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en este recurso el ataque es más a fondo..." (Sentencia 12 de noviembre 1943, LVI, 461).

"...La finalidad del recurso de revisión es la de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados..." (Sentencia de mayo de 1945, LIX, 192).

"...La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente..." (Sentencia, 29 de enero 1945, LVIII, 697).

"...Mientras la casación tiende, pues, a la defensa y protección de la ley, la revisión protege y defiende la inocencia; y mientras aquélla les garantiza a la sociedad y al acusado la legalidad de los fallos, ésta conduce al eventual levantamiento del castigo, cuandoquiera que circunstancias especiales permitan entrever que el sentenciado puede ser inocente..." (Sentencia 13 de mayo 1954, LXXXIII, 627).

La jurisprudencia no tiene equívocos al respecto. Siempre ha excluido de este recurso los errores que afectan la legalidad del proceso y de la sentencia definitiva para circunscribir sus objetivos a aquellos errores que señalan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado como lo demanda la filosofía que informa la revisión en la legislación penal colombiana.

Cabe agregar que el fenómeno jurídico de la inimputabilidad no es, de suyo, causal de inocencia o de irresponsabilidad; sólo afecta la punibilidad.

Si el demandante sólo demostró la existencia de errores de procedimiento que, por su índole jurídica pondrían en tela de juicio la legalidad del proceso, no logró, sin embargo, acreditar que se condenó a un inocente.

En estas precisas condiciones la impugnación no 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, NIEGA el recurso de revisión de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

En este caso, ciertamente, no procedía la revisión, sobre la base de la inimputabilidad reconocida en un dictamen médico psiquiátrico producido con posterioridad a la sentencia. La cuestión relacionada con las condiciones de normalidad mental del sentenciado fue aspecto discutido durante la tramitación del proceso, acudiéndose a los medios probatorios científicos que ordena la ley para estos casos.

Pero hay otro aspecto que merece mi disentimiento, en forma de aclaración, y tiene que ver con algunas apreciaciones expuestas en el proveído, concretamente con la interpretación cerrada y restringida que se hace del recurso de revisión. Se dice, como verdad propia a la técnica de esta impugnación, que es intrascendente todo error sobre la sanidad mental de un sentenciado, porque la revisión no procura enmendar equivocaciones a este respecto, o similares, sino el máximo desacierto, esto es, cuando debió producirse una sentencia absolutoria y se produjo una de carácter condenatorio.

La tendencia del Código de Procedimiento Penal puede ser ésta. Se revisa para posibilitar la demostración de una inocencia, pero nada más. Ayuda a esta concepción la forma como están

redactadas las cinco causales recogidas por el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. Pero si se analiza un poco más, más allá de esta aparente unidad y finalidad, se puede lograr la ampliación del recurso hacia un ámbito necesario y justo, como es, el que se haya condenado a penas privativas de la libertad a quien debía estar sometido a medidas de seguridad.

El Código Penal, y en consecuencia el de procedimiento, contiene una gran división: delincuentes (sujetos a penas) y anormales (sujetos a medidas de seguridad). La investigación, forma de juzgamiento, consecuencias, etc., para una y otra clase de sujetos que tienen que ver con estos estatutos, son marcada y esencialmente diferentes. Una falla en este campo no puede mirarse como algo secundario, como punto meramente procedimental, clasificable dentro de *errores* in procedendo o errores *in iudicando* (errores jurídicos y de hecho, estos últimos por violación indirecta de la ley, según rigor técnico tan caro a la providencia), sino como lo que realmente es: "error de hecho *in iudicando* de carácter histórico", porque afecta al *protagonista* de la conducta, mirado en su completo enfoque: autor del hecho y sujeto de la pena o de la medida de seguridad. Pasar por alto esta situación es dejar prosperar un yerro tan mayúsculo que no sólo tiene fuerza para menoscabar la justicia sino para acabar con ella.

Resulta apreciación inadmisible, al menos para el suscrito, pensar que es lo mismo o que el distingo se queda sin mayores resonancias, decidir que alguien cometió un delito con plena culpabilidad y se hizo merecedor a veinte o más años de presidio, los cuales debe purgar integralmente, a que lo cometió en estado de trastorno mental, que de ser permanente daría lugar a una medida de seguridad, con un mínimo de duración de dos años; y de caracterizarse como transitoria, tendría una duración mínima de seis meses, con posible suspensión al lograrse la recuperación de la normalidad psíquica; y de haber sido la enfermedad mental tan fugaz que no generó consecuencias como las mencionadas, excluiría todo aseguramiento o medicación. Creo que esta gravísima situación no puede perdurar porque la revisión sólo pueda referirse a la mutación de una sentencia condenatoria a una de carácer absolutorio. La aplicación de este esquema procedimental, tan inflexiblemente formalista, termina por traicionar la entidad y valor de la justicia. La tesis, a todas luces, revela una concepción fría y deshumanizada, que se aleja, en parte, del texto mismo de la ley y, totalmente, de su espíritu y destino.

El camino para volver al delincuente a la sociedad, es la pena, con todas las funciones que le señala el artículo 12 del Código Penal; y, para el anormal, la medida de seguridad, con las notas que esta misma disposición prescribe. Eso busca, en el fondo el procedimiento. Pero no se consigue esto, y se pierde irremisiblemente al hombre caído en desgracia, si al *normal* se le interna en establecimiento psiquiátrico, en donde claudicará su identidad mental, y, al *enfermo* se le priva de libertad, sin suministrársele el tratamiento adecuado, resultando cada día más trastornado y en propincuidad de cometer nuevos hechos en perjuicio de la comunidad.

La cuestión se me ocurre de tanta monta que no dudo un momento en considerar que se trata de un error que exige ser reparado por la vía de la revisión, dejando de lado sutilezas académicas, creadas para delectación del raciocinio, en algunos casos y, en otros, los más, cuando responden a un verdadero concepto de técnica jurídica, para servir a un muy distinto e incomprendido objetivo.

Las doctrinas que se citan en el proveído contienen, en agraz, el fecundo germen de la solución por la cual propugno. Si el objeto de la revisión persigue *ataques de más fondo* a la simple confrontación de la ley con la sentencia, indudablemente que esto sucede revisando el proceso que concluyó en la imposición de una pena cuando debía imponerse una medida de seguridad; si el recurso de revisión *no busca la enmienda de toda clase de errores, sino de los que carecen de medio adecuado,* no cabe duda que el enfermo mental condenado como normal, no tiene más solución que la revisión; y, en fin, si el recurso de revisión protege y defiende *al inocente,* y éste debe entenderse como el que está *libre de culpa,* obvio resulta considerar como tal al que cuando realizó un hecho carecía de capacidad para comprender y querer o, como dice el Código Penal, sin tener "capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". La utilización de los vocablos "inocencia" o "irresponsabilidad", no dejan de presentar visible deficiencia. Están muy lejos de exhibir la claridad y fulgor que se les atribuye. De ahí que resulte exagerado, por sí, afirmar que se está ejecutando únicamente lo que la norma dice. Pero si así fuera, no hay que olvidar que, en estas cuestiones, es necesario ir más adelante y captar lo que quiso decir, compromiso dejado a la buena jurisprudencia, como que ésta tiene por función primor-

dial rejuvenecer artículos, colmar vacíos, armonizar estatutos y, en fin, realizar la justicia.

Sobre estatutos defectuosos no es dable levantar teorías perfectas, para restringir derechos y cerrar el paso a soluciones exigibles.

El artículo 584, apartado 3, establece como causal de revisión "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido *determinar el fallo respectivo*". *Obsérvese*, en lo subrayado, la amplitud del texto. Lo que se quiere es que un elemento probatorio "falso" no mantenga o preserve su efecto, o sea, el fallo respectivo. Da idea, clarísima, que el legislador repudia, el fallo conseguido con alteración de la verdad y por tanto permite removerlo. El no se detiene a mirar un concepto de "inocencia"; centra su propósito en el fallo "respectivo", esto es, lo que atañe a cosa o persona determinada. De donde, imponer una pena privativa de libertad a quien debía recibir una medida de seguridad, con base en una prueba "falsa" u omitida, es aprovecharse de un vacío de demostración o de un elemento de convicción repudiable, que determinó el fallo respectivo, el mismo que no debe perdurar.

Por ahora, valga esta aclaración.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

JURADO DE CONCIENCIA

La ley no exige título profesional ni especialización a los asuntos que atañen al debate, a quienes deben intervenir como jueces de conciencia. Reemplazo de un jurado contra quien existe auto de detención

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de junio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 039.

Vistos

El Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia de 12 de febrero de 1981, confirmó con modificaciones la proferida por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad el 7 de noviembre de 1980, en el sentido de condenar a Nidia Prieto a la pena principal de ocho (8) años de prisión y a las accesorias correspondientes, como autora 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 de la procesada, 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 primeras horas de la noche, aproximadamente a las ocho y media del 30 de enero de 1979, el señor Ignacio María Cardona Marín sufrió dos graves heridas que le interesaron el corazón y el hígado, propinadas por su compañera Nidia Prieto, hechos ocurridos en la carrera 12 con calle 19, de la ciudad de Cali. El herido fue conducido inmediatamente al hospital, pero el día 9 de febrero siguiente falleció a consecuencia de las lesiones recibidas...".

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual formula los siguientes cargos.

Causal Cuarta

Primer cargo. "...En el proceso *sub examine* el Ministerio Público observó que un señor anciano y diabético había recibido unas heridas que no le ocasionaron la muerte, pues sobrevivió algún tiempo al cuidado de los médicos; que el enfermo sufrió complicaciones; que murió, pero al redactar el protocolo de necropsia los señores legistas no especificaron "si las heridas ocasionadas por la sindicada eran de carácter mortal y fueron cáusa eficiente para producir el óbito" o no, lo que entraña un vicio inmenso que impide una condena, mientras la incógnita no se dilucide..."

"...Lo otro implica la violación increíble del debido proceso; de las formas propias del juicio; del artículo 26 de la Carta de los Colombianos..."

"...Así lo entendió y de ahí la solicitud de la prueba. Y prueba fundamental, por supuesto..."

"...Si los señores expertos en Medicina Legal no determinaron nítidamente 'si las heridas ocasionadas por la sindicada eran de carácter mortal y fueron causa eficiente para producir el óbito' no se comprobó el cuerpo del delito y por ende no podía nacer a la vida jurídica el auto de proceder por ser requisito indispensable para su pronunciación..."

Segundo cargo. "...El doctor Lezama Ramírez es un muy bien conocido abogado que en las guías telefónicas de Cali figura desde hace por lo menos veinte años con su residencia en la Avenida 3ª Oeste número 10-75, teléfono 741784, que colabora en las oficinas de abogados conocidos por todo el conglomerado que vive en Cali, en la carrera 4ª número 10-35, con teléfonos 741680 y 781728, a escasas dos cuadras del Palacio Nacional, abogado que litiga desde hace veinte años mínimos, con asistencia casi diaria al Palacio Nacional de Cali, sede del Juzgado donde se tramitó el juicio criminal contra mi defendida..."

"...Aún más; en la dirección que se ha colocado de él, sólo hay el error de haber puesto 30E en vez de 3ª Oeste, pero como usted lo observará el número del teléfono de su residencia es el mismo, luego ninguna excusa válida existe para no poderlo ubicar, máxime que para nadie es un secreto que el mencionado profesional escribe en el diario El Espectador bajo el seudónimo 'doctor Rayo'...".

"...Un jurado que sale elegido y sobre él no existe veto no puede ser reemplazado arbitraria o clandestinamente. Y esto ha sido lo sucedido con el jurado Efraín Lezama Ramírez, a espaldas de la procesada y violando la plenitud de las formas propias del juicio contra ella...".

"...Lo mismo pregono con respecto al jurado Pablo García, quien es otro abogado bien conocido, naturalmente, por los lados del Palacio Nacional de Cali, sede del Juzgado del conocimiento y en el círculo de los profesionales en Derecho, en cuya oficina figura el No. telefónico 821908...".

"...Por ello, sí hubo violentamiento de las normas propias de su juicio, para la señora Prieto, cuando hubo esta realidad procesal (folio 120 vuelto)...".

"...'Informe: Cali, 8 de mayo de 1980. Al señor juez este proceso por homicidio contra Nidia Prieto informándole que no fue posible notificar su designación como jurados así: Primero principal, segundo principal, primero suplente y tercero suplente, a los señores Eduardo Navia P., Jesús Hernández, Pablo García y Efraín Lezama Ramírez, respectivamente, por cuanto al parecer ya no residen en esas direcciones. Sírvase proveer. Srio (Fdo.), Miguel Acosta Sánchez'...".

Tercer cargo. "...En manera alguna es convincente la excusa del señor defensor para no concurrir al acto público de juzgamiento. Y menos los argumentos de que a un jurado se le dictó auto de detención en otro juzgado y cuya prueba de ello no obra en el juicio criminal...".

"...En cambio si es real la violación a la norma así establecida en el Decreto 409 de 1971...".

"...Artículo 210. Causales.

"...Son causas en los procesos penales...":

"...1º. ... ...".

"...2º. ... ...".

"...3º. ... ...".

"...4º No celebrarse audiencia pública, a menos que la ley autorice u ordene la celebración privada, o *no celebrarse en el día y hora señalados*...".

"...5º. ... ...".

"...La ley no dice, honorable Magistrado, 'o no celebrarse en el día y hora señalados' a menos que la no celebración de la audiencia sea debida a excusa del defensor, por ejemplo. La norma no ha indicado ningún motivo para excusar tal nulidad. La ley, muy al contrario, ha sido enfática: 'o no celebrarse en el día y hora señalados'...".

"...El Juzgado estaba obligado a instalar el acto público para juzgar y si no aparecía el defensor aplazarla por dos días máximo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 563 del mismo Código de Procedimiento Penal...".

"...Referente al jurado a quien se le dictó el auto de detención, menos motivo para dejar de instalar la audiencia, pues lo requerido es la concurrencia a ella de tres miembros para integrar el jurado popular...".

"...Sea lo que fuere, sin existir la prueba de tal providencia contra aquel ciudadano, el Juzgado violenta la disposición anteriormente citada para ordenar señalar el día viernes 26 de septiembre 'a las nueve (9) de la mañana para designar al tercer jurado suplente' en razón que contra el jurado Miguel José Pombo Salazar se dictó auto de detención en el Juzgado Quinto Superior de Cali...".

Cuarto cargo. "...Un defensor designado como lo fue en esta causa, cuando hubo el auto enjuiciatorio, no tiene facultades para substituir...".

"...¿Dónde, pregunto con todo el respecto, está durante la etapa del juicio, el poder que confiere facultades al señor defensor para substituir

después de haberlo aceptado y jurado cumplir bien según su leal saber y entender?...".

"...En cambio sí existe en el Decreto 409 de 1971 esta regla...:

"...Artículo 121. Substitución del poder...".

"...El apoderado o defensor no podrá sustituir sino con expresa autorización del procesado...".

"...En el juicio criminal no hay la menor huella de haberse informado a la humilde encausada en algún momento, siquiera por elemental sentido de consideración del deseo del señor defensor de sustituir el poder...''.

"...Y ni siquiera, como lo dejé consignado, hubo la presentación personal. Luego mal se podía proceder a cambiarla, a las diez de últimas, en vísperas de la audiencia pública, a su defensor, por una persona que, aunque profesional en el derecho y tan respetable como el primero, no tuvo tiempo suficiente para conocer el drama, el proceso, la causa, con el objeto de formular una buena o excelente defensa, como es la obligación de todo defensor...".

"...Luego, la violación del debido proceso es plena y la defensa que tuvo la señora Prieto no fue eficaz...".

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, encargado, se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con fundamento en las consideraciones que, en el estudio de cada cargo, citará la Corte más adelante.

Considerando

Cargo primero. El proceso es nulo, afirma el casacionista, porque en la diligencia de autopsia practicada al cadáver de la víctima no se especificó si las heridas que le ocasionó la sindicada eran de carácter mortal y fueron, además, la causa eficiente del deceso, de donde concluye que no quedó demostrado el cuerpo del delito como lo exige la ley para proferir auto de proceder.

La Delegada de la Procuraduría, por el contrario, considera que la diligencia de necropsia fue suficientemente clara al dictaminar los médicos legistas la causa de la muerte de Ignacio María Cardona:

"...Es cierto que al examinar el cadáver se encontró que las heridas ocasionadas por la procesada habían sido suturadas, puesto que la víctima tuvo una asistencia médica inmediata, pero de esto no puede deducirse que esas lesiones no fueran la causa de la muerte dictaminada así por los legistas...".

"...La prueba solicitada por el señor Fiscal sobre este aspecto, que no se allegó al proceso y que sirve ahora al recurrente para elevar su reparo, resultaba superflua o inoficiosa dada la claridad del dictamen. Así debió entenderlo el mismo funcionario que lo solicitó cuando no insistió en su práctica y en la audiencia pública aceptó que se encontraba plenamente demostrado el cuerpo del delito de homicidio simple y descartó la posibilidad de un presunto homicidio con causal, ratificando la claridad del dictamen legista...".

Se considera

Del dictamen rendido por la Oficina Médico Forense de Cali, no es posible inferir duda alguna sobre las causas del deceso pues, si bien éste no se produjo instantáneamente, la necropsia precisa claramente que fue debido a las dos heridas con arma cortopunzante que le propinó la procesada, una de las cuales alcanzó el ventrículo izquierdo del corazón y la otra el hemidiafragma derecho y el hígado de la víctima (Fl. 73), sin que las complicaciones derivadas de esas dos heridas fatales, "pericarditis fibrinosa secundaria y bronconeumonía severa bilateral secundaria" (Fl. 74), puedan ser consideradas como concausas sobrevinientes pues, para que este fenómeno ocurra en el derecho penal colombiano, resulta indispensable que el dictamen de necropsia precise inequívocamente la concurrencia separada de las causas, de modo que no obstante existir en el agente el propósito de matar, la muerte no se produce por ese hecho, sino por otro, subsiguiente, como lo establecía el artículo 366 del Código Penal anterior.

La muerte del señor Cardona, como consta en la diligencia de autopsia, se produjo como resultado "de las complicaciones desencadenadas por heridas producidas por arma cortopunzante en tórax y abdomen, que lesionaron corazón, hígado, diafragma", luego no se presentó concausa alguna que interrumpiera la relación causal entre las heridas y la muerte.

La Corte ha dicho que para que el homicidio resulte concausal:

"...es necesario establecer que evidentemente la muerte se debió a causas por completo ajenas al acto del agresor. Los expositores y la jurisprudencia son sobre este particular especialmente exigentes y ni siquiera aceptan esta figura en

aquellos casos de heridas a personas que se hallen en despoblado. Citan esos autores —Irureta Goyena—, entre otros el ejemplo de la peritonitis que sobreviene a una lesión en el abdomen, hallándose el herido en sitio carente de asistencia médica, y dicen que esa circunstancia no puede separarse del hecho mismo, que debe ser analizado, no a base de congeturas, sino 'tal como se ha producido'...".

(Sent., 2 diciembre 1954, LXXIX, 343).

No prospera el cargo.

Cargo segundo. El proceso es nulo, afirma el demandante, porque dos de los miembros del jurado sorteados para conformarlo, fueron indebidamente reemplazados sin haberse cumplido, realmente, el deber de localizar y notificar a los elegidos en el sorteo inicial, pese a ser ambos muy conocidos en el lugar, con el resultado de que siendo abogados los jurados reemplazados, estaban en mejores condiciones intelectuales para comprender las alegaciones de la defensa.

La Delegada, por el contrario, estima que el reemplazo de los jurados se cumplió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 550 del Código de Procedimiento Penal, "sin que se observe en ese proceder transgresión alguna al debido proceso sino, por el contrario, una estricta sujeción a él":

"...Supone el recurrente que no se hicieron las diligencias necesarias para localizar y notificar a los miembros del jurado elegidos en el primer sorteo, lo cual hubiera resultado favorable a su mandante por la circunstancia de ser algunos de ellos abogados que estaban en mejores condiciones de comprender las modalidades del homicidio que pudiera presentar la defensa. Sin embargo la realidad es que en el expediente se dejó la constancia correspondiente respecto a que los mencionados jurados no fue posible notificarlos y en consecuencia el Juzgado de conformidad con el artículo 550 del Código de Procedimiento Penal, procedió a su reemplazo por la vía legal del sorteo parcial de jurados, sin que se observe en ese proceder transgresión alguna al debido proceso sino, por el contrario, una estricta sujeción a él...".

"...De otra parte contra ninguno de los designados miembros del jurado, ni de los que intervinieron directamente en la audiencia, se adujo impedimento alguno por las partes que intervenían en el proceso...".

"...Si el recurrente duda del informe secretarial sobre la imposibilidad de notificar algunos de los designados para integrar el jurado de conciencia, sin aducir más razones que el conocer a esas personas y el sitio donde laboran, ese hecho no constituiría más que una falta en el empleado encargado de la notificación, pero que no afecta en modo alguno los fundamentos del debido proceso...".

Se considera

a) Los jurados sorteados inicialmente no fueron arbitraria o caprichosamente reemplazados por el juez de la causa sino, como se advierte en el expediente, por errores en las direcciones de algunos de ellos, respecto de uno de los cuales se indicaba como lugar de su residencia la Avenida 30E, siendo que vivía en la 3ª Oeste o, siendo correctas las direcciones, por no residir ya en ellas las personas elegidas (Fl. 120 Vto.).

En todo caso, como lo advierte el Procurador Delegado, si hubo incumplimiento de sus deberes por parte del citador, tal hecho constituiría, a lo sumo, falta disciplinaria del empleado imputable a éste, exclusivamente y, por tanto, sin relación alguna con las funciones del juez, quien procedió correctamente al disponer nuevo sorteo y sin que por ello se afectara, de ningún modo, el debido proceso.

b) Para ser jurado de conciencia no exige la ley título profesional ni especialización en los temas o asuntos materia del debate, de manera que si los elegidos para un proceso reúnen los requisitos generales señalados en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal y no están comprendidos dentro de las excusas (Arts. 526 y 527), prohibiciones (Art. 528), impedimentos (Arts. 529, 531) e incapacidades (Art. 532), señaladas por la ley, todos ellos pueden actuar válidamente en el juicio dentro del cual han resultado sorteados, sin que pueda hacerse distinción o discriminación alguna, entre ellos, por razón de sus propios merecimientos personales.

De otra parte, como lo ha dicho la Corte:

"...si no concurren causales que prohiban 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 *ibid*, 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 capacitada 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...".

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

"...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 (Art. 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" (Art. 560 del C. P. P.)...".

(Sent. 2 de octubre de 1981. Acta número 91).

No prospera, tampoco, este cargo.

Cargo tercero. El proceso es nulo, sostiene el recurrente, porque el juez aplazó la celebración de la audiencia pública con apoyo en una simple excusa del defensor de la procesada y con fundamento en informe secretarial en el sentido de que contra uno de los jurados uno de los juzgados de la localidad había proferido auto de detención, de lo cual infiere que se violó el ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

La Delegada de la Procuraduría, por el contrario, considera que como aparece del acta de la diligencia de audiencia pública, "ésta se realizó con la asistencia de todas las partes, las cuales disfrutaron de las garantías legales, por lo cual es forzoso concluir que no se afectó en ningún momento el derecho de la procesada, sino que, se facilitó su ejercicio":

"...Como en varias ocasiones lo ha expuesto la honorable Corte Suprema, lo que pretende la citada norma es que las partes sean enteradas oportunamente y en forma precisa de la realización de tan importante acto dentro del proceso, para asegurar así su asistencia a ejercer sus derechos. No se opone en consecuencia al espíritu de la norma que el Juzgado ante la solicitud precisamente del señor defensor del procesado, posponga la fecha de realización, para facilitar el completo ejercicio de la defensa sin el cual no es posible la continuación del proceso...".

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

"...Cita también el actor como hechos que menguaron las garantías constitucionales de la procesada, el haberse ordenado sorteo parcial para reemplazar a José Pombo Salazar, sin otro fundamento que la constancia secretarial o informe respecto a que el Juzgado Quinto Superior de Cali había ordenado la detención de aquél; pero la actuación del Juzgado en tal sentido, no resulta reprochable como lo entiende el demandante, si se tiene en cuenta que la moralidad de los miembros del jurado en un factor fundamental para su escogencia dada la importante misión que se les encomienda, a lo cual habría que añadir la imposibilidad física que se le presentaría a un miembro del jurado en tales condiciones para su asistencia a la audiencia. Todo lo cual constituye una explicación suficiente para que sin otro informe que el producido por la secretaría del Juzgado se procediera al reemplazo en aras de una correcta administración de justicia...".

Se considera

De conformidad con los artículos 506 y 508 del Código de Procedimiento Penal, el juez "aplazará" la celebración de la audiencia por un término "prudencial" si alguno de los apoderados de las partes se hallare imposibilitado por enfermedad o por otra causa grave para concurrir a la diligencia, deber que ha de cumplir el funcionario tanto más ineludiblemente cuanto que para la celebración de la diligencia, "la asistencia del defensor es obligatoria", de modo que la determinación de aquel accediendo al aplazamiento solicitado por éste no solo no quebranta el derecho de defensa ni el debido proceso, sino que, por el contrario, los resguarda, tanto más eficazmente, cuanto con mayor amplitud permita a la defensa el cabal ejercicio de su delicada misión.

Entre los requisitos mínimos que la ley prescribe para poder actuar como jurado de conciencia, uno de los más importantes es, de otra parte, el de que se trate de "persona de reconocida y notoria honorabilidad", de conformidad con el artículo 536 del Código de Procedimiento Penal, luego no atenta tampoco, sino que protege el

buen nombre de la institución, la separación respecto de quien existe, cuando menos, una declaración atendible de testigo o un indicio grave de que es penalmente responsable, como autor o partícipe, de la comisión de un delito.

Por lo demás, la audiencia pública se celebró el día 4 de noviembre de 1980, a las tres (3) de la tarde (Fl. 248), día y hora para los cuales había sido previamente señalada en auto de 20 de octubre del mismo año (Fl. 142), decisión oportunamente notificada al Fiscal del Juzgado, a la procesada, al defensor y a los jurados (Fls. 142 a 142 Vto.).

Como también lo ha dicho la Corte:

"...La causal de nulidad consistente en no celebrarse la audiencia pública en el día y la hora señalados, no tiene ocurrencia cuando las partes han sido previa y legalmente notificadas del aplazamiento de la misma para día y hora con toda precisión determinados...".

(Sent. 24 mayo 1961, XCV, 991).

Tampoco prospera este cargo.

Ultimo cargo. El proceso es nulo, concluye el recurrente, porque el defensor de la procesada, doctor Guido Ramírez Muñoz, quien la había asistido en el sumario y luego durante la etapa del juicio, hasta antes de la audiencia pública, sustituyó el poder recibido sin la autorización escrita y expresa de la procesada.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, por el contrario, estima que el poder fue correctamente sustituido y que, en suma, otras irregularidades menores que el demandante anota en su escrito, carecen de toda significación procesal:

"...El doctor Guido Ramírez Muñoz, quien había asistido a la procesada en todo el curso del proceso según poder que le fue conferido (Fl. 55), por medio de memorial, sustituyó el poder en el doctor Gerardo Paz Muñoz a quien el Juzgado reconoció y le dio posesión y en tal carácter actuó en la audiencia pública y en los actos posteriores del proceso, sin objeción alguna. Lo cual indica que la representación de la procesada se llevó a cabo dentro del marco de la ley y que el argumento de la falta de nota de presentación en el memorial de sustitución se hizo sin la autorización expresa de la procesada, tal vez sin advertir que dicha autorización reposa en el memorial poder que obra al folio 55...".

"...Tampoco le asiste razón al demandante cuando sostiene que las diligencias de sorteo de jurados se hicieron a espaldas de la procesada y su defensor, pues a éste se le notificó únicamente por estado...".

"...En el expediente consta la notificación de la procesada en forma personal y la del defensor en estados, como bien es sabido es igualmente legal y válida cuando la ley no dispone que se haga en otra forma...".

Se considera

Como con tanto acierto lo indica el Delegado del Procurador, en el expediente aparece el poder otorgado por la procesada Nidia Prieto al doctor Guido Ramírez Muñoz, poder en el cual aquélla le autoriza para que "asuma (su) defensa con todas las facultades inherentes a ese ejercicio, esto es, para aducir toda clase de pruebas e intervenir *en todas las instancias, ya en la etapa sumarial, ya en la causa etc.*". (Subrayas fuera del texto), manifestando además, expresamente, que su "apoderado queda facultado para desistir, transigir *y sustituir este poder*" (Fl. 55), de modo que la procesada, al designar como su defensor al mismo doctor Guido Ramírez Muñoz reiteró, indiscutiblemente, las facultades que ya le había conferido, desde el sumario, en el poder cuyos apartes se han transcrito (Fl. 108).

Tampoco prospera, por lo tanto, este último cargo ni, por consiguiente, 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VALOR PROBATORIO DE LA PARTIDA DE ORIGEN ECLESIASTICO

En asunto penal, la convicción plena del juzgador depende no sólo de la que la ley reconoce como prueba plena, sino de la concurrencia de todo el acervo probatorio, como lo preven los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 16 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 39, junio 15 de 1982.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Luis Arturo Balcázar P. y su apoderado, contra la sentencia de 12 de septiembre de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó la del Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó al recurrente a la pena principal de treinta meses de prisión, además de las accesorias respectivas, como autor responsable de un delito de violencia carnal.

Hechos

Los que dieron origen a este proceso se han relatado en la siguiente forma en las dos instancias:

"Luis Arturo Balcázar, maestro desde hacía siete años en una escuela rural de La Ceiba, vecindario del Municipio de Rionegro, fue denunciado penalmente a mediados del mes de agosto de 1977 por la señora Benilda Rojas de Molina, dado que aprovechando su condición y carácter, desde tiempo atrás venía sometiendo a su hija Nohora Clemencia Molina Rojas, y a otras educandas suyas, a diversidad de tocamientos lúbricos y porque además a principios del mes de agosto, luego de entrar bajo pretexto y halagos a la misma Nohora Clemencia a un dormitorio contiguo al salón de clases, la había accedido carnalmente por primera vez".

Relación procesal

Luego de la recepción de la denuncia formulada por la madre de la ofendida; de las exposiciones de ésta, de practicado el examen correspondiente, de allegada su partida de nacimiento, con la cual se establece que para la época de los hechos, tenía 11 años de edad (Fl. 13) de oído en indagatoria el sindicado, y de varias declaraciones de niñas condiscípulas de Nohora Clemencia, como Alba Parra, Elizabeth Blanco Esparza, Zoraida Caicedo y Claudia Patricia Ardila, así como del careo entre la ofendida y el sindicado (Fls. 20, 31, 38, 62 y 107), se llegó a la conclusión de que Luis Arturo Balcázar, maestro rural de La Ceiba, Municipio de Rionegro, Santander, mayor de 71 años, para mediados de agosto de 1977, efectivamente se valía de su posición de maestro para abusar de sus alumnas eróticamente, parece porque su líbido se había despertado después de su viudez, hasta que en la época de los hechos denunciados, con cualquier pretexto hizo entrar a su alcoba, en la misma escuela, a Nohora Clemencia Molina Rojas, a donde la siguió en presencia de sus compañeras, y de cuyo lugar salió ella corriendo cuando alguien gritó que llegaba un inspector, seguida por el maestro. Por lo cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga lo llamó a responder en juicio criminal como autor de un delito de violencia carnal presunta (Fls. 115 ss.) y, posteriormente, el 8 de julio de 1980, dictó sentencia condenándolo a la pena principal de treinta meses de prisión, como responsable de ese ilícito, fallo que fue apelado, confirmándolo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en todas sus partes, decisión que es materia del recurso extraordinario de casación.

Demanda de casación

El casacionista acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 316 y 317 del Có-

digo Penal y del 26 de la Constitución, como consecuencia del error de derecho en la interpretación de la partida de bautismo y un escrito atribuido a un "médico legista", causal que está contemplada en el ordinal primero del artículo 580 del C. de Procedimiento Penal, en cuyo desarrollo formula los siguientes cargos: 1) El fallo le da el valor de plena prueba a tal partida, y como la edad es uno de los elementos constitutivos de la violencia carnal presunta, el Tribunal incurrió en un error de derecho, porque de acuerdo con el artículo 106 del Decreto número 1260 de 1970, ningún acto relativo al estado civil hace fe si no ha sido inscrito o registrado en la oficina respectiva, por lo cual la fecha de nacimiento de Nohra Clemencia Molina sólo puede demostrarse por la partida de registro civil, no por la eclesiástica, inclusive en materia penal; 2) El escrito que obra al folio 4, firmado por Esteban C. Numa A., sobre la edad de la ofendida y su desfloración reciente, no tiene sellos ni membrete, es decir, no reune los requisitos de documento público al tenor del artículo 261 del C. de Procedimiento Penal, por lo cual se cometió error de derecho al darle valor de plena prueba sobre la desfloración reciente de la ofendida. Tampoco se trata de una prueba pericial, pues no reúne los requisitos previstos por los artículos 265 a 281 *ibidem*, y, en consecuencia, se ha violado también el artículo 26 de la Carta, al no observarse la plenitud de las formas del juicio. Como conclusión solicítase case la sentencia y se absuelva al procesado.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado Tercero en lo Penal replica al demandante, en síntesis, así: 1) En materia penal no es aplicable el Decreto número 1260 de 1970, pues en este campo existe libertad de prueba, por cuyo motivo no se incurrió en error de derecho al valorar la partida de origen eclesiástico como plena prueba de la edad de la ofendida, hecho que se encuentra respaldado por otras pruebas; 2) El reconocimiento médico de Nohora Clemencia sí fue ordenado por el Inspector Municipal de Rionegro el mismo día de recibida la denuncia, y "todo hace suponer que quien practicó dicho reconocimiento fue un perito médico, cuyo dictamen estuvo a disposición del procesado y su apoderado sin que ninguno lo hubiera tachado u objetado dentro del término legal", no pudiendo el juzgador en tales condiciones negar el valor probatorio de una prueba regularmente aducida y que junto con otras demuestran inequívocamente uno de los presupuestos del delito por el que fue condenado el acusado. Concluye el Ministerio Público sosteniendo que el cargo formulado no debe prosperar, por lo cual solicita no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala

Se acusa la sentencia por no estar fundamentada en la prueba plena que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal respecto del aspecto objetivo del delito de violencia carnal presunta, por cuanto la partida de nacimiento de origen eclesiástico de la ofendida no tiene ningún valor desde la vigencia del Decreto 1260 de 1970, que exige la inscripción en el registro civil, y porque el escrito sobre la "desfloración reciente" de la misma no es un documento público o auténtico, ni pericial, ya que carece de los requisitos legales previstos para ello, por cuyo motivo se violaron leyes sustanciales al darles valor de plena prueba, incurriendo en errores de derecho, causal de casación prevista por el inciso segundo del numeral 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

El asunto penal, la convicción plena del juzgador depende no sólo de la que la ley reconoce como prueba plena sino de la concurrencia de todo el acervo probatorio, como lo prevén los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Penal. Esto mismo indica que en esta materia lo que importa es la verdad objetiva, a la cual se puede llegar por todos los medios probatorios reconocidos por la ley procedimental, como los documentos, los indicios, los testimonios, etc. En consecuencia, la edad de la ofendida en los delitos contra la libertad y el honor sexuales, reprimidos por el anterior Código Penal y por el actual, seguirá comprobándose con las partidas de origen eclesiástico o civil, prueba pericial, etc.

Por consiguiente, el cargo fundamental del casacionista, de que se incurrió en error de derecho al darle valor de plena prueba a la partida de nacimiento de la ofendida Nohora Clemencia Molina, por ser de origen eclesiástico, carece de fundamento.

Y en cuanto al escrito que fue incorporado al proceso por el instructor, previo examen ginecológico de la ofendida, no cabe ninguna duda de que procede de un médico designado por aquél para tal objeto, ya que en el auto por medio del cual el Inspector de Policía de Rionegro ordenó enviar las diligencias al Juez Penal Municipal de esa localidad, se lee: "Se adjunta el dictamen médico, practicado por el médico legista" (Fl.

3) y que su contenido corresponde a la realidad, o sea, que presentó "desfloración reciente", es perfectamente aceptable, si se tiene en cuenta que la relación sexual con el procesado fue un hecho demasiado conocido por varios escolares, al verlos entrar y salir a la habitación de éste, en actitud demasiado significativa, además de otros elementos de juicio como las exposiciones de ella sostenidas frente a su ofensor, quien ya tenía y había demostrado inclinación sexual por las niñas.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Claro que con la vigencia del nuevo Código Penal quedó eliminada la violencia carnal presunta, es decir el acceso carnal con un menor de catorce años de edad, reprimido con pena de prisión de dos a ocho años por el anterior Código; pero el actual sigue reprimiendo los mismo hechos en el artículo 303 con pena de prisión de uno a seis años, cuando dice: *Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.* El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador, NO CASA la sentencia recurrida materia de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

USURPACION DE FUNCIONES

Cuando la conducta juzgada traspasa los ámbitos de la propia competencia, para entrar en la de otra autoridad, esto es, no se limita a un simple exceso de las propias funciones, sino a la asunción de las que corresponden a otro órgano del Estado, se está frente al ilícito que se menciona

Corte Suprema de Justicia
Sala Penal

Bogotá, D. E., 16 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 39 de 15 junio/82.

Vistos

Ejecutoriada la providencia de veintidós (22) de abril del año en curso, por medio de la cual se declaró la nulidad del presente proceso a partir del auto de veintiséis (26) de febrero de 1981, por medio de la cual se llamó a responder en juicio por el delito de prevaricato al señor José Guillermo Castro Castro, corresponde calificar de nuevo el mérito del sumario a lo que se procede previo el relato de los hechos, la enunciación de las pruebas allegadas en la etapa investigativa y el análisis de las mismas.

Hechos

En las horas de la mañana del 26 de junio de 1979 una patrulla de la Policía Nacional, comandada por el sargento Luis Delgado Sandoval detuvo en Valledupar un vehículo conducido por la señora Olga Uhía de Pitre, en el que transportaba cigarrillos marca "Marlboro" y whisky "Old Parr", mercancías que no estaban estampilladas, razón por la cual la policía procedió a decomisarlas, junto con el vehículo, una camioneta "Dodge" sin placas, y a ponerlas a disposición del Gobernador del Departamento del Cesar en el Almacén Departamental.

La señora Uhía de Pietre se dirigió al Gobernador, que por aquel entonces lo era el señor José Guillermo Castro Castro, solicitándole la devolución de la mercancía y del vehículo, alegando que una y otro eran de su propiedad y que aquélla había sido comprada en Maicao y, para demostrarlo, adjuntó una factura sin membrete de almacén ni número de orden, fechada el 21 de junio de 1979.

El Gobernador Castro Castro accedió a lo pedido y fue así como en Resolución de fecha dos (2) de junio del año que se viene mencionando, ordenó al Almacén Departamental, dirigido por la señora Lucila de Pimiento, la entrega a la señora Uhía de Pietre de las mercancías decomisadas.

En su parte pertinente, la resolución ameritada dice:

"Este Despacho, considerando que estos hechos (decomiso del vehículo y mercancía a la señora Olga Uhía de Pitre) no encuadran dentro de ninguna de las conductas tipificadas como contravención en el Decreto número 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, Secretario general" (Fl. 12, anexo 5).

A los autos fueron allegados, entre otros elementos de juicio, los siguientes:

a) Informe del Comandante del Primer Distrito de Policía de Valledupar al Comandante del Departamento de Policía del Cesar dándole cuenta del decomiso del vehículo y de la mercancía a la señora Olga Uhía de Pitre.

b) Inventario de la dicha mercancía en el que se dice que, a más de varios comestibles, se había incautado una caja de whisky "Old Parr" y diez cajas de cigarrillos "Marlboro", además del vehículo en que se transportaban tales elementos.

c) Descripción del carro mencionado en último término, haciendo constar que se trata de

una camioneta "Dodge", color rojo, motor número T-924013-C-13, serie DT-924013 (id. id).

d) Solicitud de la mencionada señora al Gobernador del Departamento, fechada a 2 de julio de 1979 y en que le pide la entrega tanto del vehículo como de la mercancía decomisados (Fl. 10 anexo 5).

e) Factura fechada a "VI, XXI de 1979" sobre la compra de la mercancía y que carece, como se deja dicho, de nombre del almacén vendedor y número de orden del documento, así como tampoco aparecen señalados los precios de aquélla (Fl. 11 anexo 4).

f) Oficio dirigido por el Gobernador del Departamento con feha 5 de julio del año que se viene mencionando, a la Jefe del Almacén Departamental, en que se dice en la parte pertinente 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" (Fl. 13 cuaderno número 5).

g) Constancia de la señora Lucila de Pimiento en la que dice 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 decomisado". Al pie de ese escrito aparece la palabra "recibí" y la firma de la señora Uhía de Pitre (cuaderno 5, Fl. 14).

h) En declaración bajo juramento la señora Lucila de Pimiento dice haber recibido la mercancía y el vehículo que se vienen mencionando y haberlos entregado a la señora Uhía de Pitre por orden del Gobernador del Departamento. (Cuaderno principal, Fls. 24 a 26.).

i) Indagado el señor Castro Castro, manifestó, entre otras cosas, que ordenó la devolución a la señora Uhía de Pitre tanto de las mercancías decomisadas como de la camioneta en que las transportaba, porque consideró que aquéllas no eran de contrabando y ésta había sido comprada en la agencia "Auto Cesar" y que, para ese objeto, dirigió a la Jefe del Almacén Departamental la comunicación que se deja transcrita en la parte pertinente. Refiriéndose a la mercancía y no obstante lo ya dicho, expresó que ordenó, como siempre lo ha hecho, que fuera confiscada para rematarla por el Departamento y que estimó fuera de contrabando al no estar estampillados ni los cigarrillos ni el whisky. Al interrogársele por qué no exceptuó tales elementos de la orden de entrega, respondió que la oficina a la cual se dirigía es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del Departamento que la supervisa y que tenía la seguridad de que el Secretario de Hacienda no dejaría de ninguna manera salir el licor o los cigarrillos supuestamente de contrabando, en cumplimiento de órdenes terminantes que él (el exponente) le había dado. Termina diciendo que como el Código Fiscal del Departamento autoriza la confiscación y venta en pública subasta de tales elementos, por eso había procedido a su decomiso. Esa es la razón, dice textualmente, "de haber incautado la caja de whisky y los cigarrillos de que trata la factura que me mostraron (cuaderno principal, Fls. 146 a 151).

Pero al ser interrogado el Secretario de Hacienda del Departamento sobre los hechos a que se refiere el presente proceso, manifestó (Fl. 151 *ibidem*) que tanto el Juzgado de Rentas como la Secretaría a su cargo, desconocen quién autorizó la entrega de dicha mercancía y del 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".

j) Por medio de los documentos pertinentes se acreditó la calidad de Gobernador que tenía el señor Castro Castro a la época de los hechos (Fls. 81, 82 y 355).

Consideraciones de la Corte

Examinando el Decreto legislativo número 2144 de 1978, en el que se basó el ex Gobernador Castro Castro para dictar la Resolución de dos (2) de junio de 1979, por medio de la cual dispuso devolver a la señora Olga Uhía de Pitre las mercancías decomisadas y el vehículo no se encuentra rectamente interpretado, que atribuya a los Gobernadores de los Departamentos para tomar decisiones como la ameritada, en casos como el que se deja narrado.

En efecto, como se dijo en providencia de 22 de abril del año en curso, por medio de la cual se declaró la nulidad de lo actuado a partir del llamamiento a juicio, el decreto en el cual se basó el ex Gobernador Castro Castro para calificar como que no eran de contrabando las mercancías transportadas por la señora Uhía de Pitre y ordenar, en consecuencia, su devolución, rectamente interpretado no contiene autorizaciones legales para tal clase de decisiones.

Es un ordenamiento que, como se advierte en la parte considerativa del mismo, tiene como fundamento el hecho de haberse "intensificado

la delincuencia en algunas regiones del territorio nacional, por el uso indebido de aeropuertos, aeronaves, embarcaciones marítimas y fluviales y vehículos de transporte terrestre de procedencia nacional o extranjera, muchos de los cuales ingresan al país violando la soberanía nacional, para realizar actividades ilícitas, tales como tráfico de estupefacientes y contrabando de café, en conexión con el comercio ilícito de armas, que generan, a su vez, otras conductas como concusiones o cohechos corruptores en alto grado de la moral de los funcionarios con deterioro de la misión fundamental del Estado, lo cual constituye otro factor de perturbación del orden público".

Es decir, se trata de prevenir y de reprimir situaciones relacionadas con el regular funcionamiento de las instituciones estatales. En ningún momento de dotar a las autoridades administrativas de poderes extraordinarios para conocer de casos comunes que las leyes atribuyen a las de carácter judicial que son, en este caso, las de Aduana.

Así lo entendió la Corte al examinar en Sala Plena la exequibilidad del Decreto en mención, sobre la cual se pronunció en sentencia de siete (7) de diciembre de 1978, por la que se declararon contrarios a la Constitución varios apartes de las disposiciones contenidas en ese ordenamiento.

Base de la determinación tomada en esa oportunidad fue la relación directa de las disposiciones examinadas con el estado de sitio, a propósito de lo cual reiteró lo ya dicho, sobre un decreto semejante (el 70 de 1978) referente a las operaciones militares planeadas para prevenir o reprimir la producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes, diciendo entre otras cosas, lo siguiente:

"El Decreto tiene una evidente conexión con las causas determinantes y sobrevinientes de la perturbación del orden que sufre el país...".

Estas modalidades del decreto invocado por el ex Gobernador Castro Castro como fundamento de su decisión, indican en forma insoslayable que de sus disposiciones sólo podía hacerse uso para fines de restablecimiento del orden público, no para casos comunes y corrientes cuyo conocimiento estaba adscrito a otras autoridades.

No se podía interpretar dicho decreto de otro modo, y en particular, no era posible valerse de las autorizaciones que concede a algunos funcionarios administrativos, entre ellos a los Gobernadores, Intendentes y Comisarios. Hacerlo era desnaturalizar completamente su contenido y alcances, atribuyéndose potestades que no concede sino para circunstancias perfectamente particularizadas por los señalados motivos de orden público.

En otras palabras, el funcionario de los mencionados que se valiera del decreto en cuestión para aplicarlo a casos ordinarios, está usurpando la competencia que corresponde a otros de muy distinta categoría, como son los de carácter judicial.

A estos corresponde entenderse con tales comportamientos aplicando para juzgarlos, las normas prescritas de antemano.

En tratándose de contrabando que pudiera llamarse común, es decir, de aquel que nada tiene qué ver con el orden público ni se lleva a cabo en las circunstancias y con los móviles que señala el decreto en el aparte ya transcrito de su motivación, no pueden los Gobernadores y demás funcionarios ya mencionados entrar a decidir si esas mercancías y demás efectos allí citados u otros distintos, son o no de contrabando, porque eso, se repite, está adscrito a las autoridades de aduana.

Tampoco podían, por las mismas razones, tomar determinación alguna sobre los vehículos decomisados.

Más aún: de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento citado, los vehículos en que se transportaran el presunto contrabando o las drogas, armas, etc., no podían permanecer en poder de las autoridades civiles sino que debían ser puestos a órdenes de las militares.

Es lo que manda el artículo cuarto que dice:

"Artículo 4º Las mercancías y demás elementos que sean decomisados en las circunstancias previstas en este Decreto, serán puestos a órdenes de las autoridades competentes, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su retención. Las armas, municiones y explosivos se entregarán al Comando General de las Fuerzas Militares, desde su aprehensión.

"Las aeronaves, embarcaciones y vehículos terrestres se entregarán bajo custodia al Comandante de la Brigada o Fuerza Naval o Comando Aéreo, en cuya jurisdicción se realice la aprehensión, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a tal hecho".

Según la norma que se deja transcrita y aun cuando el asunto que dio origen al presente proceso fuera de aquellos que pudieran considerarse regidos por el Decreto número 2144 de

1978, se tendría que habría igualmente usurpación de funciones por parte del ex Gobernador Castro Castro al disponer que el vehículo decomisado a la señora Uhía de Pitre se mantuviera en el Almacén Departamental, en vez de pasarlo a las autoridades que debían tenerlo en custodia y cuya competencia, para ese efecto, se atribuyó al sindicado.

Eso fue lo que se dijo en la providencia que se menciona al comienzo de la parte considerativa de la presente.

En tal decisión, cuyas consideraciones se dan por reproducidas en la presente, puesto que con ésta constituyen una sola tanto por versar sobre los mismos hechos como por tener una evidente comunidad de fundamentación jurídica, se dijo, en esencia, que *cuando la conducta juzgada traspasa los ámbitos de la propia competencia para entrar en la de otra autoridad, esto es, no se limita a un simple exceso de las propias funciones sino a la asunción de las que corresponden a otro órgano del Estado, se está frente al ilícito que se menciona, o sea, el de usurpación de funciones.*

A lo dicho en esa decisión, cabe añadir que al comportamiento constitutivo del delito que se acaba de mencionar consiste siempre en la ejecución de un acto atribuido expresamente a otra autoridad. Vale decir, que no existe la infracción penal mencionada si tal acto no está asignado expresamente a otro funcionario, requisito que se cumple a cabalidad en el presente caso, por cuanto, como ya se dijo, corresponde la calificación de contrabando a las autoridades aduaneras, de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos números 555 de 1970, 520 de 1971 y por la Ley 21 de 1977. Y a las militares la custodia del vehículo.

No es necesario, por otra parte, que el usurpador especifique o mencione siquiera la naturaleza de la función que invada o que diga tener el nombre o la calidad del funcionario a quien suplanta.

De ahí que no hiciera falta en el presente caso que el ex Gobernador Castro Castro manifestara estar obrando como funcionario de aduana. Podía perfectamente decir que lo hacía (tal como en efecto lo manifestó) en su calidad de Gobernador del Departamento, ya que, de todos modos, estaba ejerciendo indebidamente una función que no le competía. Igual cosa respecto a las funciones de los militares.

Tampoco resulta exigible en el delito que se viene tratando, la producción de un daño. Este ilícito es de los llamados "de peligro", esto es, se perfecciona tan pronto como se crea un riesgo inmediato sobre el bien jurídico tutelado, en este caso la administración pública.

O sea, cuando se ejecutan actos de usurpación, vale decir, se llevan a cabo acciones que corresponde ejecutar a otro funcionario diferente.

Por lo que hace al aspecto subjetivo, se trata de un delito doloso que requiere el conocimiento de las propias funciones y, por consiguiente, del ámbito en que pueden ejercerse. Lo que permite saber cuándo se están exorbitando sus límites y penetrando en el de otro funcionario.

Al ex Gobernador Castro Castro no podía ser ajeno el hecho de que el Decreto por él invocado tenía como finalidades las expresadas, vale decir, el restablecimiento del orden público. Esto es, que se trataba de una normación excepcional, aplicable únicamente y en forma restrictiva, a los casos que perturbaran dicha situación.

Tampoco podía ignorar que el de la señora Uhía de Pitre no pertenecía a las categorías de personas mencionadas en la motivación del Decreto, ya que no era traficante de armas ni estupefacientes ni se encontraba en ninguna de las otras circunstancias mencionadas en la parte citada del mismo.

Ese conocimiento es fácil suponerlo en que quien venía desempeñando las funciones de Gobernador de un departamento y ha ejercido otras de parecida importancia, esto es, una persona de notable cultura.

Así, pues, puede afirmarse que también por lo que hace al aspecto psíquico de la infracción, se acomoda la conducta que se juzga a la norma que se considera violada.

Este era, en la época de los hechos, el artículo 182 del Código Penal, que decía: "El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de quince días a un año y en multa de diez a quinientos pesos".

Ella corresponde en el nuevo código de penas (Decreto número 100 de 1980) al artículo 152, en el cual puede subsumirse el hecho sub judice *y que expresa:*

"Artículo 152. Abuso de función pública. El empleado oficial que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno a dos años e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término".

Comparando las dos disposiciones a efecto de determinar cuál es la más favorable, ya que en

el caso juzgado se presenta el fenómeno del tránsito de leyes, pues una era la que regía al tiempo de comisión del hecho y otra en el de su juzgamiento, se tiene que tal juicio de valor tiene que resolverse por la primera de las normas mencionadas, no obstante señalar una pena de multa que no aparece en la legislación ahora vigente, porque la pena corporal que ella señala no sólo era de naturaleza más leve (arresto en comparación con prisión) sino que la cuantía de la misma era menor: quince días a un año frente a la de un año a dos, de la nueva normación.

Así, pues, en caso de condena, deberá aplicarse la primera por vía de favorabilidad.

Demostrados tanto el cuerpo del delito como, en el grado que lo requiere el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, la responsabilidad del sindicado debe llamársele a juicio por el delito que se menciona.

Asimismo, y estando éste sancionado con pena privativa de la libertad, es necesario decretar su detención preventiva. Pero como esa sanción es, según acaba de expresarse, la de arresto, debe darse aplicación a lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 439 del mismo ordenamiento, ya que el procesado es merecedor del beneficio de excarcelación por su buena conducta anterior, acreditada de autos, y no concurrir en el presente caso causales de agravación punitiva.

En consecuencia, dispondrá de cuatro (4) días, a partir de la notificación de esta providencia, para constituir la caución que se le va a exigir en la parte resolutiva de la misma, con lo cual podrá continuar en libertad.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

Primero. Llamar al señor Guillermo Castro Castro, de las condiciones civiles expresadas en su indagatoria, a responder en juicio por el delito de "Usurpación de funciones", que definen y sancionan el capítulo VII del título III del Libro Segundo del Código Penal de 1936 y el capítulo noveno del título tercero del libro segundo del Código Penal de 1980.

Segundo. Ordenar la detención provisional del señor Guillermo Castro Castro, quien, sin embargo, tiene derecho a seguir gozando de libertad si presta causación prendaria de quinientos pesos ($ 500.00) y firma la correspondiente diligencia, para lo cual se comisiona al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar.

Tercero. Al encausado se le harán, en el momento de notificarle el presente auto, las prevenciones de ley.

Cuarto. Cancélase la caución prestada por el procesado el 12 de marzo de 1981.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Debo reiterar en esta oportunidad lo que manifesté en salvamento de voto a la decisión mayoritaria de la Sala, cuando ésta decidió declarar la nulidad de lo actuado por supuesta errada denominación jurídica de los hechos. Lo que entonces dije es, en esencia, que el delito imputable al señor Castro Castro es el de prevaricato y no el de usurpación de funciones; las razones son, a mi juicio, las que en dicho salvamento consigné y que, por eso omito ahora repetir.

Quisiera, sin embargo, agregar que los argumentos adicionales del nuevo auto de proceder no eliminan sino evidencian con mayor énfasis la ilegalidad de la resolución tomada por el procesado.

No sobra reiterar que el Gobernador sí estaba facultado para decidir, mediante el procedimiento señalado en el Decreto 2144 de 1978, sobre la situación jurídica de la señora de Pitre y sobre la mercancía y el vehículo decomisados; así se lo imponían el artículo 5º literal f) de tal Estatuto y el parágrafo del artículo 7º del Decreto 402 de 1979, reformatorio del anterior. Desde este ángulo no usurpó jurisdicción, actuó, en cambio, ilegalmente al disponer devolución de mercancía que él mismo confesó era de procedencia ilícita; y decidió el asunto con igual ilegalidad al pretermitir el cumplimiento pleno de las normas procedimentales que regían dicha acción.

Sigo pensando, pues, que la decisión correcta apunta hacia el delito de prevaricato, tal como unánimemente lo decidió la Sala en el anterior auto de proceder.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

IMPEDIMENTOS. AMISTAD INTIMA

No es cualquier afecto, es algo más profundo, algo de donde surge una comunidad de sentimientos y de ideas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 40.

Expediente número 27433.

Vistos

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se declara impedido para intervenir en este recurso de hecho propuesto por el doctor Alejandro Venegas Gil, para que se conceda el recurso de casación contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que, en segunda instancia, aprobó la regulación de los perjuicios causados con el delito de abuso de confianza por el cual fue condenado el señor Abel Carrasco Amaya.

Se considera

La Corte, refiriéndose a la amistad íntima como causal de impedimento (Art. 78-5 del C. de P. P.) siempre ha dicho, fundándose en las más profundas leyes de la psicología humana, que es el funcionario el único llamado a calificar el grado de sus sentimientos, de sus afectos y desafectos, porque sólo él sabe de su intimidad, de la fuerza interior que lo subyuga y que puede alterar la tranquilidad del alma u opacar el brillo del entendimiento para impedirle ejercer sus funciones con ponderación y sabiduría.

La amistad íntima desborda los límites de lo corriente, trasciende el plano de la simple estimación y se sitúa en los terrenos del espíritu, donde surge la comunidad de sentimientos y de ideas. No es, pues, cualquier afecto, es algo más profundo, algo que se confunde con la vida misma.

No parece que éste sea el caso del señor Procurador Delegado con el doctor Venegas Gil. La amistad que predica para con éste, la califica como de "cordial y estrecha" y la define como un sentimiento de "estimación y afecto", modo de describirla que deja traslucir una amistad sincera, pero sin una verdadera intimidad en grado tal que alcance a perturbar el desempeño normal de su función de Ministerio Público.

Si no se puede entender como amistad íntima la que aquí se pone de presente, hay que convenir en que no existe el impedimento propuesto.

En tal virtud la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Eduardo Torres E., en su condición de Procurador Tercero Delegado Penal y se DISPONE que siga actuando en este asunto como Agente del Ministerio Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION. CAUSAL 4ª ALEGADA CON BASE EN LA VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

La violación de los grados probatorios que se requieren para dictar determinadas providencias (auto de detención, auto de proceder y sentencia), configuran un error in judicando y jamás un error in procedendo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 40.

Expediente número 27121.

Vistos

Mediante demanda oportunamente presentada y declarada ajustada a derecho se sustentó el recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 2 de julio de 1981, con la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Superior del Socorro, que condenó a Silvestre Barbosa Barrera a la pena principal de ocho años de prisión y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio en Florentino Quiroga González y absolvió a otro por la misma infracción.

Hechos

Quedaron fielmente relacionados en el proceso, así:

"...El 7 de noviembre de 1976 la maestra de la vereda 'El Godo', del Corregimiento de Santa Rosa, en el Municipio de Bolívar, organizó un bazar o reunión veredal, con el fin de recolectar fondos para la Junta Comunal. Ya entrada la noche los campesinos bailaban en el salón de la escuela, cuando se vio a Florentino Quiroga González golpeando con sus puños a su concubina María Antonia Murillo, por lo cual recibió amonestaciones por parte de Silvestre Barbosa Barrera. Las gentes intervinieron y sacaron al patio a los protagonistas, presagiando la tragedia en la presencia de una pistola calibre 22 que Silvestre intentaba sacar. En los alrededores de la escuela, un primo de Silvestre, llamado Melitón Fontecha Barbosa, con su machete, propinó un 'planazo' en la región frontal de Florentino, dejando a éste 'como aturdido', circunstancia dentro de la cual Silvestre accionó su arma de fuego, alojando un proyectil en la anatomía de Quiroga González, que en forma fulminante le quitó la vida...".

La demanda

Con invocación de la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.), el recurrente impugna la sentencia de segundo grado al considerar que el Tribunal la dictó en juicio viciado de nulidad de rango constitucional por inobservancia de las formas del debido proceso, según lo prescribe el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Para demostrar el cargo, anota:

Que de conformidad con el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal no se puede dictar auto de proceder si no está plenamente demostrado el cuerpo del delito, o sean, los elementos objetivos o externos de la infracción contenidos en la norma que la describe, como lo enseña el artículo 310 del citado ordenamiento y que, para el caso, serían los indicados en el artículo 362 del Código Penal vigente para la época de los hechos.

Agrega que con fundamento en el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal, solicitó la respectiva necropsia, previa exhumación, con el fin de determinar las posibles causas de la muerte, pero le fue soslayada la prueba. Al respecto expresa:

"...Como no fue ordenada esta importantísima prueba, no se hizo el menor esfuerzo por practicarla, sino que desde un comienzo se dio por sentado que estaba probado el cuerpo del delito, consagrando como regla general una excepción sentada por vía de jurisprudencia para casos muy especiales, esto es, cuando el cadáver de una persona que presuntamente ha sido víctima del delito de homicidio no puede ser hallado.

"En nuestro caso sabemos a ciencia cierta que el cadáver de Florentino Quiroga González está sepultado en el cementerio de Santa Rosa y allí habría podido cumplirse la exhumación y necropsia necesarias...".

En consecuencia, concluye:

"...Como no estaba probado el cuerpo del delito, ha debido el señor juez dictar auto de sobreseimiento temporal, reabrir la investigación a fin de lograr esa prueba cuya ausencia se notaba, conforme lo ordena el numeral 1º del artículo 489 del Código de Procedimiento Penal, pero el señor juez dio por sentado lo contrario y desconoció esta norma.

"No hubo pues, observancia de la plenitud de las formas propias del juicio...".

El Ministerio Público

El Procurador Delegado pide a la Corte que se abstenga de casar la sentencia impugnada.

Recuerda que es jurisprudencia reiterada "...que el reconocimiento médico legal del cadáver no es prueba única o exclusiva para demostrar el cuerpo del delito de homicidio, pues su comprobación puede lograrse por otros medios de convicción establecidos en la ley...".

Además, encuentra:

"...Las normas legales presuntamente infringidas, no conminan con sanción de nulidad el hecho de no haberse llevado a cabo la necropsia y su ausencia del proceso, por la imposibilidad de producirla; esa ausencia, tampoco desconoce ninguna de las garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Carta Política, ni constituye forma propia del debido proceso por jurados de ineludible observancia para los juzgadores.

"Arguye el demandante que la falta de dicha prueba impidió conocer la causa determinante de la muerte, y por consiguiente, establecer si el deceso se produjo por acción de uno de los procesados, o de ambos, o por motivos ajenos a su conducta, tesis esgrimida ante los jueces de conciencia y por éstos rechazada al afirmar la culpabilidad del recurrente y negar la del cómplice no necesario...".

Se considera

La causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.), alegada con base en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, como toda nulidad, exige la demostración dialéctica del hecho que la constituye y de su incidencia en el proceso mismo.

Cuando el demandante aduce que se conculcaron las formas propias del juicio, tiene que demostrar que se omitió, desfiguró o equivocó el procedimiento que por disposición legal correspondía aplicar en el caso concreto.

En el empeño de hacerlo sostiene que no se practicó la necropsia y que no obstante la pretermisión de esa prueba fundamental se consideró plenamente probado el cuerpo del delito de homicidio y se llamó a responder en juicio a su representado; finalmente, precisó que por virtud de esa omisión no se determinó la causa del deceso y, por ende, se hizo imposible definir si la muerte se produjo por acción de uno de los procesados o de ambos a la vez.

Sobre estos dos aspectos la Corte ha dicho:

1. La violación de los grados probatorios que se requieren para poder dictar determinadas providencias (auto de detención, auto de proceder y sentencia), configuran un error in iudicando *y jamás un error* in procedendo, *por la sencilla razón de que el primero comporta un falso juicio del fallador sobre lo que es materia del acto procesal mientras que el segundo supone simplemente un falso desarrollo del proceso. Bajo este criterio resulta totalmente imposible que tal violación afecte las formas propias del juicio.*

2. La comprobación plena de los elementos constitutivos de la infracción, cualquiera que esta sea, admite libertad de prueba. Esto significa que no hay exigencia de pruebas específicas para demostrar el cuerpo del delito (Art. 336 del C. de P. P.), basta acudir a los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Penal. Con esta premisa, la omisión de la necropsia no patentiza la falta de una prueba específica en el homicidio.

Entonces, el argumento central del reproche consiste en que no existía mérito para llamar a juicio porque no se había practicado la diligencia de necropsia, prueba sin la cual no podía predicarse que el cuerpo del ilícito de homicidio

estuviera plenamente probado, razón por la cual se quebrantaron las formas propias del juicio, no tiene validez jurídica. Y, no la tiene porque, además, los falladores recurrieron a otras pruebas de igual significación para apuntalar el auto de proceder, para acoger el veredicto del jurado y proferir sentencia de condena.

Si, como queda establecido, no hubo violación del debido proceso y si no era legalmente exigible una determinada prueba para comprobar la infracción que fue tema de este proceso, es lógico concluir que la impugnación carece de fundamento.

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, el dos de julio del año pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE ESTAFA ORIGINADO EN UN CONTRATO. BUENA FE QUE DEBE ASISTIR A LOS INTERVINIENTES

La violación del equilibrio que debe haber entre las partes en el contrato, tiene que proyectarse, cuando adquiere contornos de lesión a los intereses colectivos, sobre el plano del derecho penal, para que sean sancionados los abusos unilaterales de una de ellas sobre la otra

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 40 de junio 22 de 1982.

Vistos

Contra la sentencia de doce (12) de agosto de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó la del Juzgado Quince Penal del Circuito en que se condenó a Jorge Emilio López García y a Beatriz Muñoz de López a la pena de dieciocho (18) meses de prisión, al primero y de diez (10) meses, también de prisión a la segunda, como responsables, aquél en calidad de autor y ésta como cómplice, del delito de estafa, interpusieron oportunamente los defensores respectivos el recurso extraordinario de casación que les fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala, pero que solo se sustentó para el primero, habiéndose declarado, en consecuencia, desierto para la última.

Agotado el trámite correspondiente, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que en el mes de marzo de 1977, Pablo Rosselló Ginart, ciudadano español residente en Medellín, anunció en un periódico que ponía en venta su automóvil marca "Renault", modelo 12, con placas LD 3673. Respondiendo a dicho aviso, se presentó a su casa Jorge Emilio López García, acompañado de su esposa Beatriz Muñoz de López, quien acordó con el anunciante y dueño del vehículo, la compra de éste por la suma de $ 250.000 que se comprometió a pagar dando la mitad en el momento del contrato y el resto en letras mensuales.

Con posterioridad a la negociación, en la cual López García y su esposa se hicieron pasar como propietarios de considerables bienes, entre ellos una presunta hacienda denominada "La Chorrera", invitaron al vendedor a la casa de la madre de López y después de estas demostraciones de honestidad y capacidad económica, llegado el momento de entregar los $ 125.000 que debían pagar de contado, alegaron habérseles extraviado de la guantera del carro la cantidad de $ 20.000 que López García ofreció cubrir en dos cheques, cada uno de ellos por $ 10.000, propuesta aceptada por el vendedor quien no se dio cuenta que los instrumentos si bien girados por la esposa del comprador o sea Beatriz Muñoz de López, estaban a favor de Néstor Estrada L., ni de que el endoso que aquélla le hacía de los títulos no era valedero, pues no era ella la beneficiaria sino el último de los nombrados.

No pudo, pues, Rosselló Ginart hacerlos efectivos, no solo por el motivo apuntado, sino porque el banco los devolvió por cuenta cancelada. Tampoco le fue posible cobrar las letras, pues López, luego de traspasar a un tercero el vehículo y de insolventarse, desapareció, siendo de advertir que, con anterioridad, había estado pidiendo el ofendido aplazamientos para el cobro del primero de los cheques girados y que lo había sido a la vista.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Doce Penal Municipal de Medellín y proseguida por el Séptimo de Instrucción Criminal de la misma ciudad, por último y por competencia al Quince Penal de ese Circuito.

En el curso de ella no se logró la comparecencia de López García aunque sí la de su esposa quien, capturada, fue sometida a indagatoria para ser posteriormente, una vez cerrada la etapa investigativa, llamada a juicio, junto con su esposo, por el delito de estafa.

Dicho llamamiento, contenido en auto de fecha 17 de abril de 1979, fue apelado, pero el Tribunal lo confirmó en providencia de 27 de octubre del mismo año en el que hizo amplio análisis no solo de la prueba, sino de las alegaciones de la defensa que sustentaba un sobreseimiento definitivo sobre la base primordial de que los esposos López García habían obrado de buena fe y de que se trataba de un asunto de carácter civil.

El Tribunal no lo consideró así aunque admitió que López era el autor principal de la estafa y su esposa cómplice necesario de la misma.

Luego de practicadas algunas pruebas durante el plenario de la causa, se llegó a la audiencia pública que tuvo lugar el 11 de febrero de 1980, sin que a ella concurriera el procesado López García, quien continuaba huyendo, ni el Agente del Ministerio Público.

Los defensores de aquél y de su esposa siguieron alegando la inocencia de sus representados y atacaron, como ya lo habían hecho, la veracidad de las declaraciones de Rosselló Ginart presentándolo como mentiroso al tiempo que insistían en las de la señora Beatriz de López García que decían corrobaradas por el testigo Néstor Estrada Jiménez.

El Juzgado que se menciona dictó, con fecha 26 de marzo de 1980, sentencia por medio de la cual condenó a Jorge Emilio López García a la pena principal de 18 meses de prisión, como responsable por el delito de estafa y a su esposa Beatriz Muñoz de López a la de 10 meses, también de prisión, como cómplice necesario del mismo delito.

El Tribunal, como también se deja expresado, confirmó en todas sus partes esta decisión por medio de la sentencia que ahora es objeto del presente recurso extraordinario.

Demanda de casación y concepto de la Procuraduría

Se resume a continuación la parte pertinente de la demanda y, en seguida, el concepto del Ministerio Público.

Un solo cargo formula el censor contra la sentencia recurrida, ubicándolo en el segundo aparte de la causal primera de casación.

Lo divide, empero, en cuatro secciones, a la primera de las cuales denomina "cuáles fueron las declaraciones del denunciante".

En esta sección de la demanda se refiere el actor, como es obvio, a la denuncia y demás intervenciones de Rosselló, poniendo de presente que es una sola acusación que éste hace a los procesados concretándola en que recibió de ellos dos cheques de diez mil pesos cada uno, los cuales fueron protestados por haber sido cancelada la cuenta de su giradora, la señora Beatriz Muñoz de López.

Transcribe, en esta parte de la demanda, lo que considera pertinente de las declaraciones del denunciante.

En una segunda, que titula "el verdadero contenido de las declaraciones del denunciante", entra a analizarlas poniendo de presente en primer lugar, que los cheques fueron girados para ser cobrados en dos fechas, uno de ellos el 21 de marzo de 1977 y el otro el 21 de abril siguiente. Además, hace resaltar que tales instrumentos decían, en letras muy destacadas, "páguese a Néstor Estrada J.", a propósito de lo cual comenta el actor que "cualquier persona, de cualquier estado o condición, en cualquier circunstancia en que se encuentre, es capaz de informarse sobre el beneficiario, mejor, está obligado a hacerlo, si es que en realidad quiere proteger sus intereses, antes de solicitar la tutela legal. Rosselló no tuvo esa misma precaución, pudiendo ver el escrito, como vio poner la firma del endosante al respaldo del título".

Destaca, a continuación, la circunstancia de ser el denunciante un extranjero de quien dice "ha pasado por muchas experiencias dentro y fuera de Colombia ha tenido que enfrentar muchas contingencias e inquisiciones aduaneras, policivas y hacer constantes erogaciones con los viajes y los cambios de situación".

Pasa en seguida a relevar que Rosselló es un comerciante para quien, como tal, el cheque tiene un significado inconfundible. "No observar, dice, el nombre del beneficiario es tan deplorable como la ignorancia voluntaria sobre el valor, la fecha y la persona de quien lo emite o traspasa".

Y, por último, manifiesta que es difícil aceptar que un extranjero, comerciante que sabe de endosos y que vio endosar los cheques, llegue a confiarse de una persona a quien no conocía y a quien veía por primera vez.

Todo esto para concluir que el verdadero contenido del testimonio analizado, difiere del que

le otorgó el fallo y que, con base en aquél, es necesario concluir que el denunciante no fue inducido en el error de creer que los dos cheques tenían fondos suficientes, que la cuenta era buena y que el endoso de López bastaba para garantizar los títulos.

"La tutela jurídica, concluye el actor, no acude al llamado del que abandona totalmente sus intereses, de quien con descuido gravísimo recibe cheques sin siquiera mirarlos, de quien, teniendo conocimiento de lo que es un documento de esa clase, lo guarda sin leerlo. Si creyó en palabras ajenas, pudiendo confirmarlas o rectificarlas de inmediato, con vista a la materialidad del instrumento, no solo no puede presentarse como víctima de una maniobra, sino que los resultados dañosos le pertenecen por entero, caso de haber tenido realización".

Un tercer aparte de su alegato lo dedica el demandante a analizar "cómo se violaron las normas" refiriéndose a las de procedimiento y, en particular, al artículo 236 del Código de la materia que reglamenta la forma de apreciar el testimonio.

Luego de reseñar cuáles son los requisitos que debe reunir la valoración de esta prueba y de describir en detalle cada uno de ellos, tanto por lo que respecta al testigo, como el objeto del testimonio, dice:

"El objeto del testimonio de Rosselló (la jurisprudencia de la Corte da al ofendido la calidad de testigo y dice que sus declaraciones deben apreciarse conforme a las normas del artículo 236) era recaudar para sí la suma de veinte mil pesos, valor total de los dos cheques recibidos. No puede ser, pues, más sospechoso. Carece, por lo mismo, del mérito de plena prueba. El testigo único, en condiciones excepcionales, es suficiente para condenar. Pero no en este caso en que ese testigo único es precisamente la persona lesionada en su patrimonio económico. El fallo no tuvo en cuenta las condiciones del objeto del testimonio y por eso violó el artículo 236 del estatuto procesal. Y como le dio valor de prueba plena a las declaraciones de Rosselló, violó igualmente los artículos 215 y 217 de la misma obra".

Reitera que la confianza depositada por el denunciante en el procesado López García, avaladas las palabras de éste por su esposa, ha sido considerado en el fallo como el remate de la maniobra inductora al error cuando en realidad dicho declarante lo único que hace es manifestar un estado subjetivo de confianza, no impuesto por López, o sea que hace el juzgador una apreciación que difiere de la verdad.

También señala como erróneas las apreciaciones del *ad quem* al tomar la falta de diligencia de Rosselló como signo de embobamiento producido por las maniobras engañosas del procesado. Y, además, dice, el fallo lo presenta como un individuo incapaz de darse a entender en castellano, en vez de parar mientes en que, por su calidad de comerciante se trate de una "persona avisada en los riesgos del tráfico mercantil" pero que abandonó todo cuidado para cerciorarse (sic) del pago o de parte de éste.

Un aparte final lo dedica el actor a examinar "cómo se violó el artículo 408 del Código Penal" para lo cual comienza por aseverar que "de todos los elementos constitutivos del delito de estafa, según la descripción del artículo 408 del estatuto derogado y 356 del vigente, el característico de esta forma de defraudación es el error en que incurre la víctima para entregar todo o parte de sus valores económicos. Es la consecuencia del engaño a que le conduce, bien la maniobra, bien el artificio de otro. Es un falso estado de conciencia, una subversión del conocimiento en virtud de la cual llega a creer verdadero lo que es falso y a actuar bajo el estímulo de esa convicción".

Señala, a continuación, que este estado de conciencia ha de ser inducido, esto es, creado por las maniobras engañosas para lograr lo cual, expresa, "el agente observa necesariamente una conducta activa, no de omisión, con fuerza o capacidad de manejo, especialmente auxiliada con recursos de palabra que facilitan la prosperidad de la empresa engañosa".

Recalca que el error debe ser generado por las maniobras del agente y que no tienen significación jurídica las equivocaciones imprudentes del perjudicado.

Acota, a propósito de demostrar la vigencia de sus aseveraciones, apartes de doctrinas de esta Sala y antes de concluir señala que "si alguien, por mala información o por ignorancia del desarrollo que siguen los acontecimientos externos, procede según sus propias percepciones, solo él debe culparse. Es el exclusivo autor del percance, ya que su buena fe no estuvo interferida decisivamente por la falacia de otro".

Y luego de insistir, por algunos párrafos más, en las consecuencias penales de la torpeza por parte del sujeto pasivo de la estafa y de señalar que lo es no examinar, especialmente si se trata

de un comerciante, el cheque con el cual se le pague, concluye diciendo:

"El denunciante, testigo y acusador da cuenta de su confianza, pero la ley en el artículo 408 no se refiere a este estado psicológico, sino al fraude con que un sujeto logra hacerse entregar la cosa ajena. El fallo violó, por consiguiente, el citado artículo por aplicación indebida. El tipo de la estafa no logró establecerse y en esas condiciones la rectificación en el recurso extraordinario favorece tanto al llamado autor como a la denominada 'partícipe necesaria', sin la cual el hecho no pudo tener sentido ante la norma jurídica".

Pide, en consecuencia, que se case el fallo recurrido y en su lugar se dicte el absolutorio correspondiente.

El Procurador Segundo Delegado Penal, quien lleva la voz del Ministerio Público en el presente recurso, solicita, por el contrario, que no se case la sentencia recurrida.

Para fundamentar su solicitud comienza por observar que el fallo impugnado, si bien se basó en el testimonio del ofendido, examinó también todo el acervo probatorio, partiendo de la prueba documental, analizando luego la testimonial y haciendo lo mismo, finalmente, con los informes y certificados sobre los antecedentes personales y judiciales de Jorge Emilio López García.

Cita el Procurador, en detalle, los folios en que tales elementos de convicción se encuentran en el expediente.

Se refiere luego a las condiciones del ofendido, para avalar lo que dice el Tribunal a este respecto, al igual que lo manifestado sobre las del procesado López García y su esposa Beatriz Muñoz de López.

Indica que los despliegues de riqueza hechos por la pareja ante su víctima, inspiraron en éste una confianza que no permitió examinara los títulos que aquellos le entregaron como parte del pago y que, por la misma razón, no se fijó que el destinatario de los cheques era un tercero.

Es decir, que el Tribunal Superior de Medellín cumplió el requisito de examinar cuidadosamente la personalidad del testigo, en este caso Rosselló, como también estuvo al tanto de las del testimonio rendido por el mismo no solo por lo que concierne a las condiciones de percepción del testigo, sino a la atinente a la declaración e igual cosa hizo con los de López y de su esposa.

"Así, continúa expresando el Ministerio Público, en forma lógica el juzgador de segundo grado fue exponiendo su raciocinio que conlleva la crítica de la prueba, dentro de los límites fijados por la ley procedimental penal en su artículo 236, dentro del criterio de persuación racional, hasta llegar a la convicción plasmada en el fallo que se impugna ahora en casación, algunos de cuyos apartes cita el demandante".

Observa, finalmente, que si bien a lo largo del proceso se atacó, por los defensores del procesado, el estimonio de Rosselló Ginart, no se hizo lo mismo con las restantes pruebas de cargo que, con aquél, conforman un todo armónico y que también en casación debió impugnarse en forma total.

Y termina diciendo: "Por estar sometido el testimonio en su valoración al criterio de la persuación racional indicado en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, de haberse observado, como en el presente caso, las normas de la crítica del testimonio, las condiciones personales y sociales del testigo, así como las del objeto a que se refiere y las circunstancias en que se haya percibido y rendido, es invulnerable en sede de casación por error de derecho".

O sea que el error que alega el casacionista, no ha sido, en concepto de la Procuraduría, demostrado y la sentencia no puede ser casada.

Consideraciones de la Corte

El hecho de haber sido planteado un solo cargo contra la sentencia recurrida, si bien facilita el examen de la Sala en cuanto demarca perfectamente el campo a que debe referirse, de otra parte, *dada la forma como la demanda se halla concebida, vale decir, la seriedad de los planteamientos en ella expuestos, la obliga a profundizar en uno de los temas que ha dado origen a más arduas discusiones, como es el de considerar la viabilidad actual de los planteamientos de una corriente doctrinaria que ha visto en estos casos manifestaciones del derecho civil que no trascienden al campo penal por ser actividades que se desarrollan en un ámbito donde las partes saben o deben saber que están expuestas a mermas de sus derechos sin que por ello puedan calificarse de punibles tales lesiones, al menos a la luz de las normas que rigen el delito de estafa. Dentro de esos planteamientos el censor concede importancia al aspecto subjetivo de la conducta materia del proceso, particularmente por lo que se refiere al denunciante y sujeto pasivo de la acción que se ha venido calificando de punible, en cuanto sostiene que el derecho no protege a*

aquellos que no saben amparar sus propios intereses, aspecto que suscita no pocas controversias en este campo, ya fecundo a ella, del mencionado ilícito penal.

Sea lo primero decir que tomando en perspectiva el asunto desde el ángulo del derecho civil, debe tenerse en cuenta que esta rama del orden jurídico que hasta ahora se ha visto como normadora exclusiva de intereses individuales ha venido experimentando una notable transformación al proyectarse sobre ella, en forma decisiva, la consideración de que también dentro del derecho privado deben tenerse en cuenta los intereses públicos o colectivos, esto es, que los negocios y demás relaciones jurídicas entre particulares no solo tienen importancia para éstos, sino que sus actuaciones deben ser reglamentadas y aún limitadas con base en los intereses sociales que, casi siempre, comprometen.

De ahí que vaya perdiendo vigencia la concepción de que lo que sucede dentro de un contrato, solo interesa al derecho civil y para nada a las demás ramas del orden jurídico, menos que a todas al derecho penal.

"Todos saben bien, dice un autor, cómo los profundos cambios ocurridos en el ámbito de las estructuras negociales como consecuencia de ese rápido proceso receptivo de principios sociológicos, económicos y políticos en este campo, ha contribuido sensiblemente a transformar de raíz los fundamentos de su reglamentación jurídica. Si es innegable que la mutación de la sociedad, las transformaciones de la vida económica y la necesidad de una más diversificada y moderna concepción de Estado, en el cual han confluido numerosas funciones que antes eran ejercidas por los particulares en el ámbito de su propia iniciativa, han contribuido decisivamente a determinar, con repercusiones advertidas en todo el derecho, la desvalorización del elemento individualista en el campo del fenómeno jurídico, es, de otra parte, innegable, que la nueva organización económico-social de los intereses ha llevado, de modo ineludible, a modificaciones sustanciales en la estructura de las categorías negociales, a saber, la emersión de un interés social, más general, del que es portador el ordenamiento jurídico y por cuya presencia los intereses de los particulares resultan absorbidos por la preeminencia de los colectivos". (Giorgio Sanmarco, La Truffa Contrattuale, Pág. 15).

Por lo tanto, es pertinente desde el punto de vista social examinar lo que sucede en el campo de un contrato para ver si las vicisitudes que las partes corren en el mismo, han sido de tal naturaleza y magnitud que resulte de interes general considerarlas como delito.

A este propósito debe advertirse que es imperativo por lo que hace al buen orden y corrección en que deben desenvolverse, en general, las actividades sociales, exigir a las partes que intervienen en un contrato que procedan de buena fe.

La conducta fraudulenta dentro del negocio no solo lesiona el derecho de libre disposición de la contraparte, sino que perturba el orden jurídico y atenta al normal desenvolvimiento de la economía no únicamente la privada sino también la pública o colectiva y por este aspecto interesa primordialmente al derecho penal. No hay que olvidar que ésta, la economía colectiva, reposa tanto como aquélla sobre la libre determinación de la voluntad.

No se puede hacer de lado, ciertamente, que en el mundo de los negocios es admisible que exista una cierta "lucha de astucias", como algunos la llaman, es decir, un juego de posiciones no explícitas de los contratantes que buscan el beneficio de cada uno aún con mengua de los intereses del contrario.

Y que no es fácil determinar en forma genérica cuando ese "juego de astucias" se mantiene en los límites de la moral y cuando los transpasa para caer en lo indebido y aún en lo delictuoso. Estos límites, ciertamente, varían con el tiempo y el lugar de la negociación y con la naturaleza de la misma. Pero de todos modos existe una norma ética, una regla moral que subyace, como una imperiosa exigencia, en el campo de las obligaciones.

De ese trasfondo moral hace parte importante el respeto que se debe observar por los contratantes a las normas de corrección, no solo en las fases fundamentales del contrato, sino aún en las preliminares y, sobre todo, en las de la ejecución de las obligaciones contraídas.

La violación del equilibrio que debe haber entre las partes en el contrato tiene que proyectarse, cuando adquiere contornos de lesión a los intereses colectivos, sobre el plano del derecho penal para que sean sancionados los abusos unilaterales de una de ellas sobre la otra.

No significa lo anterior que no haya lugar al juego de astucias que se deja mencionado y aún a que, dentro del mismo y como procedimiento, si se quiere usual, en los negocios, se echa mano de mentiras. Si el agente no tiene la obligación

de decir la verdad, la mentira y con mayor razón, el silencio, no constituyen siempre un engaño.

Ya Manzini hablaba, en tales circunstancias, de la "mentira agresiva" o sea en la que se dice para crear en la otra parte motivos de actuar o de omitir. Y de la "mentira denfensiva" que es la tendiente a ocultar los propios intereses legítimos.

Si ninguna de las dos traspasa ciertos límites sociales, especialmente si la contraparte no tiene el derecho de conocer la verdad, no hay en ello delito y todo hace parte de ese fenómeno general que se llama "la competencia en los negocios", o, como dice algún autor: "la característica competitividad individualista de los negocios".

Pero pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque esta es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil.

Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligada a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícitos, sino plenamente delictuosos.

Estos principios están directamente relacionados con los demás elementos de la estafa. Entre ellos con el concerniente a la calidad del sujeto pasivo del engaño, que no siempre, como se sabe, es el del daño.

De acuerdo con la concepción clásica del contrato, que se decía era siempre en interés privado, particularmente de las partes contratantes, éstas debían estar sujetas a las vicisitudes del convenio pactado, entre las cuales se contaban las que dependían de la condición particular de cada uno de los contratantes.

Así, si uno de ellos confiaba excesivamente en la buena fe del otro, o si era demasiado ingenuo, o si desconocía las costumbres comerciales del medio en que actuaba y a causa de esas circunstancias era engañado y sufría un perjuicio económico, debía soportarlo porque, se decía, el derecho no protege a los que se descuidan ("de durmientibus non curat jure").

Esa situación ha cambiado. Sin dejar de admitir que en los negocios pueda haber sutilezas, malicias, y reticencias como se deja dicho atrás, ellas tienen un límite social, vale decir, se admiten mientras no hayan comprometido gravemente la voluntad del contratante engañado y no salgan de lo comúnmente aceptado en el medio en que se actúa.

Porque, como dice un autor "el derecho interviene para castigar los abusos que desvían la autonomía privada de su función social. Está en la lógica de un ordenamiento legal que reconozca a los particulares una esfera de autonomía pero que debe exigir una cierta medida de fair play *porque, de otra manera, el sistema consagraría el triunfo de la superioridad injusta. La búsqueda de la propia conveniencia no debe desencadenar una competencia sin freno. Por el contrario: debe corregírsela con un mínimo de respeto por los intereses ajenos". (Pedrazzi. Inganno e errore ne delitti contro il patrimonio. Pág. 204).*

De acuerdo con estas ideas, no es de recibo el argumento del actor ya transcrito atrás en el sentido de que "si alguien, por mala información o por ignorancia del desarrollo que siguen los acontecimientos externos, procede, según sus propias percepciones sólo él debe culparse. Es el exclusivo autor del percance, ya que su buena fe no estuvo interferida por la falacia del otro".

En el caso de autos, este argumento es inadmisible, no sólo porque no es cierta su parte final de que la determinación de Roselló Ginart no estuvo interferida por la falacia de López García, pues claramente aparece de autos lo contrario o sea que el comportamiento de este último fue decisivo en la formación de la voluntad contractual del primero, sino porque la posible falta de diligencia por parte del ofendido, quien confió en la buena fe del procesado, no tiene por qué cargarse en contra de aquél, puesto que esa actitud (la de Roselló) no alteró en ningún momento el equilibrio de las partes contratantes, ni se proyectó perjudicialmente al plano social.

Por el contrario, fue la de López García la que asumió esos perfiles. El fue quien preparó los cheques y los llevó ya listos para ser entregados a Rosselló y quien también fingió que se le habían robado veinte mil pesos en dinero del pago para poder entregarle cheques que sabía no podía cobrar el vendedor, él, quien en su dilatada experiencia como estafador, usó el carro para entregárselo a otro damnificado por idéntico delito y huyó ocultándose a los ojos de la autoridad, todo lo cual muestra al avezado estafador que es, al

individuo ducho en ardides para ofender, mediante engaño, el patrimonio ajeno.

No puede pretenderse ahora que la desventaja en que un individuo honrado y, tal vez, ingenuo como Rosselló se hallaba frente a López García pueda enderezarse en contra del primero para decir que lo que este último hizo es indiferente a los ojos del derecho penal porque con una mayor diligencia el ofendido hubiera evitado el engaño. No es obligación del engañado ser astuto como sí es la del ofensor respetar a su contraparte en los negocios.

Viene al caso, sobre este particular, lo dicho por Manzini para quien "...la circunstancia de que el sujeto pasivo no haya ejercido o lo haya hecho mal o tardíamente un control o algún otro comportamiento debido o acostumbrado, no excluye el delito de estafa... Tal el caso de que el estafado no hubiese sufrido daño si hubiese observado, según su deber, normas prescritas por leyes, reglamento, órdenes o disciplinas v.gr. si se le paga con un cheque cruzado que, como se sabe, sólo puede ser cobrado en una cuenta bancaria" (Tomo IX, Págs. 616 y 617).

De otra parte, es importante recalcar que, aun cuando el ofendido Roselló Ginart hubiera tenido la precaución de mirar los dos cheques para darse cuenta de que el beneficiario no era la misma endosante, el engaño persistía pues, de todos modos, la cuenta sobre la cual estaban girados, había sido saldada y esto lo sabían los dos esposos, pese a lo cual afirmaron, ante una pregunta del ofendido, que "era buena", es decir, que estaba funcionando correctamente.

Esa circunstancia, es decir, la inoperabilidad de la cuenta, no podía ser conocida por Rosselló en el momento de recibir los cheques ya que para ello es necesario una averiguación ni fácil ni pronta o bien esperarse a la actitud del banco girado cuando se le presentaran los instrumentos, que fue lo ocurrido en el presente caso, esto es, que Rosselló no se percató de que la cuenta estaba saldada sino cuando presentó, para su cobro, uno de los títulos-valores. Es decir, que no alcanzaba la ordinaria diligencia, que el censor echa de menos, para evitar el engaño.

De igual manera, y en referencia a un argumento específico de la demanda contenido en uno de los apartes transcritos en otro lugar, la confianza del ofendido en el actor no desnaturaliza la existencia de la estafa en aquellos casos, como el presente, en que ella nace de la deliberada apariencia de éste y de actos suyos dirigidos expresamente a fortalecer esa confianza para mejor desarrollar el timo.

La confianza es ciertamente, como lo dice el actor, un sentimiento y, como todo estado de ánimo, de carácter subjetivo. Pero es, además, una manifestación de buena fe, de la creencia en la honestidad de la contraparte. Ella, de acuerdo con lo que se deja dicho sobre el equilibrio de las partes en el contrato y el significado social de éste, no debe ser defraudada.

Sólo si adquiere límites extremos, pasando al campo de lo anormal, en forma que se tenga una víctima incapaz de la más elemental labor crítica, podría decirse que no hay estafa. Pero entonces es posible que exista otro delito, por ejemplo, una defraudación.

Finalmente por lo que respecta a los argumentos del actor para respaldar su censura a la sentencia por error de hecho, la Sala hace suyos los razonamientos de la Procuraduría pues estima, en primer término, que la providencia recurrida se basó, no en una sola prueba, sino en un haz armónico, integrado de ellas, tanto de carácter testimonial, como documental e indiciario.

Y, en referencia a la declaración del ofendido, que es objeto de particular ataque por la demanda, la Corte considera que el Tribunal hizo un análisis adecuado, dándole el valor que merece, que es, ciertamente, primordial pero sin basarse sólo en ella sino, como se deja dicho, en todas las demás del proceso.

De ahí que no encuentre fundamento a los cargos y haya de resolver en consecuencia.

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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA DENUNCIA

Esta pieza acusatoria debe presentarse con el lleno de determinadas formalidades

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 040, junio 22 de 1982.

Vistos

En apartes del memorial dirigido a la Procuraduría General de la Nación, el ciudadano Efraín Gutiérrez Aroca, dice: "Con fecha 23 del mes próximo pasado formulé una queja contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado por gravísimas irregularidades en el proceso electoral de la ref...". "Habiendo interpuesto el recurso de súplica de que trata la Ley 11 de 1975 ante la Sala Plena del honorable Consejo de Estado, con sorpresa me enteré que en el orden del día que entra a dirimir, la Sala de lo Contencioso Administrativo, hoy 14 de junio, 3 p.m., aparece intercalado en la página 1º del citado documento lo siguiente: '1º B-163 Acumulados. Electorales. Darío Quintero P. Ponente:doctor Abello. Fallo', anotación que aparece entre el número 56 de la primera hoja y el número 57 de la segunda hoja del respectivo documento oficial. Y como caso alarmante en el documento original, aparece otra leyenda aún más burda y sospechosa, a continuación del primer punto del orden del día que se relaciona con la lectura del acta anterior, y aparece intercalado con tinta y tipo de máquina diferente al original el siguiente texto: '1º B-163 Acumulados Electorales. Darío Quintero P. Ponente: doctor Abello. Fallo', es decir, que no existiendo en el documento original numeral 1º A —si aparece 1º B, entre el numeral 2 de los juicios 153 bis, 155— con lo cual se demuestra adulteración del documento original, violando en consecuencia la Ley Penal en el Capítulo 3º, artículo 231 y siguientes del Código Penal y artículo 17 del Código de Procedimiento Penal".

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, con fecha 28 de junio de 1977, envió el anterior escrito a la Corte, el cual fue recibido el 11 del mes siguiente y sometido a reparto.

Resultandos y considerandos

Primero. El día 30 de los mismos mes y año se profirió el siguiente auto: "Cítese al ciudadano Efraín Gutiérrez Aroca para que manifieste bajo la gravedad del juramento si se ratifica o no en su denuncia anterior. En caso afirmativo precisará los cargos que desea formular y concretará quién o quiénes son sus denunciados. Cúmplase" (Fl. 3).

Por no constar en el escrito de denuncia ni figurar en el directorio telefónico del Consejo de Estado, se solicitó la dirección y el teléfono, tomándolos de los escritos que a él hubiera dirigido Gutiérrez Aroca (Fl. 4). De allí se informó que "El único dato que aparece en dichos expedientes es la cédula de ciudadanía puesta debajo de su firma en los memoriales presentados como coadyuvante en los mencionados procesos" (Fl. 17).

Como no fue posible obtener la dirección ni el teléfono del denunciante, por varias oportunidades se dispuso que permanecieran las diligencias en la Secretaría en espera de que Efraín Gutiérrez Aroca se presentara a cumplir con lo dispuesto en el auto anteriormente transcrito (Fls. 12 y ss.), sin que hasta la fecha ello se haya obtenido.

Segundo. Dispone el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal: "Requisitos de la denuncia. 'La denuncia se hará bajo la gravedad del juramento, verbalmente o por escrito, y contendrá una relación sucinta de los hechos, con todos los pormenores que conozca el denunciante. Podrá presentarse también por medio de apoderado especial' ".

"La denuncia escrita, firmada por el denunciante, debe presentarse personalmente. De la presentación, tanto de la denuncia escrita como de la verbal, se extenderá un acta que suscribirán, el denunciante, el funcionario que la reciba y su secretario".

Es natural que la ley, en atención a las graves implicaciones de orden social, patrimonial, moral y legal que una denuncia penal por la comisión de un hecho delictuoso pueda acarrear a determinado o determinados ciudadanos, en guarda del buen nombre y fama de estos, así como también con el fin de prevenir la posible responsabilidad del denunciante temerario, requiera que la pieza acusatoria se presente con el lleno de determinadas formalidades, que son las que señala como requisito de ella la disposición procesal que viene de transcribirse.

Por eso y para lograr su cumplimiento, se tomaron las medidas que se han dejado reseñadas en el punto inmediatamente anterior de esta providencia, sin que se hubiera logrado su cumplimiento, a pesar de los esfuerzos realizados en tal sentido.

Tercero. En el caso sometido a consideración, se tiene: La denuncia fue de carácter escrito y recibida por la Oficina de "Registro de correspondencia" de la Procuraduría el 14 de junio de 1977 (Fl. 1). Radicada en la Delegada para la Vigilancia Judicial el 21 de los mismos mes y año.

Es natural que en atención a la Oficina en donde fue recibida, no se extendiera ningún acta de presentación, con las firmas de quienes debieran suscribirla, como lo exige el inciso 2º de la norma citada. El texto de la pieza no contiene pormenores ningunos acerca del hecho denunciado y, la brevísima presentación que de éste se hace no permite colegir el que se esté en presencia de infracción penal ninguna puesto que, las dos anotaciones referenciadas, dicen exactamente lo mismo y, si hubo intercalación de ellas, tal cosa ocurrió en el "Orden del día", documento accidental y no dentro de ningún proceso.

De ahí el que se hubiera dispuesto que el denunciante, en caso de ratificarse en sus cargos, los concretara, así como también a las personas de sus denunciados. Nada de esto se logró, como tampoco se consiguió, vale la pena destacarlo de nuevo, el que el acusador se ratificara bajo la gravedad del juramento.

En consecuencia, no estando previsto en la ley como infracción penal el hecho denunciado y no habiéndose dado cumplimiento en la denuncia y su presentación a lo exigido por el artículo 14 del estatuto procesal penal, la Corte se abstendrá de iniciar investigación penal dentro de estas diligencias.

Sin lugar a otras consideraciones la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, SE ABSTIENE de abrir investigación penal por razón de los hechos contenidos en el escrito de denuncia suscrito por el ciudadano Efraín Gutiérrez Aroca, del cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, archívense las diligencias. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos.
Secretario.

PROVISION DE CARGOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

Los cargos de la Rama Jurisdiccional son de aquellos que las autoridades pueden proveer libremente en cuanto se cumplan para los nombramientos los requisitos que las mismas leyes exigen

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero.*

Aprobado: Acta número 40 de junio 22 de 1982.

Vistos

Contra el auto de veintidós (22) de octubre del año pasado por medio del cual esta Sala se abstuvo de abrir investigación de carácter penal contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acusados por el señor Luis Carlos Campos Casas por el presunto delito de prevaricato, ha recurrido el denunciante con el fin de que se reponga dicha decisión.

Manifiesta el recurrente, en primer término, que los ciudadanos tienen el derecho de acceder a los cargos públicos que tengan anexa autoridad y jurisdicción y que como el Decreto 3200 de diciembre 21 de 1979 consagra en favor de los estudiantes de derecho "la prerrogativa esencial de un año de judicatura municipal" habiendo él terminado dicha carrera debe designársele para un cargo en la Rama Jurisdiccional porque, de lo contrario, se está desconociendo y vulnerando su derecho de acceder a las funciones públicas.

Cita, como otro fundamento de su solicitud, la Declaración de los Derechos Humanos, entre los cuales menciona el de "personalidad" que lo estima violado al no hacérsele el nombramiento a que aspira.

Y habla, finalmente, de que viene siendo víctima de un "aniquilamiento monstruoso e inhumano" por parte de la Administración Pública y, particularmente, de la Rama Jurisdiccional que podría, agrega "fundamentar una demanda por responsabilidad extracontractual del Estado".

Para resolver se considera

Ciertamente nuestra Constitución Política consagra, en su artículo 39 del derecho a escoger profesión u oficio y lo hace dándole la denominación de "libertad". Con ello señala que toda persona puede tener acceso a tales actividades y que, en principio, no debe haber traba para ejercerlas.

Empero, la misma norma dice que "la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones". Esto significa que el legislador está en capacidad de restringir tal ejercicio con miras al bien común.

Lo que no consagra la Carta Fundamental es la obligación de nombrar para cargos públicos a quienes tienen títulos profesionales porque el ejercicio de las actividades de esa índole no comporta semejante débito estatal.

Quien cumple con los requisitos legales para ejercer un empleo oficial queda en disponibilidad de que lo nombren. Pero no más. A menos que una norma legal establezca la obligación de designarlo.

Eso no sucede en el presente caso.

Los cargos de la Rama Jurisdiccional son, por el contrario, de aquellos que las autoridades respectivas pueden proveer libremente en cuanto se cumplan para los nombramientos los requisitos que las mismas leyes exigen.

Mientras no se establezca la Carrera Judicial, esa libertad es principio imperante y aquellos que no sean nombrados, aún teniendo los requisitos para acceder a los cargos a que aspiran, no

pueden obligar a quienes los proveen a hacer en ellos las designaciones.

Y no existiendo tal deber jurídico, no puede decirse que los funcionarios que se abstengan de nombrar a determinada persona, estén cometiendo delito de ninguna especie.

Por eso no tiene razón el recurrente al imputar a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá el delito de prevaricato ni otro alguno por no haberlo designado como Juez.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,

Resuelva

No REPONER la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos.
Secretario.

IMPEDIMENTOS. NUMERAL 1º, ARTICULO 78 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Sólo en la medida en que la circunstancia alegada se enmarque objetivamente dentro de una de las causales definidas por la ley y su estudio arroje la convicción de que el ánimo del juzgador puede llegarse a ver comprometido en su equilibrio y serenidad frente a los posibles resultados de la determinación que va a tomar, procederá la aceptación del impedimento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 41.

Vistos

El doctor Dante L. Fiorilo Porras, Magistrado de esta Sala Penal, ha manifestado que se encuentra impedido para concurrir a tomar la decisión que habrá de adoptarse con fundamento en la ponencia sometida a consideración de la Sala por el suscrito Magistrado en las presentes diligencias, originadas en un memorial-denuncia enviado a la Corte por la señora Consuelo Araújo de Molina, en el cual se informa acerca de hechos presuntamente delictuosos atribuidos al señor Contralor General de la República, doctor Aníbal Martínez Zuleta.

Aduce el doctor Fiorillo Porras como causal de impedimento la contemplada en el numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, según la cual es motivo para separarse del conocimiento de un asunto el estar interesado en el resultado de éste, el propio juez o magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad o primero civil.

La razón del impedimento la hace consistir en que María Elena Tavera de Fiorillo, de quien es suegro, tiene interés en este proceso, en razón de que su resultado, si a su decisión concurre el Magistrado Fiorillo Porras, puede significar su permanencia o remoción del cargo que actualmente desempeña en la Auditoría Regional ante el Hospital Universitario de la ciudad de Barranquila, empleo dependiente de la Contraloría General de la República, hoy a cargo del doctor Aníbal Martínez Zuleta, y que entró a desempeñar a partir del día 4 de marzo del presente año, según certificación de la Jefatura de Sección de Registro y Control de la Contraloría General de la República, expedida el día 8 de junio del presente año, en virtud de solicitud escrita formulada por el señor Magistrado que se declara impedido.

Se considera

La ley ha querido que toda decisión que adopte un funcionario judicial esté rodeada de una imparcialidad tal que no deje la más mínima sombra de duda. Por ello, estableció las causales de recusación, que son al propio tiempo de impedimento, para permitir al juez en quien concurra alguna de ellas, separarse del conocimiento de un determinado asunto, manteniendo así en salvo su independencia de criterio y quedando libre de la más leve sospecha. A las partes, o sujetos procesales, los autoriza para que, en guarda de esa pulcra y recta administración de justicia, recusen al funcionario que, debiendo hacerlo, no se declara impedido.

Pero ese celo de la ley no puede ir hasta propiciar la separación del funcionario aún por excesos de delicadeza o por simples temores de que se llegue a interpretar indebidamente su actuación por honesta que sea, en razón de existir remotos motivos que permitan al más suspicaz hacer erróneas deducciones.

Por eso puso estrictos límites a los factores de marginamiento del funcionario, concretándolos a las más notorias manifestaciones de su

vinculación, bien con el propio asunto en litigio o ya con las personas interesadas en el resultado de éste, vínculos de los cuales puede llegarse a colegir razonablemente un interés directo o indirecto que ponga a prueba la neutralidad del juez en el manejo de la decisión judicial.

Entonces, sólo en la medida en que la circunstancia alegada se enmarque objetivamente dentro de una de las causales definidas por la ley y su estudio arroje la convicción de que el ánimo del juzgador puede llegarse a ver comprometido en su equilibrio y serenidad frente a los posibles resultados de la determinación que se va a tomar, procederá la aceptación del impedimento o la declaratoria de recusación.

En el caso que se analiza, el Magistrado que aduce el impedimento expresa que su nuera María Elena Tavera de Fiorillo, persona con quien, por tanto, se encuentra vinculado por parentesco de afinidad en primer grado, tiene interés en el resultado de esta actuación judicial ya que desempeña un cargo en la Contraloría General de la República, cuyo titular es el acusado.

Como puede observarse, no se trata de un interés directo, o sea del que pudiera llegar a tener el propio Magistrado, sino del que podría asistir a su nuera, consistente en su aspiración de continuar en el cargo que desempeña en la Contraloría, la cual podría afectarse frente a una decisión adversa del asunto o beneficiarse si fuere favorable.

Planteada así la situación, no reviste el interés las características de certeza, notoriedad y fuerza condicionante de la libre capacidad decisoria del funcionario, pues ni éste manifiesta que esas posibles consecuencias de la determinación puedan llegar a perturbar la ecuanimidad, serenidad e imparcialidad de su ánimo de juzgador (y recuérdese que como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones frente a casos similares "el mejor juez de los propios estados afectivos es el que los experimenta"), ni tampoco puede suponerse que el nombramiento de la nuera del Magistrado hubiese sido hecho en consideración de la futura intervención de éste en asunto que interesaba al nominador, ni puede afirmarse que de los resultados de la decisión, si es que a ella concurre el Magistrado Fiorillo Porras, dependa la estabilidad de su pariente en el cargo.

Si la causa que podría mover el interés aparece como meramente probable o hipotética, no adquiere éste la capacidad de inclinar el ánimo del funcionario en uno u otro sentido, máxime en el caso presente en que la dignidad de la investidura y las personales cualidades de quien la ostenta constituyen la mejor garantía de rectitud e independencia.

Pero es más, el interés a que se refiere la ley en el motivo de impedimento alegado, es aquél que resulta ser consecuencia jurídica directa de los resultados de la decisión judicial. No basta, por tanto, que se le pueda simplemente relacionar con ellos como una secuela meramente colateral, u ocasional. En el caso que se analiza, tampoco se presenta este requisito del interés impediente.

La Corte ha resaltado siempre esa necesaria relación jurídica entre el interés y el resultado. Es así como ha dicho: "El interés de que habla el ordinal 1º, no es aquel interés abstracto o de orden simplemente legal, que busca la recta, eficaz e imparcial administración de justicia, sino el interés personal deducido de las consecuencias del juicio, *cuyos resultados directos o indirectos, pueden favorecer o perjudicar al juez o magistrado en su patrimonio económico individual, o en el de alguna de las personas ligadas a ellos por vínculos de consanguinidad o afinidad de que habla la ley" (Auto de 4 de marzo de 1946 LX, 253) ..."El interés a que se refiere la ley procesal significa el provecho, la utilidad tanto de orden moral como material que la persona pueda obtener de la prosecución o* desenlace del litigio"... *(Auto de 5 de abril de 1958, LXIV, 208).*

Haciendo honor a su honestidad mental, el doctor Fiorillo Porras, no obstante saber, como lo sabe, que en su ánimo no influirá motivo alguno que lo desvíe del impecable cumplimiento de su deber, ha querido que sea la Sala el juez de su imparcialidad.

Está en su derecho de manifestar su impedimento y la Sala en su deber de rechazarlo, porque no existe motivo que permita dudar siquiera de que actuará con absoluta pulcritud.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NO ACEPTA el impedimento manifestado por el doctor Dante L. Fiorillo Porras, Magistrado de esta Sala.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos.
Secretario.

ARTICULO 467 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

En qué consiste la sindicación por delitos intencionales que prohíbe conceder la excarcelación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 41.

Vistos

Contra el auto de diecisiete (17) de febrero del año en curso por medio del cual el Tribunal Superior de Quibdó dispuso, entre otras cosas, revocar el beneficio de libertad provisional que venía disfrutando el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo y ordenar su reclusión en la Cárcel Nacional de ese Distrito, interpuso el sindicado recurso de reposición y, en subsidio, apelación para ante esa Sala.

El primero de esos recursos fue resuelto en forma desfavorable, por auto de cinco (5) de marzo del año en curso en el cual se le concedió la alzada, motivo por el cual han venido los autos a esta superioridad donde, tramitado el recurso, se procede a resolverlo.

Hechos

En auto de once (11) de diciembre de 1981, por medio del cual la Corte confirmó el de llamamiento a juicio que, por el delito de detención arbitraria, profirió el Tribunal nombrado contra el doctor Lozano Mayo se dijo que los hechos consistían esencialmente en que éste, en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Istmina y dentro de un proceso adelantado contra Clímaco Maturana Pino, quien tenía el carácter de Contralor del Departamento del Chocó, teniendo conocimiento de esta circunstancia y de que tal sindicado no había sido suspendido en el ejercicio de su cargo, dispuso su captura para oírlo en indagatoria y una vez llevada a cabo esa diligencia, lo retuvo durante cinco (5) días hasta definirle su situación jurídica mediante auto de detención en el cual ordenaba ponerlo en libertad mientras se tramitaba la suspensión, desatendiendo, de paso las solicitudes de libertad que le formulaba el detenido alegando, entre otras cosas, su calidad de funcionario público.

El Tribunal, mediante la providencia recurrida, determinó revocar la libertad provisional de que venía gozando el doctor Lozano Mayo, por cuanto en contra de éste aparecen siete (7) sindicaciones por delitos cometidos en los diez (10) años anteriores "hallándose, dice el *a-quo*, en trámite cinco de esos procesos vigentes e inclusive uno de ellos con expedición de auto de proceder en su contra con beneficio de excarcelación, el cual se encuentra actualmente en la Corte Suprema de Justicia por apelación interpuesta por el interesado contra aquella medida (detención arbitraria, ofendida: Magdalena Asprilla)".

Invoca el Tribunal como fundamento en su decisión lo dispuesto por el artículo 467 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe la excarcelación de quienes registren tres o más sindicaciones por delitos dolosos durante el lapso arriba citado. Menciona también el artículo 469 del mismo ordenamiento que también priva de ese beneficio al que cometa un delito doloso mientras esté gozando de excarcelación por otro de la misma naturaleza, aun cuando dice que esta última norma no puede aplicarse al presente caso por cuanto no fue durante el período posterior a la excarcelación que se le concedió en el delito de que aparece como ofendido Maturana Pino cuando cometió la infracción contra la libertad individual de Magdalena Asprilla. Insiste, empero, en que la parte final de la disposición primeramente citada, o sea el artículo 467 del Código de Procedimiento Penal no permite que siga disfrutando de excarcelación.

Al sustentar el recurso de reposición, el doctor Lozano Mayo alega que de las sindicaciones que se ha hecho mención, una fue resuelta en su favor con auto de sobreseimiento definitivo o sea el de detención arbitraria en que es ofendido Manuel Valdés Pereiro.

Respecto de otra, la seguida por denuncia de Esaú Murillo Camacho dice no ser responsable

de lo que se atribuye y no tener, por lo tanto, la calidad de sindicado.

En relación a una tercera, por detención arbitraria contra Magdalena Asprilla y en que se dictó auto de proceder, alega que se encuentra apelado ante la Corte y que hasta que ésta decida no puede aseverarse nada respecto al proceso.

Los otros procesos, o sea, los seguidos por detención arbitraria en que aparecen como ofendidos Yamile Rentería, Maturana Pino y Jacobo Moreno y que son los únicos que reconoce pudieran ser tomados en cuenta a los fines de la providencia dictada en su contra, dice que, en definitiva, no sirven para ese fin por no poderse demostrar el elemento intencional.

Termina manifestando que todos esos negocios se han originado en "razones de interpretación jurídica". Vale decir, que considera acertada la que él ha hecho en tales casos de las normas que se consideran violadas y que, por lo tanto, no es responsable penalmente por lo cual deba revocarse la medida decretada en su contra.

El Tribunal, en la providencia de que se ha hecho mención al comienzo de la presente, manifiesta que en cuatro de los procesos mencionados se le ha recibido declaración indagatoria al doctor Lozano Mayo, o sea en aquellos en que aparecen como ofendidos, respectivamente, Clímaco Maturana Pino, Magdalena Asprilla, Yamile de Osorio y Oswaldo Moreno y otros por lo cual resulta evidente que en esos tiene la calidad de sindicado. Agrega que esas indagatorias han sido recibidas en fechas que cita de 1981 y que estando vigentes esas cuatro sindicaciones, se justifica la medida recurrida.

Explica, finalmente, que al concedérsele el beneficio de libertad provisional en el auto de proceder dictado en el proceso en que aparece como ofendido Clímaco Maturana Pino y que fue confirmado por esta Sala, inclusive en cuanto hace a la excarcelación, aún no figuraba en los autos el certificado que ahora obra a Fl. 115 del cuaderno principal y en donde aparece la lista de las sindicaciones.

En la presente instancia, el recurrente sustenta el recurso diciendo, en esencia, que ha sido mal aplicado el artículo 467 del Código de Procedimiento Penal ya que, como fundamento probatorio a tal decisión se exhibió un prontuario delictivo que sigo considerando exagerado, tendencioso y amañado en más de un 60% por cuanto no se ponen de relieve los factores que le son favorables.

A este propósito repite que en el sumario en que es ofendido Manuel Valdés Pereiro se le sobreseyó definitivamente, que en el de Magnolia Gómez y Leticia Mosquera, el mismo Tribunal de Quibdó se abstuvo de abrir investigación, y en el de Esaú Murillo tiene sólo la calidad de testigo.

Agrega que en el de Magdalena Asprilla se le vinculó, mediante indagatoria como víctima de procederes siniestros y que la providencia de llamamiento a juicio se halla en suspenso por haber sido apelada.

Concluye que, en definitiva, los siete negocios que se han adelantado en su contra, quedan reducidos a tres que son el de Oswaldo Moreno y otros, Clímaco Maturana Pino y Yamile Rentería de Osorio, todos ellos por el presunto delito de detención arbitraria.

Se extiende luego, a espacio, criticando a Maturana Pino para decir que él (el memorialista) obró con celo al detener a éste por lo cual no se justifica que se le persiga.

Habla de que en su caso se ha aplicado la "responsabilidad objetiva" aunque no explica en qué consiste y la confunde con la peligrosidad. Se explaya sobre la falta de culpabilidad en las conductas que se le atribuyen. Alega que ha habido cambio de las concepciones jurídicas y se han presentado nuevas filosofías y termina pidiendo que con base en las apreciaciones "jurídico-doctrinarias" (sic) por él expuestas, se le conceda la libertad.

Acompaña copias de varias providencias entre ellas la proferida por el Tribunal de Quibdó al resolver sobre la apelación interpuesta por Clímaco Maturana Pino contra el auto por medio del cual se decretó su detención preventiva y que fue confirmada aunque con beneficio de excarcelación.

En otro memorial, dirigido a esta Sala, alega con base en la Constitución para decir que al privarlo de libertad se violaron los artículos 26 y 106 de la misma porque no se tuvieron en cuenta esas normas en vista de su carácter de Juez. Menciona también los artículos 107, 131 y 160 de la Carta Política para decir que los Jueces mientras ejercen sus funciones, no pueden ser depuestos de sus cargos sino a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior, lo que no se observó en su caso.

El Procurador Tercero Delegado Penal al emitir concepto sobre la petición del apelante, pide que se la niegue por no ser aceptables las razones del recurrente, puesto que cuatro de las sin-

dicaciones que se le han hecho se encuentran vigentes, lo que quiere decir, que subsisten las bases legales de la determinación examinada.

Se refiere, luego, a la petición que hace el recurrente de que se le conceda la libertad provisional por concurrir en su caso los supuestos que permiten la condicional. Y dice, a este respecto, que no por darse tales circunstancias se entiende que no operan las otras consideraciones y que, por ello, tampoco procede concederle sobre dicha base la excarcelación.

Finalmente, por lo que hace a la violación de normas constitucionales que alega el recurrente, también lo niega el Ministerio Público, en especial por lo que se refiere a la de garantías constitucionales ya que, dice, el actor no ha sido depuesto sino meramente suspendido de su cargo.

Consideraciones de la Corte

Es muy claro el artículo 467 del Código de Procedimiento Penal cuando dice que "no habrá excarcelación cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los diez años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales".

Esta última parte, que fue la aplicada en el presente caso, requiere que, en los diez años anteriores a la solicitud de libertad, el peticionario no haya sido sindicado por más de dos delitos intencionales.

Ahora bien, por sindicado debe entenderse aquella persona que tiene el carácter de sujeto pasivo de la acción penal. Es decir, que ha sido vinculado a un proceso como presunto responsable, en calidad de autor o partícipe, de un hecho sancionado por la ley penal.

Esa vinculación, como es sabido, se hace de dos modos, o bien llamando a una persona a rendir indagatoria o emplazándola debidamente cuando no es posible que comparezca a esa diligencia.

Ese carácter lo pierde por ejemplo por aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal o por un sobreseimiento definitivo dictado en su favor o por sentencia absolutoria, o en los casos de la Ley 22 de 1980, etc., debidamente ejecutoriadas las providencias.

Si contra una persona que ha sido indagada o emplazada se dicta auto de proceder o de sobreseimiento temporal y esa providencia es apelada, no por eso pierde su carácter de sindicado.

En el presente caso y según las constancias que obran en el proceso, el peticionario doctor Milvio Jacob Lozano Mayo fue indagado cuatro veces en otros tantos procesos durante el año de 1981, tal como aparece de la mención que hace el Tribunal con vista en los negocios correspondientes.

Se trata, por otra parte, de procesos que se adelantan contra el peticionario por el delito de detención arbitraria que no admite la forma culposa, o sea que se le están atribuyendo delitos intencionales, lo cual es suficiente para llenar el requisito anotado en el artículo 467 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, estuvo bien fundamentada la medida que tomó el Tribunal en la providencia recurrida en el sentido de privar al peticionario del beneficio de libertad provisional que venía disfrutando.

No advierte esta Sala que en ella se hubiera violado ninguna norma constitucional y particularmente cualquiera de las garantías consagradas por el artículo 26 de la Carta. Tampoco la del artículo 160 de la misma, puesto que el doctor Lozano Mayo no ha sido depuesto de su cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Istmina, sino simplemente suspendido en el ejercicio del mismo para poder le sea aplicada la medida de privación provisional de la libertad.

Por último, respecto a la solicitud de libertad que con base en el aparte 6 del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal hace el sindicado, porque, según dice, ha cumplido en detención preventiva el tiempo suficiente para obtener la libertad condicional, es preciso decir que, como libertad provisional, queda cobijada por la prohibición del artículo 467 del Código de Procedimiento Penal ya mencionado. Y como autónoma libertad condicional sólo puede ser resuelta por el Juez de primera instancia (artículo 696 ibídem) una vez proferida sentencia condenatoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado Penal y acorde con el mismo.

Resuelve

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PECULADO

Objeto material

EMPLEO INDEBIDO DE OBJETOS EXPLOSIVOS

Artículos 261 del Código Penal anterior y 198 del ahora vigente. Daño en cosa ajena, según los artículos 426 de la anterior codificación y 370 del nuevo estatuto. Sigue siendo de peligro el delito de utilización de sustancias explosivas, inflamables, tóxicas o corrosivas, con lo cual se tiende a proteger la seguridad colectivay continúa, siendo de resultado el delito de daño en cosa ajena, con el cual se ampara el patrimonio económico, de donde se deduce que el perjuicio real o material, consecuencia de la utilización de las sustancias peligrosas, no es elemento del tipo penal contenido en el artículo 198.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Abogado Asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina.*

Aprobado: Acta No. 40 (22 de junio de 1982).

Vistos

Corresponde decidir el recurso de casación propuesto por el procesado Danilo Salcedo Flórez contra la sentencia de 16 de octubre de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, al confirmar la proferida el 24 de julio de 1979 por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, condenó a aquél a la pena principal de cinco (5) años de presidio (hoy prisión), más los accesorios correspondientes, al hallarlo autor responsable de los delitos de peculado, empleo ilegal de objetos explosivos y daño en cosa ajena, cometidos en concurso y en perjuicio de los intereses del Banco Central Hipotecario, Sucursal de Bogotá, del cual era cajero principal.

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada ajustada a las prescripciones formales que contempla la ley (Fls. 2 y 18 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El Tribunal presenta los primeros de la siguiente manera:

"...El día 2 de diciembre de 1977 el particular Danilo Salcedo Flórez, cajero principal del Banco Central Hipotecario, Sucursal Bogotá, llegó tempranamente al sitio de trabajo, dejó en la casilla que le estaba asignada para el cumplimiento de su labor, unos elementos personales y luego salió en compañía de Bellaind Sepúlveda para asistir a una misa en lugar cercano; retornado que hubo al lugar a su cargo, permanecio en la casilla junto con la misma mujer y allí fue visto y saludado por otros compañeros a los cuales guardó objetos que portaban, incitado por aquellos a salir no quiso hacerlo, mas sí lo

hizo momentos después en compañía de su hermano Ricardo. Llegada la hora señalada para la iniciación de las labores en el banco, regresó Danilo Salcedo a su casilla, retiró de la bóveda una no precisada suma de dinero que llevó hasta el lugar de despacho al público, dejó allí sobre el mueble y sin seguridad alguna el dinero y se retiró a distribuir las bases entre los cajeros de cédulas y arrendamientos, tarea que cumplía cuando se produjo una explosión en el sitio correspondiente a la casilla que debía atender Salcedo Flórez, con las necesarias consecuencias de un hecho de esta naturaleza: trepidación violenta, estruendo, dispersión violenta de objetos, propagación de humo y señales de incendio, asombro y consternación generales; rápidamente se determinó el origen del insuceso, se anularon las incipientes señales de incendio, y en común propósito y comportamiento unánime de protección a intereses de la entidad bancaria representada en ese instante en billetes que esparcidos se hallaban en el suelo, personas allegadas al banco formaron cordones de seguridad y cuidadosamente procedieron a recoger el dinero y seleccionado de acuerdo a su estado de conservación, luego a contarlo y guardarlo con el resultado de que dan cuenta los autos: se estableció en arqueo definitivo un faltante superior a 3 millones de pesos a cargo del cajero principal Danilo Salcedo Flórez...".

Por los sucesos narrados en precedencia, el señor Jaime Fajardo Artola, en su carácter de Gerente del Banco Central Hipotecario, formuló denuncia y, con fundamento en ella, el 5 de diciembre de 1977 el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Bogotá inició la investigación penal correspondiente, dentro de la cual efectuó numerosas diligencias, las que le permitieron decretar el día 16 de los mismos mes y año la detención preventiva de Danilo Salcedo Flórez por los delitos de peculado y empleo de sustancias explosivas (Fl. 200 a 213 del cuaderno número 1). Posteriormente asumió la instrucción el Juzgado Noventa y cinco de Instrucción Criminal de Bogotá y, al concluir el término señalado para ella por la ley, el informativo pasó por competencia, de conformidad con el Decreto 2260 de 24 de octubre de 1976, al Comando de la Brigada de Institutos Militares, el cual, por Resolución número 062 de 30 de junio de 1978 convocó en la Guarnición de Bogotá un Consejo de Guerra Verbal que juzgara, por el procedimiento señalado en el Capítulo II, Título VI, Libro Cuarto del Código Penal Militar, al particular Danilo Salcedo Flórez "por los delitos definidos y sancionados en el Código Penal Colombiano, Capítulos Primeros, Títulos VIII y III del Libro Segundo" (Fls. 1 y del cuaderno número 4). El Consejo de Guerra inició sus sesiones el día 3 de julio siguiente y, al concluir los debates, los vocales contestaron los dos cuestionarios sometidos a su consideración afirmando por unanimidad la responsabilidad del acusado en razón de los dos delitos mencionados en la resolución de convocatoria (Fls. 30 y 34 *ibidem*). La Presidencia del Consejo acogió estas veredicciones y, con fundamento en ellas, profirió el 21 de julio de 1978 sentencia condenatoria (Fls. 71 a 80 ibídem). El Tribunal Superior Militar, al conocer de ella por apelación, la dejó sin valor mediante decisión de 10 de mayo de 1979, por considerar que se había incurrido en nulidad de orden constitucional, al haber sido juzgado Salcedo Flórez únicamente por los delitos de peculado y uso indebido de objetos explosivos (incendio), siendo que la conducta que se le atribuía estructuraba también el ilícito de daño en cosa ajena en conexidad con aquellos (Fls. 163 a 203 *ibidem*). El Comando de la Brigada de Institutos Militares convocó nuevo Consejo Verbal de Guera, esta vez mediante la Resolución número 109 de 2 de julio de 1979, para que por los trámites propios de esta clase de juicios juzgara al particular Danilo Salcedo Flórez por los tres delitos que se le imputaban, referidos a violaciones de los artículos 3º del Decreto 1358 de 1951 y 261 y 426 del Código Penal (Fls. 214 y 215 *ibidem*). Rituada la audiencia, los vocales afirmaron también en esta ocasión e igualmente por unanimidad la responsabilidad de Salcedo Flórez. Los cuestionarios que tuvieron a su consideración estuvieron concebidos en los siguientes términos:

Cuestionario número uno

"¿El acusado Danilo Salcedo Flórez, trabajador oficial para la época de los hechos, identificado con la cédula de ciudadanía número 19136797, es responsable sí o no, de haber hecho uso indebido de caudales en cuantía superior a tres millones de pesos de propiedad del Banco Central Hipotecario, los cuales estaba encargado de administrar el acusado en su condición de cajero principal de la Sucursal de Bogotá, según hechos ocurridos entre los meses de octubre y diciembre de 1977 en Bogotá, D. E.?".

Cuestionario número dos

"¿El acusado Danilo Salcedo Flórez, trabajador oficial para la época de los hechos, identificado con cédula de ciudadanía número 19136797,

es responsable sí o no de haber empleado objetos explosivos (dinamita) contra las instalaciones del Banco Central Hipotecario, Sucursal Bogotá, en donde el sindicado se desempeñaba como cajero principal, según hechos ocurridos en la mañana del día 2 de diciembre de 1977, en la ciudad de Bogotá, D. E.?".

Cuestionario número tres

"¿El acusado Danilo Salcedo Flórez, trabajador oficial para la época de los hechos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19136797, es responsable sí o no, de haber ocasionado daños en instalaciones y muebles del Banco Central Hipotecario, Sucursal Bogotá, donde se desempeñaba como cajero principal, avaluados en la suma de $ 107.302.00, discriminados así: a las instalaciones $ 20.000, en las máquinas de oficina $ 70.000 y en billetes $ 17.302.00, mediante la utilización de un explosivo, según hechos ocurridos el día 2 de diciembre de 1977 en Bogotá, D. E.?" (Fl. 232 *ibidem*).

Por encontrarlos acordes con la realidad procesal, la Presidencia del Consejo profirió sentencia condenatoria la que, apelada, fue confirmada sin modificaciones por el Tribunal Superior Militar mediante aquella que es objeto del recurso que ahora se decide.

La demanda

El impugnante invoca la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que el fallo se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad de carácter legal, al haberse incurrido en los cuestionarios en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal). Al respecto formula dos cargos:

Cargo primero. Lo anuncia de la siguiente manera:

"Danilo Salcedo Flórez fue condenado por el delito de peculado 'por uso indebido de caudales en cuantía superior a tres millones de pesos', a pesar de que dadas sus funciones como cajero principal del Banco Central Hipotecario estaba en imposibilidad de cometer tal infracción y, en el peor de los casos, le sería imputable el delito de hurto agravado por la confianza de acuerdo con el artículo 398, número 1 de la anterior codificación, toda vez que carecía de *'disponibilidad jurídica'* sobre esos dineros que tenía bajo custodia material".

Para su demostración acude al censor a las apreciaciones de esta Corporación plasmadas en sentencia de 7 de noviembre de 1950, 15 de marzo de 1973 y 15 de junio de ese mismo año, cuando se refirió, en una de ellas, al delito de peculado en sí mismo, y en las otras dos a las diferencias existentes entre los delitos de abuso de confianza y hurto con abuso de la confianza depositada en el agente.

Tomados conceptos de unas y otras, y sobre el presupuesto de que el verbo rector es idéntico en el abuso de confianza y en una de las modalidades del delito de peculado (apropiarse), pero sin hacer referencia en momento alguno a los distintos elementos de juicio en que se apoya el fallo, el impugnante recuerda que "el delicado problema de la disponibilidad jurídica de los bienes ha sido tratado ya por la honorable Corte Suprema de Justicia cuando se ha ocupado de establecer las diferencias entre los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza depositada en el agente, y cuando ha examinado los elementos estructurales del delito de peculado", habiendo llegado a la conclusión de que para cometer este delito "es necesario que el agente, dadas sus funciones, tenga disponibilidad no solamente material sino jurídica de los bienes que administre, guarda, custodia, etc.", por lo que queda claro que para su configuración se precisa "que el agente tenga 'custodia', o lo que es lo mismo, 'disponibilidad jurídica' sobre el bien del cual se 'apropia' o hace uso indebido en provecho suyo, que a la postre fue el cargo hecho a Danilo Salcedo Flórez, lo que en el fondo constituye una forma de apropiación".

Como éste, en su calidad de cajero, aunque manejaba dineros no tenía "disponibilidad" jurídica sobre esos bienes, no era posible atribuirle el delito de peculado, sino el de hurto con la circunstancia del numeral 1º del artículo 398 del Código Penal de 1936, por el cual debió haberse redactado el cuestionario para fundar después sobre él tanto la sentencia de primero como la de segundo grado. Como no procedió así, se incurrió por tanto en la indebida calificación alegada.

Segundo cargo. Lo presenta de la siguiente forma:

"Otro error cometió el sentenciador de segundo grado, relacionado con la correcta calificación jurídica de los hechos, en la medida en que dedujo concurso delictual entre el tipo penal consagrado en el artículo 261 y el delito de daño en

cosa ajena que describe el artículo 426 del Código Penal de 1936".

Para fundamentarlo, argumenta que las dos figuras se excluyen, pues la del 261 se refiere a una conducta de mayor gravedad que la que define el 426 y éste condiciona su propia aplicación a que el hecho que sanciona "no constituye delito de mayor gravedad", con lo cual elimina la forma concursal.

Para el recurrente, se está en presencia de un concurso "aparente" de tipos penales que se resuelve por intermedio del principio denominado de la "consunción", en "la medida en que el tipo penal del artículo 261 contiene, por así decirlo, el daño en cosa ajena, por expresa disposición, incluso del artículo 426 del estatuto de 1936".

Como se dedujo a Salcedo Flórez responsabilidad por ambos delitos, se incurrió también, por este aspecto, en errada calificación.

Como consecuencia de ambas censuras, solicita el impugnante que se case la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, inclusive, para que se juzgue a su ofendido por los delitos que proceden, que son, a su juicio, solamente los de hurto agravado (artículos 397 y 398 numeral 1º del Código Penal) y empleo ilegal de explosivos (artículo 261 *ibidem*).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares encuentra infundados ambos cargos, con apoyo en las siguientes consideraciones:

Respecto del primero, porque de acuerdo con las declaraciones rendidas por Jaime Fajardo Artola en su condición de Gerente de la Sucursal del Banco Central Hipotecario de Bogotá y por el propio sindicado, las funciones de éste como Cajero de la entidad implicaban la obligación de cuidar y custodiar los dineros a él confiados por razón de su cargo "estableciéndose necesariamente, por este aspecto, una relación jurídica con los dineros administrados", por lo que "mal puede hablarse entonces del delito de hurto, cuando precisamente Salcedo Flórez era el encargado de pagar y guardar los dineros de la entidad estatal, y en general de administrar los bienes". Para el Procurador, "la gran diferencia entre el peculado y el delito de hurto consiste en el abuso y la violación de la confianza pública depositada en el agente activo del delito, su condición de guardador y administrador, para apropiarse de los bienes del Estado, partiendo por otra parte de una función de autoridad respecto de los mismos. En cambio, en el delito de hurto, los elementos deben ser sutraídos de la esfera de vigilancia del dueño, vale decir que en ningún momento deben estar bajo control administrativo del agente activo del delito".

Como el objeto material del ilícito había sido puesto a cargo de Salcedo Flórez, esto es, "que tenía la posesión jurídica del mismo", al apropiárselo, peculó y no hurtó simplemente, por lo cual la calificación jurídica que al hecho se dio en los cuestionarios es la acertada.

En lo tocante al segundo cargo, el Procurador se aparta también de las argumentaciones del recurrente, pues encuentra ajustada a derecho la concurrencia delictual que le fue deducida al procesado, ya que la serie de actos que se le atribuyeron "configuran de por sí delitos independientes, que cada uno puede existir sin el cometimiento del otro, con fines determinados en cada uno de ellos", lo que indica que "en este proceso se cumplió un concurso material de delitos, y el Tribunal Superior Militar al respetar tal figura, interpretó acertadamente el artículo 210, numeral 5º, materia de impugnación".

Solicito, en consecuencia, que se desestime la censura y no se case el fallo, pues no se incurrió en nulidad procedimental alguna.

Consideraciones de la Corte

Para la época en que ocurrieron los hechos (noviembre y diciembre de 1977) el país se encontraba en estado de sitio, el cual había sido declarado por medio del Decreto 2131 de 7 de octubre de 1976 y en virtud de lo que disponía el Decreto 2260 de 24 de octubre de ese mismo año la Justicia Penal Militar era competente para juzgar el delito de empleo ilegal de sustancias u objetos explosivos y de los que se presentaran en conexidad con él y el procedimiento era el de los Consejos de Guerra Verbales. De tal forma que el juzgamiento que se hizo a Danilo Salcedo Flórez se ajustó a la normatividad vigente entonces para ese caso.

El Banco Central Hipotecario, entidad a la que prestaba sus servicios el procesado en calidad de cajero principal, es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo dispone el Decreto número 080 de 19 de enero de 1976 en su artículo 38.

En dicha entidad, de acuerdo con afirmación hecha por la Parte Civil y que no fue controvertida por ninguno de los sujetos procesales, tiene el Estado una participación del noventa por ciento de su capital (Fl. 104 del cuaderno número 1). Y así ha de ser pues el Decreto 3130 de 1968, el cual contiene el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, dispone en su artículo 3º "que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

Con fundamento en los anteriores presupuestos se entra a analizar, por separado, cada uno de los cargos formulados en contra de la sentencia.

Cargo primero. Indebida calificación de los hechos, por cuanto se trataba de un delito de hurto agravado en razón de la confianza y no del de peculado.

No cuestiona el censor ni la naturaleza jurídica de entidad vinculada a la Administración Pública que tiene el Banco Central Hipotecario, ni la viabilidad que, por lo mismo, puede tener un empleado suyo de ser potencialmente sujeto activo del delito de peculado.

Contra su impugnación en el hecho de que Salcedo Flórez, a su juicio, no tenía disponibilidad jurídica sobre los dineros que, como cajero principal, estaban a su cargo, por lo cual no podía cometer, en su concepto, el mencionado delito contra la Administración Pública.

Para dilucidar acertadamente el tema en cuestión, se precisa conocer las funciones que desempeñaba Salcedo como Cajero Principal del Banco Central Hipotecario, Sucursal de Bogotá.

Alfonso Garzón Guzmán, el Jefe de la Sección de Valores, del cual dependía el sindicado, se refiere a ellas de la siguiente manera:

"Las principales funciones son recibir los dineros recaudados de doce cajeros, seis de arrendamientos y seis de cédulas de capitalización, y pagar la nómina de los empleados del banco, para sus servicios exclusivos dentro de la bóveda principal del banco tiene dos cajas fuertes con sus respectivas claves, claves que conoce él únicamente, en donde deposita los dineros recibidos de los cajeros antes mencionados, en cuanto a la autorización para retirar dinero, tiene instrucciones que en los días normales para atender ciertas eventualidades como pago de algunos cheques, disponga de doscientos mil pesos y como norma en el pago de las quincenas saque de la bóveda de seiscientos mil a un millón de pesos como máximo, de esto personalmente le estaba recalcando para que observara esta norma, verbalmente le repetía estas instrucciones como medidas de seguridad".

Y en cuanto a la exclusividad en el manejo de los dispositivos de seguridad de esos caudales por parte de Salcedo Flórez, la reitera más adelante, en esta misma declaración en los siguientes términos, al responder a esta pregunta: "Díganos si el señor Danilo Salcedo Flórez es el único que posee las llaves de las cajillas de la bóveda donde tiene el dinero y es el único responsable de ese dinero es él ... único que tiene la clave? Contestó: Sí señor, dentro de la bóveda existen dos cajas con sus respectivas claves y el único que tiene acceso y sobre las claves de las dos cajas fuertes es el señor Danilo Salcedo, quien es la persona que responde por el dinero en efectivo que aparezca como existencia de caja en los registros del banco" (Fls. 45 vto. y 47 del cuaderno número 1).

El Subjefe de la Sección, Alirio Antonio Eslava, confirma, en términos generales, las aseveraciones de Garzón Guzmán, principalmente en lo atinente al manejo exclusivo por parte de Salcedo de las claves de las cajas donde se guardaban esos dineros (Fls. 50 a 54 *ibidem*).

Por su parte, el propio sindicado describe así sus funciones como cajero principal:

"Hacerles las bases para entregarlo a los cajeros diariamente, pagar la nómina del banco, las cédulas por pagar y liquidación de cupones y la nómina de todos los empleados del banco". Explica así en qué consiste "hacer las bases": "En cada talega empacar trescientos pesos todos los días, esas las hago el día anterior y al otro día se las entrego a los nueve cajeros... lo hago después de entrar a la bóveda, saco toda la plata con que se va a trabajar en el día y las talegas de las bases, me voy para mi caja, dejo toda la plata allí, cojo las bases y me voy y se las entrego a uno por uno en su propia mano".

En cuanto a su función de pagador de la nómina, dice: "Yo estoy comisionado para pagar toda la nómina del banco cada quince días, más o menos el valor de la quincena de lo que se paga cada quince días es alrededor de dos millones de pesos... le pago más o menos a unos mil empleados" (Fls. 33 y 34 del cuaderno número 1). En esa misma diligencia de indagatoria

manifiesta que le tocaba "cuadrar" a los cajeros todos los días al final de la jornada; que generalmente como producto de ese "cuadre" quedaban a su cargo sumas próximas a los dos millones de pesos y, en ocasiones, por acumulación "del cuadre de todos los cajeros" cantidades hasta de ocho millones de pesos; que no tenía ninguna persona que le ayudara "a contar esa plata"; que el producto del "cuadre" verificado el día primero de diciembre de 1977 fue de "seis millones novecientos mil pesos en todas las denominaciones de billetes"; que el dinero lo sacaba de la bóveda solo, como era costumbre. Respecto del que dice que llevó el día de los hechos de la cava a su casilla de cajero pagador, para cubrir la nómina de la prima de Navidad (aproximadamente cinco millones de pesos), anota: "Pues yo saqué ese dinero, yo trasladé solo, abrí la caja solo, siempre lo hice así, en las primas pasadas que son más o menos el mismo valor". Finalmente, aunque expresa que otros empleados del Banco tenían también acceso a los bóvedas del mismo y que algunos de ellos conocían las claves, reconoce que él también las poseía y a una pregunta del instructor respondió: "Sí, ese día fui el único que manejé las claves" (Fls. 34, 39, 40 y 41 *ibidem*).

A folios 166 del cuaderno número 2 puede observarse las claves entregadas por Salcedo Flórez.

El faltante que se comprobó pericialmente y que el procesado pretendió explicar como producto de la explosión o de las circunstancias favorables concomitantes y subsiguientes que se presentaron para que otras personas se apoderaran de parte de esos dineros, alcanzó a la suma de tres millones ciento noventa mil cuatrocientos ochenta y tres pesos con dos centavos ($ 3.190.483.02), Fls. 290 a 293 del cuaderno número 3.

De acuerdo con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, norma vigente para la época de los hechos, podía cometer delito de peculado el empleado de empresas o instituciones en que tuviera parte el Estado que se apropiaran o en cualquier forma hiciera uso indebido de los caudales o bienes de las mismas que por razón de sus funciones estuviere encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar.

El nuevo Código Penal sanciona a igual título delictivo, en su artículo 133, al empleado oficial que se apropie de bienes de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, cuya administración o custodia le haya sido confiada por razón de sus funciones. Y en su artículo 63, al determinar quiénes son empleados oficiales para efectos de la ley penal, incluye entre ellos al trabajador oficial. Como el Banco Central Hipotecario es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 38 del Decreto 080 de 1976) y las personas que presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales (Decretos 3135 de 1968, artículo 5º y 1950 de 1973, artículo 3º), el procesado tenía dicha categoría de trabajador oficial.

En ambos estatutos la pena, dada la cuantía del ilícito (más de tres millones de pesos, en el presente caso) es la misma, *cuatro a quince años*, sólo que en el actual es prisión, al paso que en aquél era presidio.

De suerte que la conducta subsiste como punible, no obstante el cambio de legislación.

De tal forma que, *para poder hablar del delito de peculado, se necesita establecer que el objeto material sobre el cual recae el comportamiento delictivo se encuentra vinculado con el agente mediante una relación de dependencia funcional, en la medida en que éste tiene sobre él la misión de recaudarlo, o administrarlo, o guardarlo, o realizar un pago, o en términos generales atribución de administrar o custodiar.*

Sólo así puede hablarse de la violación del deber funcional y del conculcamiento del compromiso de fidelidad que liga al agente con la entidad a la que presta sus servicios y con los dineros que constituyen patrimonio suyo, todo con desmedro del normal funcionamiento de la administración pública, entendida en todos sus estamentos.

Del análisis de las actividades que cumplió Salcedo Flórez como cajero principal del Banco Central Hipotecario, Sucursal Bogotá, se desprende con claridad que su relación con los dineros a su cuidado no era meramente física o material, sino funcional, en cuanto que los recibía de los demás cajeros a quienes, por función, les verificaba la correspondiente confrontación al final de cada jornada; luego quedaban bajo su custodia y responsabilidad en cajas de seguridad cuyas claves manejaba él y a las que obviamente tenía acceso por razón de su cargo; de esos mismos dineros proveía diariamente a los otros cajeros de las "bases" con las cuales trabajaban para efectos de devoluciones y cambios; y de esos mismos dineros y de los demás que le fueren

suministrados por la entidad, hacía el pago de la nómina de los empleados del banco.

Tenía, por tanto, sobre ellos una disponibilidad jurídica orientada al cumplimiento de unas funciones que le eran propias, disponibilidad que el trocó en ilegal al apropiarse de ellos en provecho personal.

No se ve, por tanto, cómo pueda hablarse, según lo hace el impugnante, de un delito de hurto, en el cual el agente no recibe, por razón de sus funciones y para el cumplimiento de las mismas aquello que viene a constituirse en objeto material de la conducta, sino que lo sustrae de una órbita de disponibilidad y custodia que no le ha sido reconocida.

En sentencia de 3 de marzo de 1975, en la que se trató de un caso similar a éste, pues versó acerca de la conducta reprochable atribuida al cajero principal de la Sucursal "Cafam" del Banco Popular en Bogotá, dijo esta Sala:

"Lo que importa para la tipificación del ilícito no es la forma o manera como la persona se haya vinculado a la entidad pública o a la institución en que tenga parte el Estado sino que legal o reglamentariamente tenga la función de 'recaudar, o pagar, o administrar o guardar' caudales o bienes de que dispone o que se apropia. Y no puede discutirse siquiera —y no lo discute el imputado— que los cajeros —y en este caso el cajero principal de una casa bancaria— tienen como función primordial y esencial, la de recaudar y pagar dineros" (*Gaceta Judicial*, Tomo CLI, número 2392, página 53).

No prospera la censura.

Caso segundo. Errónea calificación por haber deducido concurso material entre los delitos de empleo indebido de objetos explosivos y daño en cosa ajena, siendo que aquél subsume a éste.

El artículo 261 del Código Penal anterior, norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos, preceptuaba que incurría en prisión de dos a diez años quien empleara contra las personas o edificios o lanzara en lugares públicos los objetos o sustancias a que se refería el artículo anterior (dinamita u otra materia u objetos explosivos o inflamables, gases o bombas mortíferas, o sustancias que sirvieran para la composición o fabricación de ellas), aunque no se produjera daño alguno.

Para el caso de que llegara a producirse, disponía que se aplicaran "las reglas generales sobre el concurso de delitos".

Y el artículo 426 de la misma codificación, por medio del cual se reprimía el daño en cosa ajena, contemplaba pena de arresto de un mes a un año y multa de diez a quinientos pesos para el que destruyere, inutilizare, hiciese desaparecer o de cualquier otra modo dañare una cosa mueble o inmueble, o un animal ajenos, siempre que el hecho no constituyera otro delito de mayor gravedad.

Como puede observarse el delito sancionado en el artículo 261 era de simple peligro, esto es, que se consumaba con la realización de la mera conducta la cual consistía en emplear o lanzar esas sustancias u objetos explosivos, con independencia de que se produjera o no daño alguno.

En caso de presentarse, la norma no establecía un agravante de pena, sino que se remitía al concurso de delitos, lo cual era obvio, por no incluir aquél entre sus elementos el daño.

En esas condiciones, y en presencia del daño como resultado del delito de peligro, no se excluía el concurso, pues la objetividad jurídica del uno no coincidía con la del otro, como para dar cabida al principio de absorción por parte del delito de mayor gravedad respecto del de menor entidad.

Frente al nuevo Código puede sostenerse igual conclusión, no obstante que la norma que reprima el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, no tiene la claridad y precisión de su similar en el anterior estatuto.

El artículo 198, ahora vigente, dice: "El que emplee o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierta al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de uno a cinco años, siempre que el hecho no constituya otro delito". El artículo anterior se refiere a la tenencia, fabricación o tráfico de sustancia u objeto explosivo, inflamable, axficiante, tóxico, corrosivo o infeccioso.

Y el delito de daño en bien ajeno lo describe así el artículo 370 del nuevo estatuto:

"El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a diez mil pesos.

"Si el responsable resarciere el daño ocasionado al ofendido o perjudicado, podrá el juez pressindir de la aplicación de la pena".

Como puede observarse, sigue siendo de peligro el delito de utilización de esas sustancias explosivas, inflamables, tóxicas o corrosivas, en el cual se tiende a proteger la seguridad colectiva, y continúa siendo de resultado el delito de daño, en el cual se ampara el patrimonio económico, de donde se deduce que el perjuicio real o material, consecuencia de la utilización de las sustancias peligrosas, no es elemento del tipo penal contenido en el artículo 198.

Entonces, sólo en la medida en que esa conducta (emplear o lanzar tales sustancias contra persona, edificio o medio de locomoción) entrara a constituir al mismo tiempo la objetividad jurídica de otro delito, y en el caso presente del delito de daño en bien ajeno, habría que descartar la concurrencia delictual para dar paso a la norma de la absorción.

Pero como puede observarse, los modelos abstractos de comportamiento que recojen los dos tipos penales (artículos 198 y 370) no coinciden, ni se confunden, ni a través de ellos se está amparando el mismo bien jurídico, ni son de la misma naturaleza, puesto que el uno es de peligro y el otro de lesión. De donde, como además del empleo del objeto peligroso resultó efectivamente un daño material, se imponía, por tanto, acudir a la modalidad concursal.

No hubo, por eso, errada calificación de los hechos, al haberlos estimado el juez como constitutivos de un concurso real de delitos y no de un solo delito.

En el expediente quedó fehacientemente acreditado el empleo del objeto explosivo y la real producción de un daño, evaluado pericialmente y perpetrado en bienes de propiedad del Banco Central Hipotecario, Sucursal de Bogotá (Fls. 87, 88 y 127 a 129 del cuaderno número 3 y 237 y 244 del cuaderno número 4).

El cargo no prospera.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, NO CASA la sentencia impugnada.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

El suscrito, tal como lo manifesté 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), reitera su criterio en el sentido de advertir que la jurisdición penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de normalidad, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiéndose 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 157 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 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.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

PRESCRIPCION

Se aplica la ley preexistente si el término de la prescripción en ella es menor que el establecido en la ley posterior, aunque el fenómeno se cumpla en vigencia de ésta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 28 de junio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 43.

Por vía de apelación conoce la Corte de la providencia de diez de octubre de mil novecientos ochenta, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio llamó a responder en juicio criminal por los delitos de falsedad documental y concusión al señor Tomás Armando Ochoa Guerrero, cometidos cuando desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Tame (Arauca).

Hechos y actuación procesal

En virtud de denuncia formulada por el doctor Efraín Sánchez Vargas, abogado Visitador adscrito a la Procuraduría Regional de Arauca, el Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de auto de 2 de marzo de 1977, dispuso la iniciación de este sumario (Fl. 19 del cuaderno principal).

El citado funcionario de la Procuraduría refirió, en su denuncia, que al practicar visita al Juzgado Promiscuo Municipal de Tame, en razón de la queja que formulara la empleada de ese despacho, Luz Edilma Rojas Quiroz, advirtió la pérdida del proceso penal que se adelantaba contra José Yersaín Galeano Medina y otros, por hurto de ganado mayor.

Así mismo, anotó el Visitador que la propia Luz Edilma Rojas en diligencia de ratificación manifestó que se decía, en comentarios callejeros, que el ex Juez Ochoa había recibido indebidamente dinero de parte del sindicado Galeano (Fls. 1 y 2 *ibidem*).

En el curso de esta investigación se allegaron los siguientes elementos de juicio:

Se acreditó que el juez acusado desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Tame, del 1º de septiembre de 1975 hasta el 13 de abril de 1976 (Fls. 24, 56 y 75 *ibidem*).

La empleada Luz Edilma Rojas refirió, en declaración rendida bajo juramento, que el abogado Jorge Eliécer Alarcón, quien actuó en ese proceso como apoderado del procesado José Yersaín Galeano, le comentó que el propio Galeano le había mencionado el hecho de la entrega de cierta suma de dinero al Juez Ochoa (Fls. 6, 7 y 16).

El doctor Jorge Eliécer Alarcón en su testimonio manifestó que efectivamente Galeano le había referido en alguna oportunidad que le había hecho entrega al juez acusado de la suma de $ 15.000 por solicitud de éste, ya que, según lo afirma, de lo contrario el juez habría enviado el asunto al Juzgado del Circuito de Arauca, dependencia ante la cual hubiese tenido que reclamar la entrega de un ganado de su propiedad que permanecía bajo la medida precautelar de secuestro. Agrega el deponente que su cliente permaneció detenido por espacio de dos meses (Fls. 13 y 14 del cuaderno principal).

José Yersaín Galeano confirma, en su declaración, el hecho de que el juez le exigió inicialmente $ 30.000.00 para resolver directamente acerca de su petición de entrega del ganado decomisado. De lo contrario la solución habría de darla, con la obvia demora, el Juzgado de Circuito de Arauca a donde se enviaría el negocio. Agrega que, en definitiva, le entregó únicamente $ 5.000.00, suma que adquirió en préstamo de Marino Gómez (Fls. 33 a 35 *ibidem*).

Marino Gómez, en efecto, ratifica la versión de Galeano en relación con el préstamo de los

cinco mil pesos, aunque dice que inicialmente no le contó para qué necesitaba ese dinero, sino que, con posterioridad, le comentó que lo había entregado al Juez Ochoa Guerrero para obtener la devolución de su ganado (Fl. 38 *ibidem*).

Se adujo a la investigación el original del Oficio número 0191 de 10 de abril de 1976, por medio del cual el Juez Ochoa, invocando el auto dictado por su despacho el 9 de abril del mismo año, ordena al secuestre Jesús Guarnizo, hacer entrega a Galeano del ganado cuyo depósito se le había confiado (Fl. 34 *ibidem*).

En virtud de diligencia de inspección judicial efectuada a los libros del Juzgado Promiscuo Municipal de Tame, se obtuvieron los siguientes datos:

El sumario seguido contra José Yersaín Galeano y otros, por el delito de hurto de ganado mayor, se radicó en ese Juzgado bajo el número 1411. La investigación se inició el 12 de febrero de 1976. Se desanotó el 8 de abril del mismo año por remisión al Juzgado Promiscuo del Circuito de Arauca.

Por el libro de correspondencia se determinó que este expediente fue remitido a la personería municipal para concepto el día 6 de abril de 1976, habiendo regresado al día siguiente.

Examinada el acta de entrega del despacho por parte del acusado Ochoa Guerrero a Humberto Riveros, quien lo sucedió en el Juzgado Promiscuo Municipal de Tame, se observó que en ella no se relacionó el sumario seguido contra José Yersaín Galeano. Esa acta fue suscrita el 13 de abril de 1976. Tampoco apareció en el acta de entrega de Riveros al doctor Noé Millán Girardot, quien lo reemplazó como Juez en ese Municipio.

En el legajador de duplicados de oficios enviados por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tame a otras dependencias, no se encontró constancia de ninguno que hiciera alusión a la remisión del citado proceso (Fls. 24 y 25).

A su vez, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Arauca, mediante comunicación que obra al folio 30 del cuaderno principal, informó que el sumario contra José Yersaín Galeano no ha sido recibido en ese despacho.

Luz Edilma Quiroz, aludió en ampliación de su declaración jurada (Fl. 16) al hecho de que, a su regreso al Juzgado el 6 de mayo de 1976, el escribiente Jaime Guerrero le manifestó que el proceso contra Galeano había sido enviado al Juzgado del Circuito de Arauca. Agregó que la anotación del libro radicador respecto del envío de ese expediente al Juzgado de Arauca le parecía elaborada por el citado escribiente.

Desafortunadamente no se aprovechó la presencia de la declarante en la diligencia de inspección judicial para que hubiera identificado, si estaba en condiciones de hacerlo, al autor de la mencionada constancia de remisión.

Sí señaló como perteneciente al escribiente Jaime Guerrero la firma o media firma que acompaña a otra nota de recibo, pero referente al regreso del expediente de la personería, donde se encontraba en traslado para concepto (Fl. 24 y vto. *ibidem*).

Hasta el presente no ha sido posible lograr la comparecencia del escribiente Guerrero para que informe cuanto le conste en relación con los hechos, como tampoco la del ex Juez acusado, a quien hubo necesidad de emplazarlo tanto para efectos de la indagatoria como para la notificación del auto de proceder, habiendo habido necesidad, en ambas ocasiones, de declararlo reo ausente y proveerlo de defensor de oficio.

Planteamientos del Tribunal

De las pruebas relacionadas en precedencia infiere el Tribunal que el ex Juez Ochoa Guerrero incurrió en la comisión de los delitos de falsedad en documentos y concusión, los que estima suficientemente acreditados.

La falsedad la hace residir en el hecho de haber sustraído y hecho desaparecer el sumario contra José Yersaín Galeano Medina y la concusión en la exigencia de dinero a este sindicado para la devolución del ganado de su propiedad.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que la providencia apelada debe confirmarse, pues existe prueba suficiente para demostrar que el ex Juez Tomás Armando Ochoa Guerrero exigió y recibió indebidamente una suma de dinero para proferir una decisión en asunto sometido a su conocimiento, abusando así de las funciones que le correspondía ejercer dentro de ese proceso y creando una situación de apremio con la advertencia del envío inmediato del negocio a Arauca sin resolver la petición de devolución del ganado, con lo cual "lo hizo incurrir en error persuadiéndolo de la necesidad de entregarle el dinero como única condición para evitar el mal que le anunciaba".

Agrega el Procurador que también hay base probatoria para sostener que el ex Juez Ochoa sustrajo del Juzgado el sumario "con el inocultable propósito de borrar toda huella respecto de la conducta criminosa y evadir la correspondiente responsabilidad".

Concluye poniendo de presente que si bien se observan algunos vacíos probatorios, que no detalla, ellos no afectan la validez del llamamiento a juicio y deben ser subsanados en el período probatorio de la causa, para lo cual el Tribunal debe ordenar las pruebas pertinentes.

Consideraciones de la Corte

Dos son los delitos que se le atribuyen al ex Juez Promiscuo Municipal de Tame, universitario Tomás Armando Ochoa Guerrero, a saber: Concusión y falsedad en documentos públicos.

Por separado nos referiremos a cada uno de ellos.

Concusión.

Respecto de éste, preciso es anotar que al entrar a discutirse la ponencia presentada por el Magistrado Darío Velásquez Gaviria, sustanciador de este proceso, observó la Sala la posibilidad de que este delito hubiese prescrito dada la presunta fecha de comisión de los hechos que lo constituyen (10 de abril de 1976, o días antes, pues el oficio dirigido por el ex Juez al secuetre ordenando la entrega de los semovientes tiene esa fecha).

Se dispuso, en consecuencia que, previamente, se diera traslado al Ministerio Público para efectos del análisis de esa situación.

Así se hizo, y el Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha emitido concepto favorable respecto de la declaratoria de prescripción de la acción penal en relación con dicho delito, por estimar que ya transcurrió el lapso durante el cual opera ese fenómeno que, para este caso, es de seis años, dado el máximo de pena que tiene asignado (seis años) tanto en el anterior Código como en el vigente (artículos 156 y 140, respectivamente). A eso se agrega que ni se presentó fenómeno alguno que interrumpiera el proceso de la prescripción, ni el procesado ha renunciado a ella.

El problema que se suscita sobre este punto es el de determinar cuál es la disposición prescriptiva aplicable: si la del Código anterior o la del Código vigente al haber sido cometido el delito por empleado oficial en ejercicio de sus funciones.

La prescripción es un fenómeno jurídico dependiente de la sanción; ésta se encuentra señalada en la norma que subsume en su descripción el hecho punible, al tiempo de su comisión; determinada la norma que tipifica el ilícito, queda pre-determinado el régimen jurídico de su prescripción, salvo ley posterior más favorable. De acuerdo con estos principios, si este caso concreto estuvo regido por el precepto que describe el delito de concusión en el Código anterior (Art. 156), corresponde aplicar el régimen prescriptivo de esa misma codificación, o sea, el artículo 105, por ser, además, mucho más benigno.

Dicha conclusión se basa en estos dos postulados de orden constitucional *(Art. 26 C. N.) que, sin lugar a dudas, concurren en este proceso:*

1. Es la ley sustancial que regía al momento *de cometerse el delito; y, 2. Es la ley* más favorable, *pues no tiene el incremento específico que precisa el artículo 82 del actual Código Penal.*

Con fundamento en estas razones, se declarará prescrito el delito de concusión que ha sido materia de investigación por haber transcurrido el tiempo necesario para la concreción de ese fenómeno jurídico.

Falsedad documental

Se hace consistir en que el juez sustrajo u ocultó el sumario que, por el delito de hurto de ganado mayor, se adelantaba en el Juzgado a su cargo, contra José Yersaín Galeano Medina y otros, con el objeto de suprimir cualquier evidencia que pudiera conducir a establecer su indebido proceder al ordenar, no se sabe en qué forma, la devolución del ganado retenido y exigir o solicitar dinero por dicha actuación.

La desaparición del expediente está acreditada en forma que descarta la duda, pues habiendo figurado inicialmente en los libros radicadores del Juzgado Promiscuo Municipal de Tame, no fue encontrado después en dicho despacho, ni tampoco llegó al destino que se le asignó en una anotación al parecer sin firma, pues no se la hizo constar en la diligencia de inspección judicial, ni ese pretendido envío quedó figurando en oficio alguno del Juzgado, ni en el libro de recibo de correspondencia, ni figura en el inventario de entrega por parte del ex Juez Ochoa Guerrero a su sucesor, ni en el de éste a quien lo reemplazó.

Si bien la ex empleada Luz Edilma Rojas Quiroz manifestó en su declaración jurada que la constancia de envío y desanotación del proceso le parecía que la había hecho el escribiente Jaime Guerrero (Fl. 16 del cuaderno principal), sin embargo no confirmó esto mismo en la diligencia de inspección judicial, o al menos no hay claridad en cuanto a ese punto.

De todas formas, a quien le interesaba el extravío del expediente era el Juez, en virtud del comportamiento reprochable que había tenido al determinar la entrega del ganado secuestrado y exigir dinero por esa actuación.

También es él quien aparece firmando el Oficio número 0191 de 10 de abril de 1976, por medio del cual ordena al secuestre la entrega al procesado Galeano de los semovientes que conservaba en depósito, citando en apoyo un auto del día nueve de esos mismos mes y año, siendo que el registro del presunto envío del expediente es de fecha ocho de abril, es decir anterior a estas últimas decisiones, lo que parece indicar que la referida anotación de envío no corresponde a la realidad, sino que obedece más bien al propósito de evitar futuras comprobaciones de un proceder reprochable.

Si a lo anterior se agrega el hecho de haberse ausentado desde entonces del lugar y no haber comparecido hasta ahora a explicar su conducta, se tiene el respaldo probatorio de naturaleza indiciaria requerido para proferir un auto de llamamiento a juicio.

Es claro que, como lo advierte el Procurador, existen vacíos probatorios, pues no se ha escuchado al escribiente Jaime Guerrero, ni al secuestre Jesús Guarnizo, ni se ha establecido, con prueba grafológica o de cotejo con grafías anteriores, quién pudo haber escrito la constancia del presunto envío, comprobación que puede extenderse a la firma que aparece en el Oficio número 0191 de 10 de abril de 1976 (Fl. 34 del cuaderno principal), pero esos elementos de prueba pueden ser allegados en el período probatorio de la causa, sin que su actual ausencia signifique que no se cuente con el presupuesto probatorio requerido por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para llamarlo a juicio, pues ya se anotó que existen graves indicios que señalan al ex Juez Ochoa Guerrero como autor de la desaparición de ese proceso.

Por las razones que se dejan expuestas se confirmará el proveído recurrido en lo que respecta al delito de falsedad en documentos, con la advertencia, que también hace el Ministerio Público, en cuanto a la atención que debe prestar el Tribunal al acopio de los elementos de juicio que se echan de menos en relación con este ilícito.

En lo atinente al delito de concusión se declarará extinguida la acción penal por prescripción.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve

1º CONFIRMAR el auto de proceder apelado en lo referente al delito de falsedad en documentos.

2º Revocar dicha decisión en lo que dice relación con el delito de concusión y, en su lugar, declarar prescrita la acción penal respecto de este ilícito.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento parcial de voto

No estamos de acuerdo con la decisión que han adoptado nuestros distinguidos compañeros de la Sala en cuanto a la prescripción del delito de concusión por el cual se llamó también a responder en juicio al procesado. Respecto de la confirmación del enjuiciamiento por el delito de falsedad en documentos no tenemos reparo alguno.

Conviene recordar que el lapso prescriptivo de la acción penal en el caso que se analiza, se cumplió alrededor del día nueve de abril del presente año, ya que los hechos se consumaron igualmente alrededor de la misma fecha del año de mil novecientos setenta y seis que fue cuando el ex Juez dirigió al secuestre el Oficio número 0191, por medio del cual le ordenó la entrega al sindicado del ganado que tenía aquél bajo custodia (Fl. 34, cuaderno original).

Como el nuevo Código Penal (Decreto 100 de 1980), entró a regir el 29 de enero del año de 1981, síguese de ello que el lapso de los seis años se cumplió en vigencia del actual Código y no del anterior.

No habiéndose consolidado la situación prescriptiva cuando regía el Código de 1936, bajo cuya vigencia se inició, debe ser analizada a la luz de las nuevas disposiciones, pues la prescripción es un fenómeno que no puede referirse a un determinado y concreto momento como ocurre respecto de la comisión del delito, sino que es un margen de tiempo que se va cumpliendo sucesivamente y solo cuando llega a su límite puede decirse que operó la prescripción, aunque se reconozca con posterioridad.

Frente a situaciones jurídicas pendientes de concreción y en presencia del fenómeno de tránsito de legislación, es indispensable referirlas al momento en que se consolidaron para saber cuál es la ley que las rige, respecto de la cual, en todo caso, hay que comprobar que podía ser aplicada en ese momento.

Como para el día nueve de abril del año en curso, fecha en que se cumplió el lapso prescriptivo de seis años que para el caso presente establecía el Código Penal de 1936, éste ya no era aplicable porque había dejado de regir desde el 28 de enero del año de 1981, es necesario analizar la situación frente al nuevo estatuto penal que sí estaba en vigor cuando se consolidó el fenómeno de la extinción de la acción.

Pues bien, este nuevo ordenamiento dispone que la acción penal prescribe en un lapso igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco años ni superior a veinte (Art. 80). Pero para el evento de que el delito hubiese sido cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, aumenta ese término de prescripción en una tercera parte (Art. 82).

La norma que reprime la concusión (Art. 140) señala como límite máximo de imposición de pena el de seis años, que resulta ser el mismo que establecía el Código derogado.

Por tratarse de una institución jurídica como es la prescripción, reglamentada en su integridad por el Código Penal, deben serle aplicadas al caso presente la totalidad de las normas pertinentes y no solamente aquellas que se asemejan o equivalen a las que regían cuando se inició el lapso de extinción de la acción.

Entonces, como el delito fue cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones (Juez Promiscuo Municipal de Tame, Arauca), aún no se ha cumplido el tiempo necesario para que opere el fenómeno de la prescripción, pues ese término máximo de los seis años ha de ser incrementado en dos años más, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 82.

La tesis jurídica que ahora se propugna para resolver el fenómeno de la prescripción de la acción penal cuando el tiempo a que está sometida, empieza a contarse bajo la vigencia de una determinada ley y se completa o consuma bajo el imperio de otra, es, en cierto modo, la misma que aceptó la Sala cuando decidió acerca de la aplicación ultraactiva de la Ley 22 de 1980, pues claramente estableció que ella sólo era aplicable a aquellas hipótesis en las que los supuestos jurídicos sobre los cuales edificaba la ley las soluciones (iniciación de proceso en averiguación, diligencia de indagatoria, revocatoria del auto de detención, auto de proceder ejecutoriado, y sentencia de condena), se hubiesen consolidado con anterioridad a dicha ley o durante su vigencia, nunca después de ella.

A ese respecto se dijo en esa ocasión:

"En cuanto a las hipótesis a), b) y c), no encuentra la Sala dificultad alguna para aceptar la aplicación ultraactiva de la Ley 22; respecto de la primera, porque consolidada la situación jurídica antes de la vigencia de la ley y habiéndose ésta expedido primordialmente para solucionar tales situaciones en relación con procesos preexistentes, resulta de elemental lógica y justicia que la mera inadvertencia de su oportuna aplicación, pueda ser remediada aún después de su vigencia; y en relación con las otras dos hipótesis, porque la respectiva situación jurídica se consolidó durante el término en que la ley rigió, y habiendo podido y debido ser resuelta en ese lapso, el que eso no haya ocurrido no impide que mediante una decisión judicial posterior, que tiene carácter declarativo, se aplique la solución prevista en aquella ley. Es éste, por lo demás, el más puro ejemplo de aplicación ultraactiva de una ley favorable".

"En relación con las restantes hipótesis, la cuestión deberá ser resuelta negativamente porque la aplicación ultraactiva de una ley temporal por razones de favorabilidad supone que durante su vigencia pudo ser aplicable en razón de que el hecho o la situación jurídica a que se refiere ocurrió o se consolidó antes de que empezase a regir o, al menos, durante el período en que estuvo vigente *eventos que no se dan en ninguna de estas hipótesis" (auto de 10 de mayo de 1982 —subrayas fuera de texto—).*

No podría argumentarse en contra del planteamiento que se sostiene, diciendo que se dejó de aplicar una norma más favorable, o que se desconoció un derecho que amparaba al procesado.

De acuerdo con el principio de la legalidad y de otras garantías fundamentales, el ciudadano tiene pleno derecho a conocer cuáles son los comportamientos que le prohíbe la ley, a qué sanciones se expone si los infringe y cuál es su juez natural. Estos presupuestos no pueden serle variados y, si lo son, habrá cabida a la aplicación de la ley más favorable aunque haya dejado de regir.

Frente a ese derecho de la persona surge el del Estado, que es a la vez deber, *de establecer si efectivamente hubo o no una violación del mandato legal, en orden a aplicar justicia. Para ello se fija unos márgenes de tiempo durante los cuales el correspondiente órgano estatal podrá ejercitar la acción penal.*

Si en un momento determinado, y en presencia de circunstancias derivadas, por ejemplo, de la calidad del sujeto agente o del lugar de comisión del delito (Arts. 81 y 82 del C. P.), estima que esos márgenes de tiempo son insuficientes para realizar el cometido estatal de la aplicación de la justicia, y los amplía, no puede decirse, si se aplican respecto de hechos sucedidos con anterioridad a la vigencia de la norma que los establece, que se están conculcando derechos del sindicado.

Es que, en tratándose del fenómeno de la prescripción no consumada el ciudadano no tiene derecho a que no se investigue su conducta, sino a que, investigada, se la valore adecuadamente y se tome la decisión que respecto de ella procediere.

Es más, si se mirara como derecho, sería apenas una mera espectativa en tanto no se consolide mediante el transcurso total del tiempo fijado en la ley.

Conviene agregar que las normas que ampliaron los plazos prescriptivos, ya por el lugar de comisión del delito (fuera del país) —Art. 81—, ya por la calidad del agente (Art. 82), obedecieron a las especiales circunstancias que limitan y hacen más difícil la labor investigativa del Estado. Por eso se pensó inicialmente en establecer una especie de "tiempo muerto", concretado a la duración del ejercicio del cargo o a la permanencia en el exterior, a fin de que el término de prescripción de la acción penal no empezara a contarse sino a partir del día en que el funcionario dejase el empleo, o el que delinquió fuera del país regresara a éste. Se optó por un término medio, para que en estos casos, no fuera el ordinario lapso prescriptivo, ni tampoco ese especialísimo que podía quedar largamente diferido en el tiempo.

Pero si se piensa en todas las dificultades que se presentan para adelantar una investigación contra un funcionario mientras él permanece en el cargo, al alcance casi siempre de los elementos de esclarecimiento de los hechos, se convendrá en que la norma, así sea como quedó concebida en definitiva, tiene amplia justificación.

Por las precedentes consideraciones, estimamos, contra lo que piensa la mayoría de la Sala, que la prescripción no es "un fenómeno jurídico dependiente de la sanción"; creemos, en cambio, que tiene su propia autonomía, pues lo que extingue en esencia no es el delito, ni la pena señalada legalmente o en concreto impuesta en la sentencia, sino la potestad punitiva del Estado. El que por razones de técnica legislativa algunos códigos refieran el lapso prescriptivo a la cantidad de pena fijada en la ley o en el fallo judicial, no significa que estructuralmente sea una institución jurídica accesoria de la sanción; los códigos bien podrían fijar términos de prescripción independientes de la duración de la pena —y de hecho los fijan así respecto de delitos con penas no privativas de la libertad— sin que por ello se desnaturalice su esencia.

En síntesis, la tesis que aquí se sostiene no vulnera el principio de legalidad del delito y de la pena, ni el de favorabilidad, porque no se pretende calificar como delictiva una conducta no descrita legalmente en la fecha de su realización, ni imponer sanción diversa de la señalada previamente por el legislador, ni aplicar de dos leyes posibles la más desfavorable. Lo que se afirma es que la ley que rige la prescripción es aquélla que estaba vigente cuando el fenómeno en cuestión se consolidó y no aquélla vigente cuando se inició el lapso prescriptivo, y que la aplicación ultraactiva de la ley más favorable está supeditada a que el hecho o fenómeno respecto del cual se invoque haya ocurrido o se hubiese estructurado durante su vigencia.

Son estas las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Alfonso Reyes Echandía, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha, ut supra.

SECUESTRO: ARTICULO 1º, DECRETO 1923/78. SECUESTRO EXTORSIVO ARTICULO 268, NUEVO CODIGO PENAL

Toda ley que regule más favorablemente una materia, prima sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultraactiva

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 6 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 45 de 1º de julio de 1982.

Vistos

Se pasa a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por Isidro Rodríguez González, contra la sentencia de 11 de febrero de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar reformó la de primera instancia, condenándole a la pena de doce años de presidio, y confirmándola en todo lo demás, como coautor responsable del delito de secuestro del menor Alexander Escarpeta Murcia.

El apoderado del recurrente, presenta el siguiente relato de los hechos, acorde con la realidad procesal y como fundamento de su demanda:

"El día 7 de diciembre de 1978, aproximadamente a las 7:45 de la noche el menor Alexander Escarpeta Murcia fue secuestrado cuando se encontraba en inmediaciones de su residencia, ubicada en la carrera 51 A Nº 132-51 de esta ciudad, por tres personas.

"El mismo día del secuestro el menor Alexander Escarpeta Murcia fue trasladado por sus captores hasta una finca localizada en jurisdicción del Municipio de Macanal, Departamento de Boyacá, en donde se le retuvo por más de dos (2) meses.

"Los autores del ilícito se comunicaron por diversos medios con familiares de la víctima para exigir de éstos la entrega de diversas partidas de dinero como condición para la liberación del menor.

"En desarrollo de un operativo los organismos de investigación del Estado lograron rescatar al menor el día 11 de febrero de 1979, y capturar a algunos de los responsables del hecho.

"Adelantadas las diligencias sumarias pertinentes se pudo establecer que el secuestro del menor Alexander Escarpeta Murcia fue planeado y coordinado por José Manuel Sotaquirá Rojas, quien para la ejecución del delito contó con la participación de José Plácido Marín Gómez, Isidro Rodríguez González, Reinaldo Rodríguez Moreno y otras personas no identificadas plenamente.

"Los anteriores hechos se tuvieron por probados tanto en las sentencias de instancias como en el debate plenario del Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares".

Aceptados los hechos en que se funda la sentencia acusada, es pertinente pasar de inmediato a conocer la causal que se invoca para solicitar la casación de la misma.

Demanda de casación

El casacionista, al respecto, dice:

"*Causal que se invoca.*

"Invoco en la presente demanda, como única causal, la primera de casación penal, cuerpo primero, descrita así en el ordinal 1º del 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".

"Enuncio de la siguiente manera el único cargo que se le hace a la sentencia recurrida:

Cargo único. En la sentencia recurrida se violó directamente la ley sustancial, por infracción directa de los artículos 6º, 41 y 268 del Código Penal vigente, a lo cual se llegó, por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto legislativo número 1923 del 6 de septiembre de 1978.

"*Demostración del cargo.*

"Se encuentra acreditado en el proceso tanto la materialidad del hecho como la participación en el mismo del señor Isidro Rodríguez González, con el carácter de coautor; así lo reconoce la sentencia proferida el 11 de febrero de 1981 por la Sala de Decisión Penal del honorable Tribunal Superior Militar y que es materia del presente recurso, cuestiones que además se tuvieron por probadas tanto en la sentencia de primer grado como en el veredicto emitido por los vocales del Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los procesados por el delito genéricamente denominado como "Secuestro".

"Aceptándose la situación fáctica y el análisis y valoración de los medios probatorios con los cuales se acreditó la participación y responsabilidad del señor Isidro Rodríguez González en el delito, se tiene al respecto:

"Que se encuentra debidamente acreditado que el día 7 de diciembre de 1978, entre las 7 y 8 de la noche en la ciudad de Bogotá, frente a su residencia ubicada en la carrera 51-A Nº 132-61, fue arrebatado del lado de sus familiares y de la custodia de éstos el menor Alexander Escarpeta Murcia, por tres personas, quienes utilizaron un automóvil Renault 12 de color blanco para efectuar tal hecho.

"El mismo día 7 de diciembre de 1978, el menor Escarpeta Murcia fue trasladado a una finca en el área rural del Municipio de Macanal, Departamento de Boyacá, lugar en donde se le retuvo hasta el 11 de febrero de 1979, fecha en la cual efectivos de la Policía Nacional lograron el rescate de la víctima.

"Los autores del ilícito exigieron de la familia del menor la entrega de diversas partidas de dinero como condición para poner en libertad a la persona retenida.

"En los anteriores hechos delictuosos activamente participó el señor Isidro Rodríguez González, a quien por los mismos se le vinculó al proceso y se le residenció en juicio criminal, con el carácter de coautor.

"Partiendo de las premisas antes señaladas, se entra a continuación a sustentar y demostrar el único cargo formulado a la sentencia recurrida con apoyo en la causal primera de casación penal, cuerpo primero, sustentación que de conformidad a la técnica establecida para la órbita de la causal invocada se hará por razonamiento directo, y a lo cual se procede:

"1º La sentencia materia del recurso.

"Es la proferida por el honorable Tribunal Superior Militar en febrero 11 de 1981 y mediante la cual se confirmó con reforma el fallo proferido por el juzgador de primera instancia el 27 de abril de 1979, condenándose al procesado recurrente, señor Isidro Rodríguez González a la pena principal de doce (12) años de presidio como coautor del delito de secuestro cumplido en la persona del menor Alexander Escarpeta Murcia.

"Se evidencia pues que la sentencia recurrida en casación fue dictada dentro de la vigencia del nuevo Código Penal promulgado mediante el Decreto 100 de 1980, estatuto que entró a regir a partir del 28 de enero de 1981.

"2º Las normas sustantivas violadas.

"Se acusan como normas sustantivas violadas, en el concepto de infracción directa los artículos 6º, 41 y 268 del Código Penal vigente al momento de proferirse la sentencia recurrida.

"El concepto de violación por infracción directa de los preceptos antes citados se hace consistir en el hecho de que pese a ser las normas acusadas las llamadas a regir y gobernar el caso *sub judice* y por lo tanto aplicables al mismo, fueron palmariamente desconocidas por el juzgador de segunda instancia, violación a la cual llegó por aplicación indebida que hiciera del artículo 1º del Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, norma que no era ya la llamada a regir la situación concreta, por haber sido derogada por el nuevo Código Penal por oponerse manifiestamente a dicho ordenamiento jurídico, el cual como ya se vio entró en pleno vigor el 28 de enero de 1981.

"3º Del hecho delictuoso.

"El comportamiento realizado por el señor Isidro Rodríguez González, en coparticipación con otras personas estructura plenamente la fi-

gura delictual genéricamente denominada como 'secuestro extorsivo', especie del género de delitos que atentan contra la libertad individual y otras garantías constitucionales.

"Esta modalidad delictiva se encontraba definida y sancionada en el artículo 293 del Código Penal de 1936, siendo posteriormente modificada por el artículo 13 de la Ley 16 de 1969, la que a su curso fue también modificada por los artículos 4º y 6º de la Ley 21 de 1973.

"La última norma tipificante del hecho delictivo en cuestión vino a ser suspendida por el artículo 1º del Decreto legislativo 1923 de 6 de septiembre de 1978, dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades constitucionales consagradas en el artículo 121 de la Carta.

"El nuevo Código Penal expedido mediante el Decreto 100 de 1980 por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el Congreso mediante la Ley 5ª de 1979, reguló en forma integral toda la materia relativa al género de delitos que atentan contra la libertad individual y otras garantías, dentro de los cuales se incluyó, como era obvio, la especie delictual denominada como 'secuestro', con sus modalidades particulares, de secuestro simple, secuestro extorsivo, y la circunstancia de agravación y atenuación punitiva específicas.

"El artículo 3º de la Ley 153 de 1887 establece que las normas legales se tendrán por insubsistentes, bien porque expresamente así lo declare el legislador, ora por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ya porque exista una nueva ley" que regule integralmente la materia a que la anterior disposición se refería.

"Acorde con lo anterior se evidencia que el artículo 1º del Decreto legislativo 1923 de 1978, por mandato de la ley se estima insubsistente frente al nuevo Código Penal por constituir ésta una nueva ley que reguló de manera integral toda la materia a que se refería el citado artículo 1º del Decreto 1923 de 1978, y por lo tanto a partir de la vigencia del nuevo Código Penal las leyes que a virtud de tal estatuto quedaron derogadas o insubsistentes no podían continuar aplicándose válidamente, salvo disposición expresa en contrario.

"4º El principio de favorabilidad.

"En materia penal la ley permisiva o favorable debe aplicarse de preferencia a la restrictiva o desfavorable, aun cuando sea posterior al tiempo de los hechos materia del juicio, por mandato constitucional contenido en el inciso 2º del artículo 26 de la Carta Fundamental.

"Este principio constitucional ha sido desarrollado por diversas disposiciones legales, como por caso los artículos 44 y siguientes de la Ley 153 de 1887, el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal vigente y el artículo 6º del actual Código Penal.

"De la simple comparación de los términos relativos a la calidad y cantidad de la pena contemplada para el mismo hecho delictuoso a que hace alusión el artículo 1º del Decreto 1923 de 1978 frente a los artículos 268 y 270 del nuevo Código Penal se evidencia de bulto la favorabilidad para el reo del ordenamiento jurídico punitivo expedido por el legislador de 1980.

"En cuanto a la calidad, prisión en vez de presidio, el estatuto penal actualmente vigente es claramente más benigno.

"En lo referente a la cuantía de la pena también es notable la favorabilidad del nuevo Código Penal, como quiera que en el tipo penal básico, en la modalidad de secuestro extorsivo, artículo 268, parte de un mínimo de 6 años de prisión, a un máximo de 15 años de prisión, por su parte el artículo 1º del Decreto 1923 de 1978 contemplaba, para la especie de delito de que se trata, una pena de 10 a 20 años de presidio.

"En la sentencia acusada el honorable Tribunal Militar no tuvo en cuenta ni la derogatoria tácita o insubsistencia del artículo 1º del Decreto 1923 de 1978 por parte del nuevo Código Penal al regular íntegramente la materia a que hacía referencia la disposición anterior, ni tampoco acogió el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 6º del nuevo Código Penal en desarrollo del principio constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta".

"*Conclusión.*

"Este único cargo que se le hace a la sentencia recurrida en casación con fundamento en el cuerpo primero, de la causal primera de casación penal se encuentra llamado a prosperar, pues es evidente que en la sentencia se violó directamente la ley sustancial por infracción directa de los artículos 6º, 41 y 268 del Código Penal vigente, a la cual se llegó por la aplicación indebida que se hizo del artículo 1º del Decreto 1923 de 6 de septiembre de 1978".

Y como consecuencia de su alegato, el casacionista pide que se case la sentencia recurrida y se dicte la que corresponde en su reemplazo, como lo dispone el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares conceptúa que debe desecharse la casación de la sentencia recurrida, por los motivos que pueden resumirse así:

Al aplicar el Decreto legislativo número 1923 de 1978, en cuyo artículo 1º reprime el secuestro con pena de presidio de ocho o doce años (inciso primero), no se han violado los artículos 6º, 61 y 268 del Código Penal vigente, a pesar de que según esta última disposición la pena para el mismo delito es de seis a quince años de prisión, porque aquel decreto, llamado estatuto de seguridad, "tuvo su origen en las facultades de excepción consagradas en la Carta, y el nuevo Código Penal se basa en precisas facultades *pro tempore* conferidas en virtud de lo preceptuado por el artículo 76, numeral 12 de la Constitución". Por esto concluye que "no pueden identificarse dos facultades constitucionales diversas, ya que en el primer caso el Ejecutivo procedió en ejercicio de atribuciones que le son propias para el restablecimiento del orden público turbado y en el segundo por delegación del Congreso. Es así que el Gobierno al expedir el Decreto legislativo 1923 de 1978, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución, y posteriormente proferir los Decretos extraordinarios 100, 141 y 172 de 1980 (Código Penal), no pretendió derogar su propia legislación de excepción, porque de haber considerado superada la necesidad de la vigencia total o parcial del estatuto de seguridad, bien hubiera levantado total o parcialmente el estado de sitio o derogado parcial o totalmente las disposiciones del Decreto 1923 de 1978". Más adelante agrega: "Por tanto, las leyes expedidas por el Congreso pueden normalmente derogar de manera expresa o tácita otras leyes o decretos precedentes, pero no pueden hacerlo" en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes (artículo 78-2 C. N.), como son los decretos legislativos, que competen privativamente al Gobierno en estado de sitio. Ahora bien, si el principio de favorabilidad es norma constitucional (artículo 26 C. N.), lo es también el principio de excepción que comporta el estado de sitio (Art. 121 C. N.), cuya prevalencia es indiscutible. Por ende, puede afirmarse que el principio de favorabilidad tiene un límite y sólo puede imperar entre normas de igual categoría y procedencia, no así el principio de excepción que es especial, transitorio y encaminado al restablecimiento del orden público turbado".

Consideraciones de la Sala

La Sala estima que debe casarse la sentencia acusada por ser violatoria de la ley sustancial, por infracción directa (aplicación indebida), causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes razones:

1. Favorabilidad. *El artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 6º del nuevo Código Penal y el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal, acordes con las normas universales de derecho penal, consagran el principio de la 'favorabilidad', consistente en que la ley permisible o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, el cual rige también para los que estén condenados.*

2. *La sentencia demandada en casación se dictó el 11 de febrero de 1981, o sea en plena vigencia del nuevo Código Penal.*

3. *En la referida sentencia se impuso al procesado Isidro Rodríguez González la pena principal de doce años de presidio, como coautor de un delito de secuestro, de conformidad con el artículo 1º del Decreto legislativo número 1923 de 1978, que modificó el Código Penal, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, dentro de la vigencia del Decreto 2131 de 1976, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. El delito de secuestro extorsivo mediante aquel decreto (Estatuto de Seguridad), quedó reprimido con pena de presidio de ocho a doce años; de diez a veinte años cuando se causen lesiones o se sometan las víctimas a torturas, y de veinte a treinta años si por causa del secuestro se produce la muerte del secuestrado o de terceros.*

4. *El "secuestro extorsivo" está reprimido por el artículo 268 del nuevo Código Penal, con pena de prisión de seis a quince años, intensificada hasta en la mitad por las circunstancias de agravación punitiva previstas por el artículo 270* ibidem, *entre las cuales está si el delito se comete en persona menor de dieciséis años, que fue el caso de este proceso.*

5. *El artículo 378 del Código Penal vigente, dice textualmente:* "DEROGATORIA. Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto ley.

6. *El conflicto se ha presentado, a pesar de la claridad de las normas citadas, entre las disposiciones de excepción, dictadas por el Ejecutivo, con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, dentro del régimen de estado de sitio por turbación del orden público, y las leyes dictadas por el Congreso, o los decretos dictados por el Ejecutivo con facultades extraordinarias del Legislativo, en este caso el Decreto 100 de 1980, que adoptó el Código Penal vigente, con base en la Ley 5ª de 1979.*

7. *En efecto: "... 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" y la nueva tesis de la misma, adoptada por mayoría en fallo de 24 de marzo de 1981 (ratificada luego en fallo de cinco de agosto del año en curso), en algunos de cuyos apartes se dijo:*

"La Sala, en esta nueva ocasión, tiene válidos motivos para modificar ese concepto, máxime cuando la decisión a que se hace referencia (julio 21/75) ofrece serios reparos, como adelante se anotarán.

"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 éste 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 1923/78 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 ...

"2. Esto no es óbice para que se afirme, rotundamente, que el legislador ordinario tiene atribución similar.

"... ... ...

"3. La potestad legislativa del Congreso es ilimitada, salvo en materias expresamente reservadas por el Constituyente a las otras ramas del poder público. Ellas se refieren a los reglamentos constitucionales que expide el Presidente ... y a las providencias judiciales.

"4. Las limitaciones a esa potestad deben ser expresas. No puede concebirse una restricción implícita; y, entre aquellas, no está la de expedir leyes sobre asuntos incluidos en los decretos legislativos.

"... ... ...

"10. Toda ley que regule más favorablemente una materia, priva sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultraactiva, según el caso. La regla establecida en el artículo 26 de la Constitución Nacional no tiene excepciones, pues es una de las varias garantías consagradas 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 22, 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 dis-

pone 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 el 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 1955).

''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 al alcance del principio de favorabilidad consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

''. . . . . .

''16. Es verdad que el artículo 21 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.*

''. . . . . ''.

Las consideraciones que la Sala tuvo en cuenta entonces para aplicar como ley más favorable para el delito de extorsión, la que lo reprime en el nuevo Código Penal frente a las disposiciones de un decreto legislativo de emergencia, son perfectamente aplicables al delito de secuestro, porque el artículo 268 es cualitativamente más benigno y porque la cantidad de punición es sensiblemente inferior en su mínimo. De donde se impone su retroactividad, conforme al tantas veces mencionado principio de favorabilidad (Art. 26 C. N.).

Ahora bien, la sentencia acusada impuso a Isidro Rodríguez González una pena principal mayor a la que en la actualidad se contempla para el delito de secuestro extorsivo, única figura vigente que se identifica con el cometido por el procesado, en coautoría con otros.

La regulación que conviene hacer, en este fallo de sustitución, es la siguiente: el artículo 268, señala de seis a quince años de prisión, los cuales, según lo dispuesto en el artículo 270, deben aumentarse ''hasta en la mitad''. De donde ese mínimo de seis años se intensificará, por razón de las circunstancias de agravación punitiva (Art. 66-3, 4, 7), en un año más, y, de acuerdo con las causales 1 y 3 del citado artículo 270, la pena quedará en definitiva en diez años de prisión.

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, CASA la sentencia recurrida, y en su lugar condena a Isidro Rodríguez González a la pena principal de diez (10) años de prisión, como coautor del delito de secuestro investigado en este proceso, y la confirma en lo demás, con las modificaciones propias a esta variación.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Fabio Calderón Botero y Dante L. Fiorillo Porras

Con el debido respeto, nos apartamos una vez más del criterio, según el cual un decreto ley puede derogar alguna o algunas o todas las nor-

mas de un decreto legislativo, de manera que seguimos considerando que a los procesados por la Justicia Penal Militar, conforme al Decreto legislativo número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), mientras éste se encontraba transitoriamente vigente, no le eran aplicables las disposiciones permanentes de la legislación ordinaria contenidas en el Decreto ley 100 de 1980 (Código Penal).

Reiteramos, en consecuencia, los siguientes apartes del extenso salvamento de voto que suscribimos en relación con las decisiones de 24 de marzo y de 13 de mayo del año pasado, en el proceso contra Pedro Naín Arias Bohórquez y Edilberto Medellín Cadena, por el delito de extorsión:

"... La cuestión concreta a que se contrae la discrepancia surgida entre los Magistrados de la mayoría y los que manifestamos nuestro total desacuerdo con ella consiste, exactamente, en saber si, durante la vigencia del estado de sitio, pueden, el Ejecutivo y el Legislativo, de manera simultánea, adoptar medidas encaminadas a conjurar el estado de guerra exterior o de conmoción interna, de modo que el deber y la responsabilidad de procurar el restablecimiento de la paz pública perturbada quede repartida indistintamente y aún podría decirse que caprichosamente entre esas dos ramas del poder público ...".

"... Para la mayoría, a nuestro juicio con ostensible desacierto, el funcionamiento normal del Congreso durante el estado de sitio le permite a éste intervenir, al lado de la Rama Ejecutiva, en la adopción de las medidas necesarias para enfrentarse al enemigo extranjero y a los revolucionarios nacionales, pudiendo, en consecuencia, dictar leyes *permanentes* para conjurar la situación *transitoria* de anormalidad presentada como resultado de la guerra exterior o de la conmoción interna y, en ejercicio de esa facultad, adicionar, modificar, aclarar y aún derogar los decretos legislativos dictados por el Gobierno con el fin de asegurar el triunfo de las armas colombianas sobre el enemigo o de superar el caos, el desorden y las amenazas contra las instituciones patrias, que se presentan como resultado de la subversión organizada ...".

"... Con estas premisas falsas, se concluye fácilmente que el Congreso, al facultar al Gobierno para expedir un decreto ley y éste al hacer uso de esa delegación de poderes del Congreso, y aún el propio Congreso, por medio de leyes, puede derogar alguna o algunas o todas las medidas vigentes adoptadas por la Rama Ejecutiva para ganar la guerra o conjurar la subversión ...".

"... Y ya obtenida esta pretendida conclusión que el Congreso, al facultar al Gobierno para expedir el nuevo Código Penal (Decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980), derogó alguna o algunas de las normas dictadas para restablecer la paz pública, concretamente las del Decreto legislativo 1923 de 1978, 'en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos ...'.

"... La Constitución Política de Colombia dice, sin embargo, todo lo contrario:

"... a) No existe, en ningún tiempo, supremacía de ninguna de las Ramas del Poder Público sobre las otras, sino especificación y, por tanto, limitación de las atribuciones de cada una de ellas en relación con las demás, dentro de los precisos términos que la misma Carta establece ...".

"..
....".

"... Esta separación y limitación de las funciones de cada una de las ramas del poder público determina sus propias órbitas de acción, de manera que constitucionalmente le está prohibido a cada una inmiscuirse en los asuntos de las otras, sin perjuicio del deber, también consagrado constitucionalmente, de colaborar todas entre sí, dentro de la esfera de sus respectivas competencias, en la realización de los fines del Estado ...".

"..
....".

"... No se concibe, en consecuencia, como colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público, sino como indebida intromisión de una en las atribuciones de otra, que el Gobierno dicte normas de carácter general y permanente, violando la disposición del artículo 76 que establece que 'corresponde al Congreso hacer las leyes', o que éste declare 'turbado el orden público y en estado de sitio, la República o parte de ella', suspenda los decretos legislativos 'que sean incompatibles con el estado de sitio' o lo declare 'restablecido tan pronto haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior', con violación de lo dispuesto en el artículo 121 que

atribuye tales facultades y deberes, *privativamente* a la Rama Ejecutiva ...".

"..".

"...b) Durante la vigencia del estado de sitio y para los solos efectos del restablecimiento del orden público, a los poderes ordinarios del Gobierno, de suyo numerosos, se agregan los que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política ...".

"..".

"... c) La reunión del Congreso durante el estado de sitio no desplaza hacia éste, en consecuencia, ni la facultad de velar por el restablecimiento del orden público, ni la de reformar, suspender o derogar los decretos legislativos dictados por el Gobierno, pues, por reunirse el Congreso, no por ello deja de ser esta función única y exclusiva del Gobierno ...".

"..".

"... No existe entre nosotros, de otra parte, norma alguna que permita al Congreso dar facultades al Gobierno para conjurar la perturbación del orden público, esto es, volviendo a la ley que facultó al ejecutivo para expedir el nuevo Código Penal, que tales atribuciones jamás pueden entenderse otorgadas con aquel fin, en primer término porque el Gobierno en esas materias es autónomo y no necesita autorización alguna del Congreso para ejercerlas (artículo 121), y, en segundo término, porque hasta ahora ninguna norma constitucional o legal permite el otorgamiento de ellas como, a nuestro juicio con ostensible desconocimiento de nuestro régimen constitucional, lo declara la mayoría para concluir que el Congreso, al facultar al ejecutivo para expedir el Código Penal, le dio con ello autorizaciones para modificar o derogar la legislación de estado de sitio ...".

"..".

"... d) La reforma constitucional que estableció el funcionamiento del Congreso durante el estado de sitio no tuvo como finalidad, ni se pretendió con ella repartir entre aquél y el Gobierno la responsabilidad del restablecimiento de la paz pública turbada como resultado de una guerra exterior o de una conmoción interna, como insiste en sostenerlo la mayoría, sino, como lo enseña la historia reciente del país, con el propósito fundamental de controlar políticamente los abusos en que la Rama Ejecutiva pudiera incurrir so pretexto o con ocasión de esa situación excepcional ...".

"..".

"... e) Si, pues, el Congreso, en estado de sitio, puede seguir ejerciendo las funciones que le son propias en tiempos de *normalidad* y el Gobierno, además, de las que tiene de ordinario, ejercer las que le confiere la Constitución en épocas de turbación del orden público, particularmente las que le permiten suspender las normas permanentes dictadas por el Congreso para proferir otras en su reemplazo, es claro que cada una de esas Ramas del Poder Público actúo dentro de las esferas de sus respectivas competencias, esto es, sin que el Gobierno pueda *derogar* las leyes expedidas por el Congreso, ni éste tampoco, *suspender* los decretos legislativos dictados por aquél ...".

"... Reiteramos, en consecuencia, la siguiente conclusión de nuestro anterior salvamento de voto:

"... Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el Decreto legislativo 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 1923 de 1978, por su

prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria ...".

"... En suma, si una ley revistiera, *pro tempore,* al Presidente de la República de precisas y expresas facultades extraordinarias para derogar alguno o algunos o todos los decretos legislativos dictados por éste en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, todo el mundo entendería que esas facultades no le podían ser otorgadas por el Congreso, a causa de que el Presidente las tiene por voluntad soberana del propio constituyente y porque el Congreso de la República, careciendo de ellas, no podía, tampoco, delegarlas ...".

"... Sin embargo, lo que no puede hacer el Congreso mediante ley expresa, lo ha hecho éste tácitamente, a juicio de la mayoría de la Sala, al facultar al Gobierno para expedir el Código Penal, razonamiento que, como es obvio, no podemos compartir ...".

En tal virtud, nuevamente salvamos el voto.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras.

Salvamento de voto

En forma breve, por haberlo hecho ya antes, de modo más extenso, en repetidas ocasiones, a las cuales me remito, procedo a fundamentar el salvamento de voto a la providencia de la mayoría en que se reitera, una vez más, la tesis de que el Decreto 1923 de 1978 llamado Estatuto de Seguridad, ha sido derogado por el Decreto 100 de 1980, o sea el nuevo Código Penal.

En primer lugar se tiene que la legislación del estado de sitio, por sus características especiales, sólo deja de regir por dos causas: bien porque el Gobierno Nacional derogue sus propias disposiciones y esto sólo puede hacerlo de manera expresa, o bien porque, al levantarse el estado de sitio, automáticamente dejan de regir las disposiciones dictadas en estas circunstancias.

Ninguna de las dos cosas ha ocurrido respecto al Estatuto de Seguridad, pues ni se ha levantado el estado de sitio, ni puede admitirse la derogación tácita de que habla la providencia de la mayoría.

En segundo lugar, la expresión de la Carta en el sentido de que el Congreso conserva la plenitud de sus facultades, atributos y poderes y tiene facultad, por consiguiente, para dictar leyes que contrarían las disposiciones emanadas del ejecutivo durante el estado de sitio, no puede ser entendida en la forma como lo hace la providencia mayoritaria, sino dentro del complejo de normas que rigen esa situación y atendiendo al espíritu de ellas que no es otro sino el de conceder poderes especiales al Gobierno para que pueda lograr el restablecimiento del orden público.

Este es un interés primordial al que deben subordinarse las demás porque, de no ser así, no se justificaría la existencia constitucional de un régimen de excepción ni tendría explicación alguna la exigencia de responsabilidades políticas al Gobierno por sus actuaciones durante dicho estado.

Finalmente, respecto a la aplicación del principio de favorabilidad reitero mi posición de que es aplicable cuando se trata de una sucesión de leyes, es decir, cuando cronológicamente unas disposiciones legales reemplazan a otras, pero no cuando sólo está vigente una o cuando se trata de un conflicto de leyes aplicables a un mismo caso.

Bogotá, julio 22 de 1982.

Luis Enrique Romero Soto
Magistrado.

IMPEDIMENTOS

Los autores suelen agrupar en cuatro grandes categorías los motivos que el legislador, en este tema, consagra en varios apartes. Ellas son: el amor, la enemistad, el interés y el orgullo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 45 de 6 de julio de 1982.

Vistos

El Magistrado Fernando Arrieta Charry, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, se ha declarado impedido para conocer de este asunto porque con anterioridad había rendido concepto de fondo, como Fiscal del Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, sumario que a la postre se calificó con sobreseimiento de carácter temporal, ahora en trámite de revisión por la Sala de Decisión, de la cual forma parte.

Los restantes Magistrados del Tribunal, por el contrario, estimaron infundados el impedimento alegado, ya que la actuación cumplida por el doctor Arrieta Charry lo fue "en uso de sus funciones y deberes como Fiscal del Juzgado Tercero Superior" y, porque, en consecuencia, "si se aplicara el argumento expuesto por el Magistrado que se declara impedido, se tendría que el Magistrado que revisara un auto de proceder en apelación no podría más tarde conocer de la segunda instancia o consulta de la sentencia en el mismo proceso".

Considerando

1. *La Corte ha dicho últimamente, en forma reiterada, que la causal 4ª de recusación indicada en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, puede darse respecto de agentes del Ministerio Público, jueces o magistrados, cuando su opinión se produce por fuera del ejercicio propio de sus deberes oficiales. La razón es bien simple: si la ley impone, en determinado momento y dentro del proceso, la emisión de un concepto o resolución, ésto no puede tenerse, al mismo tiempo, como motivo impediente para continuar participando en el desarrollo previsto por el ordenamiento procedimental, siempre y cuando que se trate del mismo nivel de funciones o instancia de conocimiento. Es así como el juez que decreta una detención preventiva, o el Ministerio Público que conceptúa sobre ella, pueden legítimamente pronunciarse sobre el mérito del sumario, sin que esta actuación los inhiba para terminar la instancia con la correspondiente sentencia. Estas determinaciones no restan libertad futura al funcionario, el cual puede introducir las variaciones autorizadas por la ley. Si el proceso corresponde en su noción más simple y diciente a una ordenada sucesión de actos que buscan un fin preciso, la actuación escalonada corresponde exactamente a esta conveniente realidad y no comporta atentado alguno al debido procesó. Además, un cambio constante de funcionarios implicaría, es obvio, un desorden institucional, caótica situación que paralizaría la administración de justicia.*

Sobre el particular conviene recordar, como antecedentes doctrinales que ahora se reafirman con notorio énfasis, las siguientes decisiones:

"... los actos ejecutados por los jueces y magistrados en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, al propio tiempo, motivo de impedimento para su posterior conocimiento del asunto, *afirmación tanto más cierta entre nosotros cuanto que la legislación procesal colombiana entrega de tal modo a un mismo funcionario el conocimiento de la totalidad del pro-*

ceso, que bien puede éste (actuar en un proceso desde el auto con que se inicia, hasta la sentencia que le pone término)...'' —subraya la Sala, marzo 29/79.

''... (No) puede ser motivo de recusación, finalmente, el hecho de que el funcionario haya cumplido con sus deberes oficiales en el proceso, porque el ejercicio de la función es obligación impuesta al empleado por disposición expresa de la ley y de su inexcusable cumplimiento no puede derivarse, simultáneamente, una inmediata o posterior inhabilidad, incapacidad o impedimento en su contra para conocer del asunto ...'' —mayo 13/80—.

2. *Pero si bien esta causal 4ª no recoge el asunto que se estudia, es necesario apreciar otras hipótesis para ver si es del caso ordenar la separación del funcionario que ha manifestado su excusa para intervenir en este proceso.*

Los autores suelen agrupar en cuatro grandes categorías los motivos que el legislador, en este tema, consagra en varios apartes. Ellas son, el amor, la enemistad, el interés y el orgullo. El parentesco suele concretar el más reconocible de los vínculos que suscita la primera de las citadas razones; la segunda comprende todos aquellos desafectos compartidos mutuamente que revelan profundidad de sentimiento; la tercera anticipa todas aquellas circunstancias en que de modo directo o indirecto se busca el propio beneficio o el de personas que integran un círculo común; y, finalmente, la cuarta persigue evitar que la decisión tomada por un funcionario, o por sus allegados, tenga el sello de lo inmodificable y comporte, desde su emisión, un indiscutible mérito de verdad y acierto, al impedir que terceros procedan a su revisión. Esta última circunstancia, como bien se advierte, suele controlarse con el juego de las instancias, servidas ellas por personas distintas ubicadas en diversos niveles de la administración de justicia, cuya provisión suele obedecer a diferentes requisitos de experiencia y capacidad.

Pues bien, el Juez o Magistrado que dicta un auto o sentencia, no puede participar en la revisión de los mismos, no porque se trate de un prejuzgamiento nocivo, sino porque se cancela así la eficacia de la doble instancia. Y el aspecto no sólo juega para el Juez o Magistrado, sino para el respectivo agente del Ministerio Público, háyasele aceptado su opinión o rechazado la misma. Esto porque hay unidad de actuación, a estos fines, entre el Juez o Magistrado y su respectivo agente fiscal. Se unifican dos funciones para obtener un solo acto procesal, *el que en definitiva juega para la causal 7ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Lo que el legislador quiere, en este caso, es que no prevalezca en la revisión pertinente el criterio de quien participó directa o indirectamente, incluyendo los vínculos parentales que la norma destaca, en su emisión. Y tanto contradice esta fundamental regla la intervención del juez que profirió la providencia como la de su fiscal que fijó su pensamiento en relación al contenido de la misma, si éstos pretenden, en una instancia superior, resolver su consulta o el recurso interpuesto.*

Si es cierto, en suma, que el doctor Arrieta Charry no está legalmente impedido para participar en la adopción de las resoluciones que, en lo futuro, se presenten en este expediente, no lo es menos, así mismo, que actualmente no puede concurrir, como Magistrado, a la revisión de un auto sobre el cual concretamente estimó que debía llamarse a juicio a los procesados, porque, como ya se dijo, estaría así impidiendo el juego real y válido de la doble instancia.

Bastan las anteriores breves consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARE INFUNDADO el impedimento comunicado por el Magistrado Fernando Arrieta Charry para intervenir, actualmente, en la calificación del mérito de este sumario y, en consecuencia, ordena su separación.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

La ponencia elaborada por el suscrito, adoptada parcialmente en su parte motiva, contenía otras razones que reforzaban la decisión tomada y planteaban, a su vez, situaciones generales de impedimento, sobre las cuales sigo considerando conveniente y hasta necesario un pronunciamiento de la Corte. De ahí que ahora las reproduzca:

"No está por demás anotar que por fuera de las expresas menciones del artículo 78 citado, existen otras circunstancias que inhiben a los funcionarios para actuar en un determinado asunto. Esto porque son situaciones antiprocesales, o mejor dicho que niegan o destruyen el debido proceso y conforman incompatibilidades manifiestas. Por destacar una importancia y naturaleza superior a las causales de recusación, no se expresan en éstas, pero tienen igual efecto y trascendencia. Valgan a este respecto los siguientes ejemplos: La concurrente calidad de testigo y juez, con la aclaración necesaria de exigirse esencialidad en la atestación y que, aun en este evento, si se trata de funcionario que debe realizar las primeras diligencias, no se paralice, por este motivo, esa inicial actuación —artículo 87 del Código de Procedimiento Penal—; o la del juez que guarda amistad o enemistad con un testigo fundamental dentro del proceso, del cual, en definitiva, depende la conclusión valorativa que deba tomarse sobre los aspectos más vitales del mismo; o la del Ministerio Público que después de conceptuar sobre un determinado aspecto (excarcelación, calificación del sumario, sentencia, etc.), pasa a ocupar el cargo de juez y debe aceptar o rechazar esta opinión. Es evidente que, en estos casos, la función judicial se compromete y aniquila, perdiéndose la plenitud y cabalidad que debe ostentar; igualmente que, requiriéndose, dualidad entre Ministerio Público y judicatura, uno de estos dos organismos desaparece".

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores Alvaro Luna Gómez y Fabio Calderón Botero

Discrepamos cordialmente del criterio mayoritario de la Sala, por las siguientes razones:

Ya la Corte tuvo oportunidad de decidir un impedimento similar del mismo Magistrado en otro proceso donde había conceptuado como Fiscal en la primera instancia, en consecuencia, valgan los argumentos expuestos en esa oportunidad para rechazar también el aquí propuesto.

Al efecto dijo esta Corporación en providencia del 20 de noviembre de 1980:

"... El impedimento denominado opinión judicial, con base en la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, que la jurisprudencia venía aceptando, ya no tiene cabida, pues la Corte abandonó ese criterio al precisar:

"Que la opinión impediente no es la que emite en determinado proceso el Juez o Magistrado en ejercicio de sus funciones, sino la que sobre el caso concreto manifiesta por fuera de ellas. En estricto sensu, *cuando el Juez o Magistrado profiere una resolución cualquiera emite conceptos, es cierto, pero en cumplimiento de sus ineludibles deberes oficiales o en el ejercicio de su capacidad funcional. En tales eventos '... sería un contrasentido que la ley, en un doble juego, hiciera de sus obligaciones naturales circunstancias constitutivas de inhibición...'" (Auto, 9 de junio de 1980).*

"La única excepción a estos postulados es la prevista por la causal 7ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, por haber dictado la providencia de cuya revisión se trata, porque la garantía procesal de la doble instancia desaparecería ...".

Como se ve, tampoco se estructura esta última hipótesis por cuanto los fiscales no dictan resoluciones de ningún género.

Con fundamento en estas consideraciones creemos que la Sala debió declarar infundado el impedimento del Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, doctor Fernando Arrieta Charry.

Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero.

Bogotá, julio 8 de 1982.

DECRETO 1188 DE 1974, ARTICULO 38

Cuándo la cantidad de droga se considera dosis personal y cuándo, la misma cantidad, implica, de suyo, comercio o tráfico de estupefacientes

---

DERECHO DE DEFENSA

En el ejercicio de una defensa pueden existir caminos para salvar al procesado de una condena y existir muchos más para morigerar su situación jurídica

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*

Aprobado: Acta número 48.

Expediente número 26.795.

Vistos

El Fiscal Décimo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín sustentó el recurso de casación que interpuso contra la sentencia de esa Corporación del 27 de noviembre de 1980, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Bello del 26 de agosto de ese mismo año, que impuso a Rosalba Hernández Herrera la pena principal de 36 meses de presidio, multa de $ 5.000 moneda corriente y accesorias de rigor por infracción al Decreto 1188 de 1974.

Hechos

Quedaron resumidos en los siguientes términos:

"... En las horas de la mañana del día 11 de noviembre del pasado calendario se aprestaba Rosalba Hernández Herrera, a realizar una de sus acostumbradas visitas a la cárcel de Bellavista, con el fin de visitar a un amigo suyo y como fuera sometida a la minuciosa y reglamentaria requisa, le fue hallada dentro de su recinto vaginal una porción de la Cannabis que pretendía introducir a dicho ergástulo, procedimiento realizado por la empleada Marina Quintero de Arias, y que motivó no solamente la elaboración del informe respectivo, sino la privación de la libertad para la sindicada ...".

Demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.) el fiscal recurrente propone dos cargos de nulidad, a saber:

a) Incompetencia del juez.

La hace consistir en que tanto el Juzgado Penal del Circuito de Bello como el Tribunal de Medellín carecían de competencia para investigar y fallar este proceso, pues sostiene que la delincuencia que ha sido tema de este proceso se ubica en el inciso 2º y no en el 1º del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 17 de 1975, su conocimiento correspondía al Juez Penal Municipal de Bello.

Refiriéndose a las actas de la Comisión Redactora del Estatuto Nacional de Estupefacientes, expresa:

"... el 14 de diciembre se volvió a reunir la Comisión Redactora. De inmediato el doctor Reyes indicó que la 'fórmula que otrora no encontrara sobre un porte que determinara un *quan-*

tum personal y no de tráfico, la había, ahora, encontrado'. Su fecunda exposición puede encontrarse en el Acta número 42. Su síntesis en ésta: adicionar otro verbo rector: 'portar o llevar consigo', que es propio de marihuana o droga que 'corresponda' a una dosis personal; vale decir: para consumo, no para tráfico. En tal caso 'se ubicarían dentro de las circunstancias de atenuación punitiva que estamos suponiendo...' ... Con esta y otras consideraciones, se inclinó la comisión a adicionar el artículo aprobado en sesión precedente, bajo el epígrafo 'tráfico de estupefacientes' con la expresión 'llevar consigo', la cual se colocará después de la palabra 'transporte'. Además, se aprobó un inciso, propuesto por el doctor Reyes, para este artículo, con el siguiente texto definitivo: 'Si la cantidad de sustancia o droga que el sujeto lleva consigo corresponde a una dosis personal, la pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes y en vez de prisión se impondrá arresto ...' ".

Al respecto, comenta:

"... Como creemos que el mandato de colocar la expresión 'llevar consigo', después de la palabra 'transporte', no puede ser ni capricho ni necedad, impropio de personalidades de tan aquilatado patrimonio intelectual, nos es permitido pensar que con ello se quiso significar que la palabra transporte es algo así como el género del hecho particular de 'llevar consigo', cuya diferencia real es el *quantum:* llevar consigo, referido a pequeña cantidad de droga o de estupefaciente que en sí pregona consumo personal, no tráfico o comercio ...".

Para concluir, transcribe sus conceptos de instancia en uno de cuyos apartes, concluye:

"...Considerando que esta mujercita que lleva consigo menos de 10 gramos de marihuana, para entregarle a su cuñado, como ocurre en esta específica situación carcelaria, realmente, *se introyecta en él;* y como nada permite pensar que el destino de aquella hierba pudiera ser el tráfico, ya que todo indica que fue exigida por el recluso para consumirla como escape de los horrores carcelarios, entonces, sin duda alguna, ha de entenderse que su conducta ha de ubicarse bajo el tipo penal de 'llevar consigo' una dosis personal, cuya pena, dada su personalidad, es tan sólo de un mes de arresto y multa de $ 200, penalidad que ya pagó con creces ...".

b) Violación del derecho de defensa.

Entiende que se ha violado la Constitución Nacional al quebrantarse el debido proceso.

En este terreno estima que "... el único discurso que escuchó Rosalba Hernández, fue el de la acusación que le hizo su propia defensora...".

En términos generales expresa al principio de la demanda que la defensora no se inmutó con el auto de proceder cuando bien pudo lograr una tentativa en el delito para su representada, y luego, agrega:

"... esta abogada titulada, la que estaba obligada a una defensa técnica de su defendida, no sólo por decoro personal, sino también por ineludible mandato constitucional, se limita a decir que en casos como este 'el papel del abogado es de simple cumplido; para llenar un requisito constitucional, pues de lo contrario se decretaría una nulidad por falta de defensa'. Que es tan clara la responsabilidad de la procesada, en razón de su confesión, que 'es poco lo que puede argüirse; y ponerme a tratar de disimular la conducta de mi pupila, en afán de cumplir con mi deber, que me estaría colocando en el papel del papagayo y estoy segura mis palabras no encontrarán eco en su Despacho'. Después de una hoja, llena con tal tipo de preámbulo, concluye en media más, limitándose a solicitar que se le condene, pero que 'se le aplique el mínimo de la pena que para el efecto está señalada'; ésto es: Tres años de presidio.

"He ahí la defensa que en este proceso se le ha hecho a Rosalba Hernández ...".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda.

Se considera

Propone el Fiscal Décimo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.), para que la Corte case la sentencia recurrida e invalide el proceso.

Los cargos que con fundamento en esa causal hace, se responden así:

a) La incompetencia del juez, basada en que debió investigar y fallar el asunto, en primera instancia, un Juez Municipal, y en segunda, un Juez del Circuito, porque el delito de que trata este proceso es el de llevar consigo una dosis personal, encuentra el escollo probatorio de un dictamen expedido por los médicos legistas. Estos conceptuaron que los 9.810 gramos que le fueron decomisados a la procesada exceden su dosis personal.

Pero aún haciendo caso omiso de esa pericia, como lo hace el demandante, se tiene:

Llevar consigo *significa ser portador o vehículo de algo.*

Acción que referida al delito que se examina debe recaer sobre marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica.

En esa especial condición se puede infringir el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, Estatuto de Estupefacientes, de dos maneras:

1. Si la cantidad que lleva o trae el sujeto supera la dosis personal, cae bajo las previsiones del inciso primero porque la conducta implica, de suyo, comercio o tráfico de estupefacientes; y

2. Si, por el contrario, la cantidad que lleva o trae el sujeto constituye dosis personal, el comportamiento se subsume dentro del inciso segundo o último de la mencionada norma porque se entiende, por regla general, que la porta para su propio consumo.

Entonces, la diferencia delictual la establece la cantidad de estupefaciente que el individuo lleva consigo y su precisa destinación.

Bajo estas orientaciones, quien es sorprendido llevando consigo una cantidad de droga, que puede ser considerada como una dosis personal, para entregarla a otro, cumple una conducta que se encaja en el inciso primero del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y jamás la del inciso segundo de esa disposición, porque el estupefaciente no está destinado a ser consumido por el portador, sino destinado a proveer o aprovisionar a otro, que es lo que caracteriza el suministro punible.

De suerte que si en el caso concreto Rosalba Hernández Herrera trató de introducir a la cárcel, llevándolos consigo, 9.810 gramos de marihuana, para dárselos a un interno al parecer adicto, no cabe duda que su comportamiento señala una tentativa de suministro de estupefaciente en el sentido exacto que tiene esa expresión en la ley.

Suministrar, presenta en este tipo penal un entendimiento obvio, tan claro y preciso como la acepción que trae el Diccionario de la Lengua Española para esa palabra y que reza "Proveer a uno de algo que necesita", es decir, de lo que le hace falta o requiere en un momento dado. Y esto fue lo que justamente pretendió hacer la procesada para satisfacer un posible apremio del concubino de su hermana.

En todo caso, sea que el actuar de la inculpada se considere como llevar consigo, o sea que se estime como suministrar, la delincuencia se enmarca, de todas formas, dentro del inciso primero del citado artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, situación que descarta la alegada incompetencia del juez y cualquier reproche adicional sobre error en la calificación del delito porque el nomen juris *sería siempre el mismo.*

En consecuencia, este cargo no prospera.

b) La violación del derecho de defensa, fundada en que la única defensa que tuvo la procesada fue la acusación que le hizo su defensora en la audiencia pública, resulta exagerada.

Se reprocha a la abogada que tuvo ese delicado encargo, porque pudo aliviar la situación jurídica de la acusada buscando el reconocimiento de la tentativa en el delito y, finalmente, porque se limitó a pedir que le fuera aplicada la pena mínima establecida por la ley para el caso.

Es fácil criticar, pero difícil entender que no todo el mundo ve las cosas del mismo modo. No se pueden juzgar las actitudes humanas por lo que uno pudo haber hecho en determinada situación, sino por lo que el común de las gentes hubiera realizado en el mismo evento. Y, no se puede juzgar a un hombre, sino dentro de sus peculiares y personales circunstancias. Así pues, en el ejercicio de una defensa pueden existir caminos para salvar al procesado de una condena y existir muchos más para morigerar su situación jurídica. El no verlos todos, y el no alegar el mejor, pueden significar inexperiencia. Pero, no se trata, por consiguiente, de cuestionar la capacidad jurídica de la defensora, se trata simplemente de saber si se ejerció el derecho de defensa en legal forma y, en definitiva, si la procesada tuvo defensa en juicio.

Bajo este prisma, se advierte:

La recurrente fue oída en declaración indagatoria y en todos los careos con la asistencia de un apoderado de oficio; al ser llamada a responder en juicio se le nombró defensora de oficio a la abogada Sonia Acevedo González, quien se notificó de ese auto y lo consintió; en el término probatorio de la causa el juzgado decretó pruebas en forma oficiosa; la audiencia pública se realizó con la presencia de la apoderada de oficio, quien presentó por escrito sus alegaciones; des-

pués la procesada tuvo la fortuna de ser parcialmente defendida por el fiscal de la segunda instancia, el mismo que ha propuesto y sustentado este recurso extraordinario de casación.

La sola enunciación de lo ocurrido en este proceso demuestra con evidencia plena que, en todo momento, se le garantizaron a la procesada sus derechos y que, además, no careció de defensa porque cuando no la ejercitó su apoderada, lo hizo generosamente el Ministerio Público.

Basta lo anterior para que este último cargo tampoco prospere.

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 condenatoria dictada en este proceso el 27 de noviembre de 1980, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION. ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CAUSAL 1ª

Cuando se invoca el cuerpo primero del numeral primero del artículo en cita, debe aceptarse la valoración probatoria señalada en la sentencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 14 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 48 de 13 de julio de 1982.

Vistos

Se procede a definir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de octubre del año próximo pasado, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se impuso a Oscar Mario Villegas Muñetón la pena principal de dieciocho (18) años de prisión, así como las accesorias pertinentes, como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo, en la persona de Edilberto Vargas Melo y en los bienes de Luis Alfredo Sánchez.

En tiempo oportuno se interpuso la impugnación, admitida en auto de 9 de marzo del año en curso. La demanda respectiva se encontró ajustada a las formalidades de ley, según decisión tomada el 25 de mayo del año últimamente mencionado.

Hechos y actuación procesal

Se acude en este aparte a las indicaciones del Ministerio Público. Anota éste que, "la noche del 8 de diciembre de 1977, los vendedores ambulantes Edilberto Vargas Melo y Luis Alfredo Sánchez Bohórquez departían amigablemente en el restaurante 'Los dos Santanderes', de la calle 16 Nº 15-86 de esta ciudad, intercambiando el consumo de cerveza con un juego de azar cuando penetró al establecimiento un sujeto desconocido acompañado de una mujer que usaba maxi-ruana roja, quienes les arrebataron un billete de veinte pesos que se encontraba sobre una botella, saliendo a la calle seguidos por los contertulios, situación que aprovechó el recién llegado para propinarle a Vargas Melo una cuchillada a la altura del octavo espacio intercostal, ocasionándole la muerte y huyendo del lugar.

"En desarrollo de la investigación fue identificado el autor de los hechos como Oscar Mario Villegas Muñetón y su compañera como Rosalba Garzón.

"Oído en indagatoria Villegas Muñetón negó participación en los acontecimientos explicando que para entonces se encontraba en la ciudad de Cali a donde había viajado en el camión de placas SN-5675, conducido por Alfonso Herrera Díaz (Fl. 192 del C. P.). En diligencia cumplida el 26 de junio de 1979 fue reconocido por la dueña del restaurante como el agresor (Fl. 208).

"Clausurada la etapa investigativa el Juzgado Noveno Superior de Bogotá, por auto del 27 de octubre de 1979 lo llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, por los delitos de homicidio agravado y hurto, en concurso material de infracciones y sobreseyó temporalmente a Rosalba Garzón (Fls. 268 a 280); auto de proceder que apelado por el acusado y el Fiscal del Juzgado recibió confirmación del Tribunal Superior con la única modificación de cambiar la denominación de hurto por la de robo (Fls. 303 a 312).

En la audiencia pública llevada a cabo el 29 de mayo de 1981, el jurado de conciencia, por mayoría de votos, afirmó la culpabilidad del procesado en ambos delitos; veredictos que acogidos por el juez del conocimiento sirvieron de fundamento a la sentencia del 25 de junio del mismo año, que lo condenó a la pena principal de die-

ciocho años de prisión; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el que es objeto del recurso de casación".

La demanda

Aprovecha el recurrente la relación de hechos para referirse al acta de levantamiento del cadáver, al concepto médico provisional sobre la posible causa de la muerte de Edilberto Vargas Melo y al testimonio de un hermano de éste, de nombre Héctor Enrique. Luego, al tratar el punto relacionado con la 'investigación', alude a las declaraciones de Medardo Salgado C., Luis A. Sánchez, Ana M. de J. Rivera, y, finalmente presenta un pormenorizado recuento de las actuaciones cumplidas en esta etapa, así como de la siguiente, vale decir, el juicio.

Como causales, invoca:

La cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad").

Esta la determina en una violación de las formas propias del juicio (Art. 26 C. N.), concretamente en un ostensible detrimento del derecho de defensa del procesado. A este respecto, destaca:

a) Se omitieron las diligencias del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal (careos), los cuales debieron efectuarse en vista de las "serias discordancias ... de ... incriminados y ... testigos";

b) Se desatendió el pedimento del procesado, en su escrito de folio 316, sobre comprobación de buena conducta (Antonio Rivera y Julio Puertas); careo con Ana Jesús, que lo señala como "la persona parecida"; declaración de Alfonso Herrera Díaz, sobre que el peticionario, para la época de los hechos, trabajaba en Cali, "en mula 'Maco' de placas cuyo número se encuentra acreditado en la indagatoria";

c) Los reconocimientos efectuados se apartaron de lo ordenado por los artículos 407 y 408 del Código de Procedimiento Penal. Lo primero, porque siendo el sentenciado hombre "alto y delgado", se incorporaron a la fila personas de muy baja estatura; lo segundo, porque la incriminada Rosalba Garzón, no fue atendida por su apoderado en esta diligencia;

d) Se dejó de lado la reconstrucción de los hechos, actuación necesaria para el total esclarecimiento de lo sucedido, y

e) El defensor de oficio no actuó "en la más mínima forma", pues no sustentó la apelación interpuesta contra el auto de proceder, ni solicitó pruebas durante el juicio. No hubo, pues, defensa real y efectiva.

La causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se determina, textualmente, así: ... "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea ...".

Luego de eludir a una doctrina de la Corte, sobre el error de derecho, aplicable al caso, retorna a la crítica expuesta sobre los reconocimientos, los cuales más adelante estima como prueba inexistente por los defectos de su producción.

Cierra su libelo con esta glosa: "Y es que se le reconoce a los llamados reconocimientos el valor que la ley no les otorga, *porque ninguno de los testigos en la diligencia de reconocimiento, reconoce* (valga la redundancia), con absoluta certeza, de manera inequívoca e inobjetable al señor Oscar Mario Villegas M., pues el testigo Sánchez lo hace de manera *negativa,* mientras la testigo Ana, sólo establece *un parecido.*

"Es obvio, que donde existe la *duda,* cuando se habla de ... *es el que más se parece* ..., carece de *certeza* y por ende no es prueba alguna. Menos aún en el caso de la *negatividad,* cuando el testigo Sánchez ... dice que no está la persona causante de la muerte de su amigo ...".

Consideraciones de la Sala y concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

En cuanto al primer aspecto, se comenta:

Un examen general de la argumentación expuesta por el censor, no deja de traducir, como bien lo señala la Procuraduría, un cierto defecto de técnica. El impugnador destaca omisiones probatorias (careos, inspección judicial, reconocimiento), pero deja incompleto su raciocinio, a tal punto que se ignora, por ejemplo, cuáles fueron las confrontaciones testimoniales que dejaron de efectuarse, sobre qué trascendentales puntos debieron versar, y cuál, en definitiva, su incidencia en el fallo, porque en este último aspecto es indispensable establecer suficientemente que dichas probanzas, y *sólo* ellas, originaron la sentencia de condenación.

Otro tanto debe anotarse respecto de la inspección judicial, ya que el censor parece entender

su cumplimiento como actuación imprescindible, en todos los procesos, por lo que descuida la mención de los puntos que esta diligencia debió esclarecer y que debían conducir a la absolución de su representado. En estas dos alusiones no se comprende, a derechas, la eficacia de la alegación si se recuerda que el procesado, a lo largo del sumario, nunca reconoció haber estado en el sitio de los acontecimientos, ni intervenido en los hechos. ¿Qué podía, y cómo, contradecir en un careo o inspección judicial a quienes indicaban una situación totalmente diferente? En estos puntos su indagatoria y los elementos de convicción que la misma suscitaba, ofrecían de una vez la valoración en contrario, no siendo indispensable, para demeritar o repudiar la prueba de cargo, ni los careos, ni la inspección judicial echados de menos.

No debe olvidarse el poder discrecional del instructor, sobre tales asuntos, pues esas actividades procesales no se consagran para resolver imposibles, para cumplirlas de modo fatal, inevitable e indiscriminado, o para llevar confusión a un averiguatorio penal. Cuando el funcionario estima que mediante tales diligencias es factible esclarecer determinadas oscuridades, fijar certidumbre sobre algunos medios de comprobación, concluir sobre la verosimilitud de un relato o la firmeza y sinceridad del mismo, debe procurar su verificación. Pero no dándose circunstancias propicias a este fin, lo más razonable es entender y justificar su omisión.

Tampoco viene al caso, ya que no aparece de bulto la incidencia de la actuación en la responsabilidad de Villegas Muñetón, y el recurrente no la demuestra, criticar el reconocimiento cumplido con la sobreseída Rosalba Garzón.

La causal invocada de primero, revela una utilización múltiple y notoriamente incompatible. Se empieza por insinuar que la omisión de esos careos y de la inspección judicial, traduce una inercia imperdonable de quien atendiera la defensa de oficio, lo cual evidencia la nulidad de rango constitucional que contiene el artículo 26 de la Carta. Pero en cuanto a los reconocimientos, y así lo reafirma al mencionar la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya el planteamiento es diverso: sí se efectuaron, pero con tal desapego de la ley que a la postre resulta una prueba desechable. El planteamiento se muestra contradictorio. Trata de alejarse del cuerpo segundo de la causal primera del citado artículo, que no es dable colacionar en juicios con intervención de jurados de conciencia, para forzar su inclusión en la cuarta. Pero lo advertible es un evidente propósito de negarle crédito a la prueba recibida. En efecto, ninguna confiabilidad merece la identificación de un sujeto "alto" en un conjunto de personas bajas. Lo que olvida el memorialista es que a esa actuación asistió, sin protesta, el apoderado del sindicado; que Oscar Mario Villegas procuró desconcertar a la testigo con la conservación de un bigote y "chivera aún incipiente", de los cuales carecía cuando cometió el delito; y, finalmente, que otro reconocimiento, el de Luis Alfredo Sánchez Bohórquez, sucedido a los cuatro días del de Ana María de Jesús Rivera y en las mismas circunstancias, produjo un efecto favorable, puesto que el reconocedor dijo que "dentro de la fila no veía al sujeto referido en sus anteriores diligencias". De donde resulta inconciliable que unas circunstancias se miren como condicionantes de la identificación (Ana María de Jesús Rivera, quien agregó "es el que más se parece" —Fl. 208— y las mismas produzcan una diferente consecuencia (Sánchez Bohórquez). Esto demuestra, más bien, la regularidad de la diligencia. Sólo quedaría, entonces, la posibilidad de desconocer el alcance probatorio que le fue reconocido, cuestión bien distinta al enfoque artificioso que le ha dado el censor. En este evento, el tratamiento del tema obedece a supuesto, finalidad y técnica distintos, debiéndose advertir la improcedencia de esta crítica en procesos de jurados.

De otro lado, y la Delegada comenta el asunto, del memorial de pruebas de folio 316 se logró practicar la diligencia de mayor importancia, o sea, la que podía dar lugar a un álibi. El procesado pretendió demostrar que, para el 8 de diciembre de 1977, no estaba en Bogotá, sino en Cali, sirviendo como ayudante de Alfonso Herrera Díaz, en el camión Mack, placa SN 5675. Pero su dueño, el señor Fidel Camacho —folio 324—, desmintió la versión.

Por fuera de estas anotaciones conviene cerrar este acápite con un breve comentario sobre la falta de debida defensa.

La carencia de asistencia técnico-jurídica, cumplida en forma real y efectiva, no aparece siempre demostrada porque se enfatice sobre la ausencia de un esfuerzo probatorio o argumentativo. En autos es evidente que el apoderado de oficio, el que actuó durante el sumario, no solicitó la práctica de diligencias ni intentó cuestionar el valor atribuido a las probanzas, limitándose a interponer el recurso de alzada, contra

el auto de proceder, pero sin atender a su sustentación. Pero esto, por sí, no implica la nulidad alegada. Sobre el particular debe recordarse que "la forma como se ejerce el derecho de defensa en las diversas etapas del proceso, es compleja y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados". Con relación a estas variantes debe tenerse presente que, en algunos casos, el mejor plan de defensa puede consistir en el final aprovechamiento de los vacíos de instrucción, expediente más efectivo que la persistente labor de contradecir cada una de las diligencias practicadas; o, también, guardar razones y dejar que los funcionarios de primera y segunda instancia las expongan, para cargar sobre ellas dialécticamente al momento de la audiencia o al recibir traslado para la alegación definitiva. No faltan las hipótesis de mermada colaboración del defendido por la forma como presenta los hechos, niega información, o se obceca en mostrarse ajeno a la acción, obstáculos que llevan al defensor a remitirse a las etapas finales del proceso, confiando más en el poder de análisis y refutación de lo realizado que en un esfuerzo probatorio incierto o dificultado.

Igualmente debe apreciarse la índole del proceso y los resultados del mismo. Cuando el expediente es rico en posibilidades probatorias para demostrar la inocencia de un incriminado, desaprovechadas inexplicablemente por su defensor, la Corte tendrá que inclinarse favorablemente por la tesis de la nulidad. Pero ante situación opuesta no puede ofrecer igual amplitud de criterio, porque sería tanto como admitir que se pudo haber hecho algo más efectivo y real cuando la verdad aparecía con otras muy diversas características.

La solución del punto no es la misma cuando el juez, dentro de un sistema procedimental inquisitorio, responde acuciosamente a este esquema y agota las posibilidades dilucidatorias, en favor o en contra del procesado, a cuando actúa negligentemente y no ejecuta las más fundamentales diligencias. En el primer caso bien puede decirse que el papel de la defensa, especialmente en la etapa sumaria, ha sido superado y hasta satisfecho. Casi lo que debía solicitarse ha sido cumplido por iniciativa propia del juez. En el segundo evento, la Corte debe ser más severa y estimar que la asistencia profesional pudo tener mayores rendimientos, cancelados por obra de quien estaba obligado a asumir conducta diferente.

Por último, la índole del juicio destaca otra importancia. No es lo mismo, a los fines de la debida defensa, la inercia de los apoderados en la etapa sumarial, tardía y azarosamente corregida con una deficiente alegación de fondo ante un juez de derecho, que asumir, inicialmente, igual actitud, pero modifica eficaz y brillantemente con una intervención ante el jurado de conciencia. Si esto último ocurre, como sucedió en el caso examinado, no hay motivo válido para exhibir una inflexible crítica de la labor de la defensa, llevándola hacia un fenómeno invalidante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, tan equitativamente desarrollado por la jurisprudencia.

El cargo no prospera.

Respecto de la segunda causal, se anota:

El apartado legal que se cita por el recurrente (Art. 580, causal 1ª, cuerpo 1), corresponde a la violación directa de la ley. Pero la presentación del cargo, así como la cita jurisprudencial que se hace en abono del mismo, se refiere al cuerpo segundo de la mencionada causal. Esto bastaría, conforme a reiteradas y pacíficas decisiones de la Corte, para desechar el cargo, pues el impugnador no acierta en la selección de la fórmula legal de acusación y por tanto se le escapa la exigible precisión y rigor técnicos. Ya se sabe que las violaciones directa o indirecta de la ley, responden a distintos presupuestos y deben traducir un diferente planteamiento, así como que no es dable alegarlas en toda clase de procesos.

Repárese que cuando se invoca el cuerpo primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, debe aceptarse la valoración probatoria señalada en la sentencia, lo que no ocurra con la violación indirecta de la ley. Pues bien, el recurrente acude a aquella, pero simultáneamente estima que el fallo se apoyó en una prueba que no podía considerarse en forma válida, por haberse apartado al proceso con violación de las normas que regulan su producción. No se sabe, entonces, a ciencia cierta el real encuadramiento que quiere darle el impugnador a su demanda y la Corte no puede suplir esta fundamental deficiencia.

De otro lado, y este es aspecto que la Delegada recuerda y sobre el cual existen abundantes e incontrovertibles pronunciamientos, en juicios en los cuales interviene el jurado de conciencia, por

lo mismo que no obedecen a un patrón o mérito legal de la prueba, no es admisible cuestionar errores de hecho o de derecho. Sería tan o como desconocer la autonomía de su función, la esencia que caracteriza a estas decisiones y llevar la discusión a un punto en el cual no es posible establecer necesarias confrontaciones. Por eso el Ministerio Público acierta cuando esta situación la define con el siguiente concepto: "Como el jurado no está obligado a expresar sobre qué pruebas basó su veredicto resulta imposible concretar el error atribuido". El censor escoge algunas de ellas, pero no puede demostrar fehacientemente que las mismas llevaron al jurado a responder afirmativamente la cuestión propuesta y que sólo sopesó tales factores.

El cargo tiene que desecharse.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el parecer de su colaborador fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve NO CASAR el fallo indicado ya en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

La forma como se ejerce el derecho de defensa en las diversas etapas del proceso, es compleja y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 14 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 48 de 13 de julio de 1982.

Vistos

Se procede a definir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de octubre del año próximo pasado, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se impuso a Oscar Mario Villegas Muñetón la pena principal de dieciocho (18) años de prisión, así como las accesorias pertinentes, como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo, en la persona de Edilberto Vargas Melo y en los bienes de Luis Alfredo Sánchez.

En tiempo oportuno se interpuso la impugnación, admitida en auto de 9 de marzo del año en curso. La demanda respectiva se encontró ajustada a las formalidades de ley, según decisión tomada el 25 de mayo del año últimamente mencionado.

Hechos y actuación procesal

Se acude en este aparte a las indicaciones del Ministerio Público. Anota éste que, "la noche del 8 de diciembre de 1977, los vendedores ambulantes Edilberto Vargas Melo y Luis Alfredo Sánchez Bohórquez, departían amigablemente en el restaurante 'Los dos Santanderes', de la calle 16 Nº 15-86 de esta ciudad, intercambiando el consumo de cerveza con un juego de azar, cuando penetró al establecimiento un sujeto desconocido acompañado de una mujer que usaba maxi-ruana roja, quienes les arrebataron un billete de veinte pesos que se encontraba sobre una botella, saliendo a la calle seguidos por los contertulios, situación que aprovechó el recién llegado para propinarle a Vargas Melo una cuchillada a la altura del octavo espacio intercostal, ocasionándole la muerte y huyendo del lugar.

"En desarrollo de la investigación fue identificado el autor de los hechos como Oscar Mario Villegas Muñetón y su compañera como Rosalba Garzón.

"Oído en indagatoria Villegas Muñetón negó participación en los acontecimientos, explicando que para entonces se encontraba en la ciudad de Cali, a donde había viajado en el camión de placas SN-5675, conducido por Alfonso Herrera Díaz (Fl. 192 del C. P.). En diligencia cumplida el 26 de junio de 1979, fue reconocido por la dueña del restaurante como el agresor (Fl. 208).

"Clausurada la etapa investigativa el Juzgado Noveno Superior de Bogotá, por auto del 27 de octubre de 1979 lo llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, por los delitos de homicidio agravado y hurto, en concurso material de infracciones y sobreseyó temporalmente a Rosalba Garzón (Fls. 268 a 280); auto de proceder que apelado por el acusado y el Fiscal del juzgado recibió confirmación del Tribunal Superior con la única modificación de cambiar la denominación de hurto por la de robo (Fls. 303 a 312).

En la audiencia pública llevada a cabo el 29 de mayo de 1981, el jurado de conciencia, por mayoría de votos, afirmó la culpabilidad del procesado en ambos delitos; veredictos que acogidos por el juez del conocimiento sirvieron de fundamento a la sentencia del 25 de junio del mismo año, que lo condenó a la pena principal de die-

ciocho años de prisión; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el que es objeto del recurso de casación".

La demanda

Aprovecha el recurrente la relación de hechos para referirse al acta de levantamiento del cadáver, al concepto médico provisional sobre la posible causa de la muerte de Edilberto Vargas Melo y al testimonio de un hermano de éste, de nombre Héctor Enrique. Luego, al tratar el punto relacionado con la "investigación", alude a las declaraciones de Medardo Salgado C., Luis A. Sánchez, Ana M. de J. Rivera, y, finalmente presenta un pormenorizado recuento de las actuaciones cumplidas en esta etapa, así como de la siguiente, vale decir, el juicio.

Como causales, invoca:

La cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad").

Esta la determina en una violación de las formas propias del juicio (Art. 26 C. N.), concretamente en un ostensible detrimento del derecho de defensa del procesado. A este respecto, destaca:

a) Se omietieron las diligencias del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal (careos), los cuales debieron efectuarse en vista de las "serias discordancias ... de ... incriminados y ... testigos";

b) Se desatendió el pedimento del procesado, en su escrito de folio 316, sobre comprobación de buena conducta (Antonio Rivera y Julio Puertas); careo con Ana Jesús, que lo señala como "la persona parecida"; declaración de Alfonso Herrera Díaz, sobre que el peticionario, para la época de los hechos, trabajaba en Cali, "en mula 'Maco' de placas cuyo número se encuentra acreditado en la indagatoria";

c) Los reconocimientos efectuados se apartaron de lo ordenado por los artículos 407 y 408 del Código de Procedimiento Penal. Lo primero, porque siendo el sentenciado hombre "alto y delgado", se incorporaron a la fila personas de muy baja estatura; lo segundo, porque la incriminada Rosalba Garzón, no fue atendida por su apoderado en esta diligencia;

d) Se dejó de lado la reconstrucción de los hechos, actuación necesaria para el total esclarecimiento de lo sucedido, y

e) El defensor de oficio no actuó "en la más mínima forma", pues no sustentó la apelación interpuesta contra el auto de proceder, ni solicitó pruebas durante el juicio. No hubo, pues, defensa real y efectiva.

La causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se determina, textualmente así: ... "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea ...".

Luego de aludir a una doctrina de la Corte, sobre el error de derecho, aplicable al caso, retorna a la crítica expuesta sobre los reconocimientos, los cuales más adelante estima como prueba inexistente por los defectos de su producción.

Cierra su libelo con esta glosa: "Y es que se le reconoce a los llamados reconocimientos el valor que la ley no les otorga, porque *ninguno de los testigos en la diligencia de reconocimiento, reconoce* (valga la redundancia), con absoluta certeza, de manera inequívoca e inobjetable al señor Oscar Mario Villegas M., pues el testigo Sánchez lo hace de manera *negativa,* mientras la testigo Ana, sólo establece *un parecido.*

"Es obvio, que donde existe la *duda,* cuando se habla de ... *es el que más se parece* ..., carece de *certeza* y por ende no es prueba alguna. Menos aún en el caso de la *negatividad,* cuando el testigo Sánchez ... dice que no está la persona causante de la muerte de su amigo ...".

Consideraciones de la Sala y concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

En cuanto al primer aspecto, se comenta:

Un examen general de la argumentación expuesta por el censor, no deja de traducir, como bien lo señala la Procuraduría, un cierto defecto de técnica. El impugnador destaca omisiones probatorias (careos, inspección judicial, reconocimientos), pero deja incompleto su raciocinio, a tal punto que se ignora, por ejemplo, cuáles fueron las confrontaciones testimoniales que dejaron de efectuarse, sobre qué trascendentales puntos debieron versar, y cuál, en definitiva, su incidencia en el fallo, porque en este

último aspecto es indispensable establecer suficientemente que dichas probanzas, y *sólo* ellas, originaron la sentencia de condenación.

Otro tanto debe anotarse respecto de la inspección judicial, ya que el censor parece entender su cumplimiento como actuación imprescindible, en todos los procesos, por lo que descuida la mención de los puntos que esta diligencia debió esclarecer y que debían conducir a la absolución de su representado. En estas dos alusiones no se comprende, a derechas, la eficacia de la alegación si se recuerda que el procesado, a lo largo del sumario, nunca reconoció haber estado en el sitio de los acontecimientos, ni intervenido en los hechos. ¿Qué podía, y cómo, contradecir en un careo o inspección judicial a quienes indicaban una situación totalmente diferente? En estos puntos su indagatoria y los elementos de convicción que la misma suscitaba, ofrecían de una vez la valoración en contrario, no siendo indispensable, para demeritar o repudiar la prueba de cargo, ni los careos, ni la inspección judicial echados de menos.

No debe olvidarse el poder discrecional del instructor, sobre tales asuntos, pues esas actividades procesales no se consagran para resolver imposibles, para cumplirlas de modo fatal, inevitable e indiscriminado, o para llevar confusión a un averiguatorio penal. Cuando el funcionario estima que mediante tales diligencias es factible esclarecer determinadas oscuridades, fijar certidumbre sobre algunos medios de comprobación, concluir sobre la verosimilitud de un relato o la firmeza y sinceridad del mismo, debe procurar su verificación. Pero no dándose circunstancias propicias a este fin, lo más razonable es entender y justificar su omisión.

Tampoco viene al caso, ya que no aparece de bulto la incidencia de la actuación en la responsabilidad de Villegas Muñetón, y el recurrente no la demuestra, criticar el reconocimiento cumplido con la sobreseída Rosalba Garzón.

La causal invocada de primero, revela una utilización múltiple y notoriamente incompatible. Se empieza por insinuar que la omisión de esos careos y de la inspección judicial, traduce una inercia imperdonable de quien atendiera la defensa de oficio, lo cual evidencia la nulidad de rango constitucional que contiene el artículo 26 de la Carta. Pero en cuanto a los reconocimientos, y así lo reafirma al mencionar la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya el planteamiento es diverso: sí se efectuaron, pero con tal desapego de la ley que a la postre resulta una prueba desechable. El planteamiento se muestra contradictorio. Trata de alejarse del cuerpo segundo de la causal primera del citado artículo, que no es dable colacionar en juicios con intervención de jurados de conciencia, para forzar su inclusión en la cuarta. Pero lo advertible es un evidente propósito de negarle crédito a la prueba recibida. En efecto, ninguna confiabilidad merece la identificación de un sujeto "alto" en un conjunto de personas bajas. Lo que olvida el memorialista es que a esa actuación asistió, sin protesta, el apoderado del sindicado; que Oscar Mario Villegas procuró desconcertar a la testigo con la conservación de un bigote y "chivera aún incipiente", de los cuales carecía cuando cometió el delito; y, finalmente, que otro reconocimiento, el de Luis Alfredo Sánchez Bohórquez, sucedido a los cuatro días del de Ana María de Jesús Rivera y en las mismas circunstancias, produjo un efecto favorable, puesto que el reconocedor dijo que "dentro de la fila no veía al sujeto referido en sus anteriores diligencias". De donde resulta inconciliable que unas circunstancias se miren como condicionantes de la identificación (Ana María de Jesús Rivera, quien agregó "es el que más se parece" —folio 208—) y las mismas produzcan una diferente consecuencia (Sánchez Bohórquez). Esto demuestra, más bien, la regularidad de la diligencia. Sólo quedaría, entonces, la posibilidad de desconocer el alcance probatorio que le fue reconocido, cuestión bien distinta al enfoque artificioso que le ha dado el censor. En este evento, el tratamiento del tema obedece a supuesto, finalidad y técnica distintos, debiéndose advertir la improcedencia de esta crítica en procesos de jurados.

De otro lado, y la Delegada comenta el asunto, del memorial de pruebas de folio 316 se logró practicar la diligencia de mayor importancia, o sea, la que podía dar lugar a un álibi. El procesado pretendió demostrar que, para el 8 de diciembre de 1977, no estaba en Bogotá, sino en Cali, sirviendo como ayudante de Alfonso Herrera Díaz, en el camión Mack, placa SN-5675. Pero su dueño, el señor Fidel Camacho —folio 324—, desmintió la versión.

Por fuera de estas anotaciones conviene cerrar este acápite con un breve comentario sobre la falta de debida defensa.

La carencia de asistencia tecnico-jurídica, cumplida en forma real y efectiva, no aparece siempre demostrada, porque se enfatice sobre la

ausencia de un esfuerzo probatorio o argumentativo. En autos es evidente que el apoderado de oficio, el que actuó durante el sumario, no solicitó la práctica de diligencias ni intentó cuestionar el valor atribuido a las probanzas, limitándose a interponer el recurso de alzada, contra el auto de proceder, pero sin atender a su sustentación. Pero ésto, por sí, no implica la nulidad alegada. Sobre el particular debe recordarse que "la forma como se ejerce el derecho de defensa en las diversas etapas del proceso, es compleja y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados". Con relación a estas variantes debe tenerse presente que, en algunos casos, el mejor plan de defensa puede consistir en el final aprovechamiento de los vacíos de instrucción, expediente más efectivo que la persistente labor de contradecir cada una de las diligencias practicadas; o, también, guardar razones y dejar que los funcionarios de primera y segunda instancia las expongan, para cargar sobre ellas dialécticamente al momento de la audiencia o al recibir traslado para la alegación definitiva. No faltan las hipótesis de mermada colaboración del defendido por la forma como presenta los hechos, niega información, o se obceca en mostrarse ajeno a la acción, obstáculos que llevan al defensor a remitirse a las etapas finales del proceso, confiando más en el poder de análisis y refutación de lo realizado que en un esfuerzo probatorio incierto o dificultado.

Igualmente debe apreciarse la índole del proceso y los resultados del mismo. Cuando el expediente es rico en posibilidades probatorias para demostrar la inocencia de un incriminado, desaprovechadas inexplicablemente por su defensor, la Corte tendrá que inclinarse favorablemente por la tesis de la nulidad. Pero ante situación opuesta no puede ofrecer igual amplitud de criterio, porque sería tanto como admitir que se pudo haber hecho algo más efectivo y real cuando la verdad aparecía con otras muy diversas características.

La solución del punto no es la misma cuando el juez, dentro de un sistema procedimental inquisitorio, responde acuciosamente a este esquema y agota las posibilidades dilucidatorias, en favor o en contra del procesado, a cuando actúa negligentemente y no ejecuta las más fundamentales diligencias. En el primer caso bien puede decirse que el papel de la defensa, especialmente en la etapa sumaria, ha sido superado y hasta satisfecho. Casi lo que debía solicitarse ha sido cumplido por iniciativa propia del juez. En el segundo evento, la Corte debe ser más severa y estimar que la asistencia profesional pudo tener mayores rendimientos, cancelados por obra de quien estaba obligado a asumir conducta diferente.

Por último, la índole del juicio destaca otra importancia. No es lo mismo, a los fines de la debida defensa, la inercia de los apoderados en la etapa sumarial, tardía y azarosamente corregida con una deficiente alegación de fondo ante un juez de derecho, que asumir, inicialmente, igual actitud, pero modificada eficaz y brillantemente con una intervención ante el jurado de conciencia. Si esto último ocurre, como sucedió en el caso examinado, no hay motivo válido para exhibir una inflexible crítica de la labor de la defensa, llevándola hacia un fenómeno invalidante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, tan equitativamente desarrollado por la jurisprudencia.

El cargo no prospera.

Respecto de la segunda causal, se anota:

El apartado legal que se cita por el recurrente (Art. 580, causal 1ª, cuerpo 1º), corresponde a la violación directa de la ley. Pero la presentación del cargo, así como la cita jurisprudencial que se hace en abono del mismo, se refiere al cuerpo segundo de la mencionada causal. Esto bastaría, conforme a reiteradas y pacíficas decisiones de la Corte, para desechar el cargo, pues el impugnador no acierta en la selección de la fórmula legal de acusación y por tanto se le escapa la exigible precisión y rigor técnicos. Ya se sabe que las violaciones directa o indirecta de la ley, responden a distintos presupuestos y deben traducir un diferente planteamiento, así como que no es dable alegarlas en toda clase de procesos.

Repárese que cuando se invoca el cuerpo primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, debe aceptarse la valoración probatoria señalada en la sentencia, lo que no ocurre con la violación indirecta de la ley. Pues bien, el recurrente acude a aquella, pero simultáneamente estima que el fallo se apoyó en una prueba que no podía considerarse en forma válida, por haberse apartado al proceso con violación de las normas que regulan su producción. No se sabe, entonces, a ciencia cierta el real encuadramiento que quiere darle el impug-

nador a su demanda y la Corte no puede suplir esta fundamental deficiencia.

De otro lado, y este es aspecto que la Delegada recuerda y sobre el cual existen abundantes e incontrovertibles pronunciamientos en juicio de los cuales interviene el jurado de conciencia, por lo mismo que no obedecen a un patrón o mérito legal de la prueba, no es admisible cuestionar errores de hecho o de derecho. Sería tanto como desconocer la autonomía de su función, la esencia que caracteriza a estas decisiones y llevar la discusión a un punto en el cual no es posible establecer necesarias confrontaciones. Por eso el Ministerio Público acierta cuando esta situación la define con el siguiente concepto: "Como el jurado no está obligado a expresar sobre qué pruebas basó su veredicto, resulta imposible concretar el error atribuido". El censor escoge algunas de ellas, pero no puede demostrar fehacientemente que las mismas llevaron al jurado a responder afirmativamente la cuestión propuesta y que sólo sopesó tales factores.

El cargo tiene que desecharse.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el parecer de su colaborador fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve NO CASAR el fallo indicado ya en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. PARTE NO RECURRENTE

No obstante no haber recurrido, las partes que están en esta situación tienen derecho a hacerse oír (Art. 578 del C. de P. P.), mas no con la misma amplitud de las partes recurrentes

---

PECULADO

No sólo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado, pueden cometer delito de peculado, sino las que lo reciben en consideración a sus funciones

---

REDACCION DE PROVIDENCIAS. AUSENCIA DE RITUALIDADES. ACTA DE LA AUDIENCIA PUBLICA. FALTA DE LA FIRMA DEL JUEZ

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 15 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 49.

Vistos

Contra la sentencia de 5 de marzo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali revocó la absolutoria proferida por el Juzgado Quinto Superior de esa ciudad y, en su lugar, condenó a Gonzalo González Figueroa, Tulio Enrique López, Oscar Hernán Pabón Paz y Gerardo Albán Agredo a la pena principal de cuatro (4) años de prisión por los delitos de peculado y falsedad, y a Diego Montes Arango a la de seis (6) meses de arresto por el de peculado en la modalidad de culposo, pena cuya ejecución le fue suspendida, interpusieron los defensores de López Hurtado y Albán el recurso extraordinario de casación que les fue concedido, y que, al llegar el expediente a esta Sala, se declaró admisible y fue tramitado debidamente, siendo de advertir que en la parte final de dicho trámite y en la etapa del traslado a la parte no recurrente, fue conferido poder por Gonzalo González Figueroa al mismo abogado que formuló, en nombre de López, la demanda de casación, quien aparece, así, alegando en favor de ambos.

Hechos y actuación procesal

Aquellos pueden resumirse diciendo que el Municipio de Cali sacó a remate por intermedio de los talleres del mismo el 18 de noviembre de 1977, varios elementos, entre ellos una volqueta de su propiedad y que quedó detallada bajo el número 47, identificándose con la placa número 13-25, número de motor 4852015, número de chasís 4800014743, modelo 1969.

Empero, por las circunstancias que se mencionan a continuación, esa volqueta, en vez de quedar identificada para remate del modo como se deja visto, fue expuesta a la licitación con las características correspondientes a la volqueta número 48, también de propiedad del municipio, pero perfectamente buena y que se identificaba así: Marca "Magiruz", número de placa 1324, motor número 4852061, número de chasís 48000-14763, modelo 1969.

Según aparece de los autos, el proceso seguido en los remates de vehículos pertenecientes a los

Talleres del Municipio de Cali, comprende varias etapas, entre las cuales se tiene, en primer término la programación del remate y elaboración del listado de efectos a rematar, hecho por el Ingeniero Jefe y el Inspector de equipo, con la ayuda de los funcionarios y empleados que trabajan en dichos talleres, y desde luego con la del Supervisor o Coordinador de los mismos, cargo que para la época de los hechos lo desempeñaba Tulio Enrique López Hurtado. Ese mismo personal elaboraba la programación e identificación del equipo a rematar, con las características propias de cada elemento o vehículo. Ese listado lo hizo en este caso, por orden del Jefe de Maquinaria Pesada, doctor Diego Montes Arango, por el Inspector de Equipos de dichos Talleres, Gonzalo González Figueroa, quien lo elaboró a mano y luego lo pasó a la señorita Giovanna Cruz, Secretaria de Talleres, para que lo pasara en limpio para incorporarlo luego a los carteles de remate ya con la numeración y descripción de los bienes que iban a ser rematados. Esa lista era revisada por el Jefe de Maquinaria, doctor Montes, firmada por él, enviada luego al Secretario de Servicios, quien hacía avaluar los vehículos y demás elementos, entregada con los avalúos al Jefe de Servicios Administrativos y publicada por último en los periódicos. Ese listado lo firman, en definitiva, el Jefe de Maquinaria Pesada y el Inspector de Equipo.

Según aparece del acta de remate, el lote número 29 del que hacía parte la volqueta buena fue adjudicado a Gerardo Paz Agredo, quien pagó por ella la suma de noventa y cinco mil pesos sobre un avalúo de noventa mil.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal, habiéndose oído sin juramento durante la etapa investigativa a Diego Montes Arango, Jefe de Maquinaria Pesada, Gonzalo González Figueroa, Inspector de Equipos, Tulio Enrique López, Supervisor y Coordinador de Talleres, Oscar Hernán Pabón, Mecánico de Talleres y Gerardo Albán, adjudicatario del vehículo.

Le correspondió el conocimiento del proceso al Juez Catorce Penal del Circuito de Cali, pero como este funcionario considerara que se había cometido también el delito de falsedad en documentos, determinó enviarlo a los Juzgados Superiores, habiéndosele repartido al Quinto de esa categoría, el cual cerró la investigación y llamó a juicio a los sindicados Montes Arango, González Figueroa, López y Pabón por el delito de peculado culposo, sobreseyó temporalmente en su favor por el de falsedad y definitivamente en el de Gerardo Albán.

El Fiscal del juzgado apeló de esta decisión y el Tribunal la modificó para llamar a Montes Arango por peculado culposo, al paso que sobreseía definitivamente en su favor por falsedad. Así mismo llamó a los restantes sindicados a responder en juicio por peculado doloso y falsedad en documentos públicos, delitos por los cuales enjuició también a Gerardo Albán, ordenando que éste entregara el vehículo y disponiendo la captura de los procesados, de los cuales sólo se consiguió la de González Figueroa.

En el plenario de la causa se practicaron algunas pruebas pedidas por los defensores de los procesados.

Una vez verificada la audiencia, el juzgado profirió la decisión de fondo, por medio de la cual absolvió a los inculpados. Pero el Tribunal al conocer del proceso por vía de consulta, le revocó y dictó la sentencia que ahora es objeto de casación.

En dicha providencia el Tribunal recuerda que los encausados tenían interés especial en ayudar a Gerardo Albán Agredo para que adquiriera la volqueta número 48 que estaba en buen estado, en lugar de la número 47, que era la rematada, y que se encontraba prácticamente inservible.

Agrega que aquellos, en lugar de poner en conocimiento de sus superiores lo que estaba sucediendo, esto es, el cambio de una volqueta por otra, se abstuvieron de hacerlo. Y especifica que fue con motivo de los errores de mecanografía al pasar del borrador la lista de los objetos relacionados para la subasta como se pudo hacer el cambio generador del error ya señalado.

Hubo, dice el Tribunal, un propósito doloso de trastornar las cosas. Por eso el procesado Gonzalo González Figueroa elaboró dos listados diferentes para inducir en error al funcionario encargado de la licitación (Fl. 845 Cdno. principal).

En síntesis, sostiene el Tribunal que los procesados estaban al tanto de lo que ocurría, vale decir, que, conociendo el estado de los elementos puestos a remate, particularmente de las volquetas, propiciaron, con su silencio y con los errores que contenía el borrador, con base en el cual se hizo la lista definitiva de dichos elementos, que se rematara la volqueta buena en lugar

de la deteriorada, todo ello con el propósito de favorecer a su amigo Albán Agredo y de perjudicar al municipio.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Alegando únicamente en el ámbito de la causal cuarta de casación, formula el actor sus objeciones a la sentencia recurrida, agrupándolas en dos partes: una de nulidades de tipo constitucional y otra de las de naturaleza legal. En aquélla señala ocho (8) motivos y dos (2) en ésta.

En los apartes siguientes se resumen por separado cada censura y con ella la respuesta del Ministerio Público, representado en el presente recurso por el Procurador Tercero Delegado Penal.

Nulidades constitucionales

Primera. Mala redacción de la sentencia.

Sostiene el censor que la providencia recurrida no se ciñó a los cánones legales que, para tal tipo de decisiones, señala el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal.

Reproduce esta norma y dice que la sentencia no hizo expresa mención de los hechos que se estimaron probados, ni los dividió en párrafos numerados, ni señaló cuáles fueron los fundamentos de la imputación hecha a Tulio Enrique López Hurtado.

Critica que no se hubieran indicado los nombres y apellidos de los procesados.

Replica el Ministerio Público, que no es necesario seguir estrictamente en la sentencia el orden indicado por la norma citada, "sino determinar suficientemente los hechos que se consideren demostrados, su calificación legal y las circunstancias, como base de la decisión que debe adoptarse", todo lo cual aparece en la providencia recurrida.

Segunda. "En el auto de proceder, dice el actor, no se estableció nítida y claramente cuál o cuáles de los enjuiciados era el autor o autores. Comprendido el autor o autores intelectuales y los coautores y el cómplice o cómplices necesario o no necesario, necesarios y no necesarios" (sic).

Acepta, empero, más adelante que la especificación reclamada se hizo respecto a Gerardo Albán y Diego Montes Arango, pero que en relación a González Figueroa, López y Pabón, sólo se dijo que su actuación encuadraba en el delito de peculado sin señalar si eran autores, cómplices o encubridores.

Lo mismo, dice, ocurrió respecto a la falsedad documental, pues no dice la sentencia quién o quiénes fueron los autores de la falsa información, cuáles los cómplices y los encubridores.

Aprovecha esta censura para alegar que su defendido nada tuvo que ver con la elaboración de los listados y que su oficio era el de "buldozero", encargado de ver el equipo y revisar el taller, para darse cuenta de que éste estuviera trabajando.

No obstante acepta que en la sentencia condenatoria se mencionaron los artículos 24 y 25 del Código Penal, así como el 26, el 42 y el 53 del mismo ordenamiento.

La Procuraduría, luego de transcribir algunos apartes del criticado auto de vocación a juicio, concluye que los cargos contra los procesados y particularmente el poderdante del censor, sí fueron formulados con precisión, por lo cual considera infundado este cargo.

Tercera. Afirma el censor, sin ensayar ninguna demostración de este cargo, que el auto de proceder no precisó la norma indicadora de la modalidad del concurso.

Se limita, a manera de apoyo de la censura, a transcribir lo pertinente de los artículos 31 y 33 del anterior Código Penal.

El Ministerio Público replica diciendo que en la parte resolutiva del auto criticado, se dice con claridad que a los procesados se les enjuició por el delito de falsedad documental, "en concurso material con el delito de peculado" (Fl. 625, Cdno. Nº 1), lo cual deja sin fundamento el cargo examinado.

Cuarta. Alega el demandante que se violaron las formas propias del juicio, porque la sentencia menciona una norma, pero no ajusta a ella la sanción.

Se refiere a que, habiendo citado el artículo 24 del Código Penal, no hizo la rebaja que esa norma comporta.

Responde la Procuraduría que la simple cita de la norma en cuestión no hacía obligatoria la rebaja siempre que la pena se ajustara, como sucede en el presente caso, a los cargos formulados contra el procesado.

Quinta. Hace consistir esta censura en que no se indicó en el auto de proceder la disposición violada.

Se refiere al hecho de que no se hubiera citado el artículo 154 del Código Penal en el auto del Tribunal como sí se hizo en el del juzgado. Transcribe, empero, un aparte de la providencia de aquél en que aparecen mencionados los artículos 133, 137 y 138 del mismo ordenamiento.

El Procurador hace ver que el Tribunal cambió el enjuiciamiento referente a peculado culposo por el doloso, y que si bien no citó la norma referente a este último, no dejó, en cambio, duda sobre la modalidad de dicho delito, por la cual estaba enjuiciando.

Sexta. "No se resolvió, dice el censor, la situación jurídica del indagado Julián Olave Muñoz".

Transcribe apartes de una providencia del juez del conocimiento para hacer ver que en ella se menciona a la persona citada para decir que aparece como responsable de peculado culposo porque pudo haber "detectado" (sic) la inclusión en la segunda lista pasada por los talleres de la volqueta v-48 y que le faltó, entonces, atención en el cumplimiento de sus obligaciones.

Señala que dicha persona fue indagada y aun careada con Gonzalo González, pero que no se le definió su situación jurídica, lo cual, a su entender, constituye violación de las "normas propias del juicio criminal".

No lo piensa así el Procurador Tercero, para quien no existe irregularidad, sino que simplemente se configura la hipótesis prevista por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, o sea la de la existencia de otro partícipe en la infracción, cuya situación puede definirse por un proceso distinto, lo cual resulta lógico en este caso, ya que no podía serlo en el presente por cuanto la vinculación de Olave se ordenó en el auto enjuiciatorio, lo que quiere decir que no podía decidirse definitivamente en la sentencia acusada.

Séptima. Hace consistir el actor esta censura en que el Tribunal dio valor jurídico a un acto que aquél considera inexistente, pues el acta de la audiencia pública no fue firmada por el juez, lo que la hace nula, según doctrinas de esta Sala que transcribe, y en que se dice que la única firma indispensable en el acta mencionada es la del juez, por lo cual pueden faltar en ella las de otros de los concurrentes a la audiencia.

Considera el Ministerio Público que, pese a la innegable irregularidad que señala el actor, no hay nulidad porque no existen dudas de que la audiencia pública se llevó a cabo, y de que la dirigió el juez de la causa y, que la sola falta de la firma de ésta no es óbice para la validez del documento.

Cita otra sentencia de esta Sala en que se dice que la ausencia de la firma del juez no engendra nulidad, si por otros medios se puede establecer que la audiencia se celebró debidamente.

Octava. Dice el censor que "arbitrariamente fueron reemplazados los defensores de los procesados".

Alega que al proferirse el llamamiento a juicio en primera instancia contra Tulio Enrique López, Gonzalo González Figueroa y Oscar Pabón, por el delito de peculado culposo, ellos designaron su defensor que se posesionó debidamente y le fue notificada dicha decisión. Y que a Diego Montes Arango también se le nombró defensor y se le notificó el auto enjuiciatorio.

Que habiendo renunciado el defensor de los tres primeros, el juzgado le aceptó la renuncia y nombró uno nuevo que también se posesionó y se notificó.

Pero que el Tribunal, al resolver la apelación de dicho auto ordenó emplazar a tres de ellos y luego los declaró reos ausentes y procedió a nombrarles defensor de oficio, sin razón para ello, puesto que ya tenían uno debidamente posesionado.

Replica la Procuraduría diciendo que el modificar el Tribunal la situación de los enjuiciados llamándolos a responder por peculado doloso en vez del culposo que les atribuyó el juez de la causa, era su obligación designar nuevamente defensor, ya que no acudieron a notificarse de la providencia de segunda instancia y, por lo tanto, no designaron defensor, por lo que el Tribunal debió hacer la nominación de uno de oficio, sin lo cual aquellos hubieran reclamado.

Pasa a continuación el demandante a formular las que llama "nulidades de orden legal", dando por terminadas las de rango constitucional, que son las que se dejan resumidas en los apartes anteriores.

Así se tiene:

Primera. "En el auto enjuiciatorio, expresa, se incurrió en error relativo a la época en que se cometieron los ilícitos que ahí se mencionan".

Se extiende en forma prolija el censor sobre el contenido de esta crítica que hace a la sentencia, pero empieza por transcribir un párrafo de la providencia censurada en que se dice por el Tribunal que el Municipio de Cali sacó a la venta pública —subasta—, varios vehículos usados de su propiedad, el día 18 de noviembre de 1977 y que hizo referencia al acta de subasta que también tiene esa misma fecha.

Pero avanzando en la lectura de este cargo aparece que lo que ataca el actor es que no se haya dicho la época de preparación e identificación del equipo que iba a ser rematado, lo cual, reconoce, es un proceso "dispendioso, enredado y farragoso".

Esta omisión la considera causal de nulidad por cuanto, dice, ha dificultado en sumo grado la defensa, particularmente porque no ha permitido dilucidar lo referente a la prescripción por faltar la fecha inicial de los "actos preliminares", es decir, la época en que nació el delito o delitos.

Remata este cargo diciendo: "Es menester inquirir cuál es la época en que el delito fue preparado necesariamente. Mientras ello no ocurra, el numeral 5º del artículo 210 de la Ley de Procedimiento Penal conserva toda su vigencia, el juicio es nulo y la sentencia se pronunció en un juicio criminal viciado de nulidad".

Para la Procuraduría si bien no se pueden señalar las fechas de cada una de las etapas o pasos seguidos en el proceso de remate de los bienes objeto de tal diligencia, sí ha sido suficientemente fijada la de todo el episodio que culminó en el remate, con lo cual se cumple el requisito legal que echa de menos el demandante.

Segunda. "En el auto calificatorio se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

Después de transcribir, por extenso, apartes de una doctrina de esta Sala sobre el delito de peculado y sus diferencias con el de abuso de confianza, alega que su defendido Tulio Enrique López, cuyas funciones eran las de Jefe de Talleres "en manera alguna entró en posesión de la volqueta ni dispuso de ella". Por lo cual no pudo ser agente del delito de peculado.

Señala el censor que "a todo lo largo del proceso se trata de engaños, de confusiones, de errores por medio de artificios o engaños que nos llevan a pensar en un delito de estafa y no de peculado".

Hace varias citas del auto de proceder y de la sentencia en que se mencionan "procederes maliciosos", "artimañas dolosas", "engaño", etc., para concluir que "lo violado es, en consecuencia, en el Código Penal de 1936, por haber acaecido el ilícito durante su vigencia, el artículo 408 ..." que transcribe a continuación.

El Ministerio Público sostiene que el cargo no soporta análisis porque, tratándose de un bien del Estado del que se apropiaron, merced a maniobras y actitudes irregulares y dolosas los procesados, quienes tenían a su cargo el cuidado y mantenimiento del mismo, no puede hablarse de error en la calificación que se hizo de la conducta como peculado, sino que ésta, por el contrario, es exacta.

La circunstancia de haberse recurrido a engaños o maniobras para obtener la posesión del bien, no significa que se trate del delito de estafa, pues sigue predominando su carácter fiscal y la forma como estaba afecto a la administración pública, así como la posición de los procesados respecto al mismo.

Escrito de parte no recurrente

Al darse traslado a las partes no recurrentes, el procesado Gonzalo González confirió poder al mismo abogado que representa a López Hurtado y que, en esta última calidad, había formulado la demanda que se deja resumida en los apartes anteriores.

Dicho profesional presentó en esta oportunidad no un alegato de parte no recurrente sino, como él mismo la llama, "demanda de casación", que se resume en seguida sin perjuicio de hacer referencia a ella más adelante.

Dice la parte no recurrente que formula tres cargos a la sentencia recurrida, dos de ellos por nulidad en la denominación genérica del delito y el tercero por nulidad constitucional por violación, según dice el censor, de las formas propias del juicio.

Primer cargo. Dice el demandante que se incurrió en nulidad de la especie que se menciona por cuanto, en su concepto, se enjuició a Gonzalo González Figueroa por el delito de falsedad documental en vez de haberlo hecho por el de estafa.

Se basa en que, a su modo de ver, el listado que entregó González a la secretaria de talleres y en que se mencionaba la volqueta número v-

47, como la que iba a ser objeto de remate, no es un documento ni menos un documento público, sino un simple borrador.

Segundo cargo. Alega él, en este caso, apoderado de la parte no recurrente, que hubo error en la denominación genérica del delito, porque no debió llamarse a juicio por el de peculado, sino por el de estafa.

Como fundamento de su alegación expresa que ninguno de los procesados tenían la función específica de administrar, recaudar, pagar, ni siquiera cuidar la volqueta en mención. Eran simples trabajadores oficiales y, por lo tanto, el hecho que se les atribuye no fue ejecutado con ocasión del cargo, ni por razón de sus funciones y la salida del vehículo de los talleres oficiales, lograda por medio de engaño, según dice el Tribunal, no constituyó un peculado, sino una estafa.

Tercer cargo. Afirma la parte no recurrente, por intermedio de su apoderado, que "no existe procesalmente válida la diligencia de reconocimiento y avalúo del daño en el patrimonio de la administración pública", porque, según su concepto, faltó el requisito de la identificación correcta de uno de los avaluadores del vehículo.

Señala, además, que en las diligencias de avalúo faltan firmas y concluye que las dos diligencias de justiprecio del bien son irregulares y por consiguiente, no se ha demostrado el daño a la administración pública y no existe el delito de peculado.

Naturalmente, el Ministerio Público no tuvo oportunidad de examinar estos cargos por cuanto, según se viene diciendo, el apoderado representaba, en esta oportunidad, no a uno de los recurrentes, sino a una parte no recurrente, a las cuales se les da traslado después de que la Procuraduría conceptúa.

Como se deja dicho; más adelante la Sala examinará si la parte no recurrente puede formular cargos y si llega a conclusión afirmativa, se detendrá en los que se acaba de resumir.

Consideraciones de la Corte

Va a referirse la Sala a las objeciones del actor en el orden de presentación por haber sido todas ellas, como se deja señalado, expuestas dentro de una misma causal, la cuarta que, además, de acuerdo con la técnica de casación es de preferente examen.

Se advierte, además, que la Corte está en un todo de acuerdo con la Procuraduría y hace suyas las razones que ha expuesto a propósito de los cargos y que se dejan también resumidas con cada uno de ellos.

Primer cargo. No existen ritualidades en materia de redacción de providencias, cuyo desconocimiento pueda generar nulidad.

El Código de la materia ha señalado en el artículo 171 los elementos esenciales de una sentencia, más que todo con el ánimo de indicar un orden lógico de los mismos con la mira de que esa clase de decisiones tengan la claridad y lógica que se espera de las decisiones de mérito, dada su importancia, no sólo para el proceso sino para el orden jurídico en general.

Pero si una sentencia tiene una clara relación de los hechos, un adecuado análisis de pruebas, una exposición sólida de razones y una conclusión clara y fundada en lo dicho por la misma providencia, ésta no puede llamarse, en forma alguna, nula.

La Sala no observa que en la sentencia recurrida se haya faltado a las reglas fundamentales del raciocinio, ni omitido elementos esenciales a la formación del juicio, razón por la cual encuentra sin fundamento la censura examinada que, por lo tanto, debe desecharse.

Segundo cargo. La falta de especificación del grado en que los procesados participaron en los ilícitos por los cuales se les llamó a juicio, no existe.

Pretende el autor que se hubiera hecho en el auto de proceder una clasificación de los mismos, de acuerdo con el punto de vista indicado.

Pero ocurre que todos ellos fueron considerados autores, es decir, partícipes en el mismo grado, o sea la autoría, de las infracciones.

Esto lo expresa en forma clara dicha providencia cuando los califica de partícipes, como hace en la parte referente a López Hurtado, o bien habla de "confabulación" al referirse a Pabón Paz (Fl. 620 v.).

Esta paridad que establece el Tribunal en las actuaciones de los comprometidos en las acciones punibles, se refleja en la igualdad de pena, ya que a todos impone (salvo a Diego Montes Arango, a quien se atribuyó peculado culposo) la misma sanción corporal de cuatro años de prisión.

No tenía, en consecuencia, por qué hacer las calificaciones y grados de participación de que habla el censor y su crítica carece, por ello, de fundamento.

Tercer cargo. No solamente el demandante no intentó siquiera fundamentar este cargo, sino que basta la simple lectura del auto de proceder para convencerse de que no le hubiera sido posible hacerlo, ya que no es cierto, como afirma, que no hubiera señalado la clase de concurso en que se dice están los delitos imputados, pues claramente se dice en dicha providencia (Fl. 625, Cdno. Nº 1), que se trataba del material entre falsedad y peculado.

No se acepta, por lo tanto, esta censura.

Cuarto cargo. La invocación de las formas propias del juicio a propósito de esta censura, no puede ser más infundada.

La mención en la parte motiva de una providencia de una norma como aplicable y su no aplicación en la resolutiva no viola las formas propias del juicio, sino que indica falta de armonía entre las dos partes de la providencia, lo cual es defecto, no importa de cuál forma de juicio se trate.

Pero es que tampoco tendría cabida en este caso la crítica que hace el censor a la sentencia, pues pese a la mención hecha del artículo 24, no era obligatorio hacer la rebaja de pena que señala esa norma ya que, como se deja dicho, no se trata de un caso de complicidad, sino de coautoría y aquella mención no pasó de ser un yerro del juzgador que no lo obliga.

Quinto cargo. La falta de mención en el auto enjuiciatorio de las normas violadas, por sus números, no es causal de nulidad, en tanto la referencia a los tipos legales correspondientes se haga en forma precisa e inconfundible.

En el presente caso no ha existido la menor duda de que el enjuiciamiento se hizo por falsedad en documentos públicos, es decir, la conducta contemplada por el artículo 231 del anterior Código Penal y el 219 del nuevo y por peculado doloso (menos para Montes Arango), en la forma contemplada por los artículos 3º del Decreto 1858 de 1950 y artículo 133 del nuevo Código Penal.

Estas referencias típicas fueron confirmadas en la sentencia recurrida con la mención expresa de las normas que se consideraron violadas, como lo reconoce el mismo censor.

No es aceptable la censura.

Sexto cargo. La ausencia de decisión sobre la suerte de Julián Olave Muñoz en la sentencia definitiva, no es causal de nulidad del proceso porque, como bien lo puntualiza la Procuraduría, no podía hacerse tal cosa allí, pues dicho individuo sólo fue vinculado a éste con posterioridad al auto de proceder, esto es, en la etapa del juicio, lo que quiere decir que no era posible entrar a calificar, para él, el mérito del sumario y no queda abierto otro camino que el de ordenar, conforme al artículo 482 del Código de Procedimiento Penal que se saque copia de lo pertinente a dicho sindicado y se inicie un proceso separado.

Séptimo cargo. La falta de la firma del juez en el acta de la audiencia pública, es ciertamente una notoria irregularidad y esta Sala ha llegado a decir, como en la sentencia que cita el censor, que es la única indispensable.

Pero también ha expresado en otra oportunidad que la falta de la firma del juez no genera nulidad, como aparece en la sentencia de fecha 20 de abril de 1979, citada por la Procuraduría y en la cual se dijo que "la ausencia de la firma del juez en el acta de audiencia pública no engendra nulidad ni menos inexistencia de tal acto, si por otros medios idóneos para el efecto, se puede establecer nítidamente que la audiencia pública se celebró dentro de los ritos formales que manda la ley".

O sea, armonizando las dos providencias, que cuando no es posible, por medios distintos al acta de audiencia, establecer lo que pasó en ésta, la firma del juez es indispensable. Pero no cuando existe la citada posibilidad.

Es esto último lo que ha ocurrido en el presente caso, en que no sólo aparecen las demás firmas en el acta de audiencia sino que nadie, ni siquiera el mismo demandante, ha dicho que tal diligencia no se hubiera llevado a cabo o que en ella dejaran de cumplirse las formalidades legales.

Octavo cargo. El nombramiento de nuevos defensores una vez modificado por el Tribunal el auto calificatorio del sumario, pudiera considerarse una nulidad constitucional si con esa actuación se hubiera vulnerado el derecho de defensa o desviado de manera grave el curso del proceso apartándolo de las normas fundamentales prescritas por el legislador.

Pero en el presente caso no ocurrió ninguna de las dos cosas. No se vulneró el derecho de defensa de los procesados, ya que éstos tuvieron que ser emplazados, se les declaró reos ausentes y se les nombró defensores, porque ellos, a excepción de González Figueroa, no comparecieron a las resultas del juicio. El proceder del Tribunal se ajustó en un todo a lo dispuesto por el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal.

Y no se desvió el proceso, pues no fue separado de las líneas que le traza el Código, que señala las formas del juicio ordinario a las cuales se ciñeron tanto el juzgado como el Tribunal.

Pero aun estimando que hubiera existido una irregularidad por creer que debió notificarse la providencia de segunda instancia a los defensores que ya tenían los encausados, no se puede decir que se hubiese incurrido en nulidad.

No prospera este cargo.

Cargos por nulidad legal.

Primer cargo. No es verdad, como lo afirma el censor, que aparezcan inciertas las fechas de comisión de los delitos por los cuales fueron juzgados el recurrente y las demás personas mencionadas.

Si bien es cierto que el proceso de remate, considerado en su totalidad, esto es, desde que se toma la decisión de sacar a venta pública al mejor postor un bien o una pluralidad de bienes, hasta que se adjudican y entregan a quien los remata, es largo y laborioso no puede decirse que exista confusión respecto al momento de comisión de los ilícitos relacionados con el mismo.

En el presente caso no hay incertidumbre respecto a la época de comisión de los delitos de falsedad y peculado atribuidos al recurrente y a los demás procesados.

Se sabe a ciencia cierta en qué momento se verificó la alteración de la verdad en el listado de los lotes sacados a remate, particularmente el número 29 en que estaba la volqueta buena haciéndola pasar por la inservible.

Ese momento fue aquel en que la Secretaria Giovanna Cruz pasó en limpio y para el conocimiento de las autoridades y de los presuntos postores del remate la lista de los bienes a rematar, con sus características, porque allí se atribuyeron a una volqueta, las que correspondían a otra con el fin de que se pudiera vender o rematar la buena por la inservible.

Y el momento consumativo del peculado por apropiación fue aquél en que la mencionada volqueta pasó a manos del mejor postor, o sea de Gerardo Albán, lo que ocurrió el día del remate, esto es, el 18 de noviembre de 1977.

La vaguedad de fechas o el desconocimiento de aquellas en que hubieran tenido lugar los actos que el mismo censor llama "preparatorios" no tiene importancia, pues se está frente a un procesamiento por delitos consumados y son por lo tanto, los actos de consumación, no los de preparación, los que cuentan a efecto de considerar perfeccionados los ilícitos.

Se rechaza en consecuencia esta censura.

Segundo cargo. El error en la denominación jurídica del delito que hace consistir el recurrente en haber llamado "peculado" a lo que él considera una estafa, tampoco existe.

Considera el actor que López Hurtado no pudo cometer el ilícito primeramente mencionado, porque nada tenía que ver con los remates ni entró en posesión de la volqueta, ni menos, dispuso de ella.

Agrega que, de otro lado, el sentenciador ha dicho repetidamente que hubo maniobras engañosas para sacar el bien de la esfera de disponibilidad del municipio, lo que apunta directamente al delito de estafa, aunque tampoco sea dable descartar un abuso de confianza.

Conviene recordar que *de acuerdo con repetidas doctrinas de esta Sala, no sólo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado pueden cometer el delito de peculado sino, como lo expresa la sentencia, cuyos apartes principales ha transcrito el actor, las que lo reciben en consideración a sus funciones.*

O sea que se requieren tres condiciones fundamentales para que se tenga que responder penalmente por la apropiación o aplicación oficial diferente del bien: que el agente sea un funcionario o empleado público o, como dice el Código Penal vigente "empleado oficial", que se le haya entregado un bien en administración o custodia en razón de o con relación a sus funciones y que disponga de él en modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellos.

Respecto a esta última condición hay que decir que no se requiere una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente

como parte de sus funciones, sino que basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función que aquélla no hubiera sido posible sin ésta.

En referencia al caso concreto y teniendo en cuenta que López Hurtado tenía en los Talleres del Municipio de Cali el cargo de Coordinador o Supervisor, lo que le daba injerencia en la entrada, salida y la reparación de los vehículos que eran allí llevados para ese efecto, no es posible negar su relación directa con tales bienes y que, en tal carácter, intervino directamente en la escogencia de aquellos elementos que debían ser subastados, contribuyendo no sólo a que se incluyera en los listados la volqueta buena en lugar de la mala, además de lo cual se comprometió de antemano el arreglo de aquélla cuando ya estuviera en manos del particular que hiciera el remate.

Y no sólo hizo eso sino que, efectivamente, cuando el vehículo después de haber sido rematado, iba a ser reparado, contribuyó a que se le llevara a determinado taller, precisamente el que había montado un antiguo subordinado del propio López y en donde éste participó en la reparación.

Ahora bien, no es dudoso que López Hurtado tomó parte no sólo en la maniobra engañosa tantas veces señalada, sino también en el hecho de sacar la volqueta de los Talleres Municipales, una vez hecho el remate, todo lo cual lo llevó a cabo valiéndose de la calidad oficial anotada que le daba acceso al bien y le permitía contribuir a su disposición.

Y aun cuando ese vehículo no le había sido directamente entregado a él, no cabe dudar de que en su calidad de funcionario encargado de coordinar el trabajo de los Talleres, le correspondía una obligación de vigilancia o custodia sobre los vehículos llevados allí para ser reparados.

Y no desvirtúa la existencia del peculado, el hecho de que la inclusión del vehículo en los listados se hubiera logrado mediante engaño.

Presentes los elementos ya señalados del delito en mención, no importa la forma como el bien sea sustraído de la esfera oficial de custodia o pertenencia. Por lo general el agente se vale de maniobras engañosas para lograrlo, o bien lo hace en forma clandestina, pudiera decirse furtiva. Pero ni aquéllas convierten la infracción en estafa, ni ésta en hurto. Predomina, como lo dice la Procuraduría, el carácter oficial del bien. E igualmente, agrega la Corte, el del agente y la vinculación de ese bien a la función del sujeto activo del ilícito.

Luego no es cierto, como lo pretende el censor, que se esté frente a un delito de estafa o de abuso de confianza y por eso el cargo no puede ser aceptado.

Agotado el examen de las tachas que el recurrente Tulio Enrique López Hurtado ha presentado por intermedio de su apoderado, es necesario manifestar que la Sala no va a ocuparse de las que ha expuesto este último a nombre del no recurrente Gonzalo González Figueroa por las razones que, a continuación, expone:

La reglamentación legal del recurso extraordinario de casación, contenida en el capítulo primero del Título IV del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal, es de carácter restrictivo, vale decir, limita estrictamente tanto la procedencia del recurso, como las partes del mismo y, en determinados casos, la cuantía para recurrir.

Además, señala los requisitos de la demanda y la somete al trámite de la admisibilidad.

De otro lado, exige oír la voz del Ministerio Público sobre las pretensiones del demandante, de manera que establece un contradictorio debate en torno a ellas.

Como obligación imperativa impone (Art. 581 del C. de P. P.) la prohibición de ocuparse de causales distintas a aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes.

Ciertamente establece que de la demanda se corra traslado a quienes no sean recurrentes "para que formulen sus alegatos" (Art. 578 ibidem*).*

Los no recurrentes pueden ser el Ministerio Público, uno o más de los procesados o la parte civil.

Su posición frente a la sentencia recurrida es de variada categoría: adversa totalmente a la misma, adversa sólo en forma parcial o por el contrario, favorable a ella.

Una parte no recurrente puede tener esta posición, bien porque no haya querido impugnar la sentencia, o porque no haya podido hacerlo. Su situación, empero, será la misma en ambos casos, pues la ley establece un término para recurrir, cerrado el cual se pierde la facultad de

hacerlo, no importa cuáles sean los motivos para no impugnar la sentencia.

No obstante no haber recurrido, las partes que están en esta situación tienen derecho a hacerse oír. Así lo establece la norma atrás citada (Art. 578 del C. de P. P.).

Pero el ámbito en que están facultadas para actuar en casación no puede tener la misma amplitud que el de las partes recurrentes.

El de aquellos que tienen interés en que se mantenga la sentencia están limitados por la misma. Es decir, no pueden pedir nada distinto a lo que se les concedió en ésta.

Los que, por el contrario, están interesados en que se remueva, ya sea total o parcialmente la providencia recurrida, no pueden alegar causales ni motivos distintos a los de las partes recurrentes.

Darles mayor amplitud que a éstas para que presenten causales distintas o aleguen, dentro de las ya presentadas, motivos diferentes, sería ilógico porque equivaldría a igualarlas con las partes recurrentes y vendría a ser lo mismo recurrir que no hacerlo, pues, al fin y al cabo, se tendría la misma oportunidad e igual amplitud de impugnación, lo cual no puede admitirse. Alguna diferencia debe haber entre recurrir y no hacerlo, esto es, entre hacer uso y no hacerlo de una facultad procesal.

Aplicando estos principios al caso del procesado no recurrente, Gonzalo González Figueroa, quiere decir que la Sala no puede entrar a ocuparse de motivos distintos a los ya expuestos por el mismo apoderado en su alegato para López Hurtado y que se dejan atrás analizados y sobre los cuales estima la Sala que no es necesario agregar más a lo que en aquella oportunidad se dijo.

Los otros motivos de nulidad diferentes, o sea el de que no se debió enjuiciar por falsedad documental, sino por estafa y el de que "no existe procesalmente válida la diligencia de reconocimiento y avalúo del daño a la administración pública" (cargos primero y tercero, respectivamente, de la demanda de parte no recurrente) no pueden ser examinados por los motivos que se dejan consignados.

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

Resuelve

No CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. ARTICULO 39 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DECRETO 196 DE 1971 SOBRE ETICA PROFESIONAL

La Corte se ha pronunciado en el sentido de afirmar que esas normas no se excluyen entre sí

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 49.

Expediente número 27.249.

Vistos

Procede la Sala a revisar el auto de fecha 19 de septiembre de 1981, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva se abstuvo de iniciar proceso penal contra la doctora Herminia Calderón Horta, Juez Primero Laboral del Circuito de esa ciudad, por el posible delito de abuso de autoridad.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto recurrido.

Hechos

Se hallan sintetizados en autos de la siguiente manera:

"Ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, cuya titular es la doctora Herminia Calderón Horta, el abogado Fabio Rojas, obrando en representación de varias personas, tramitaba un proceso especial de reintegro, en el curso del cual y durante la práctica de una diligencia probatoria se presentaron desaveniencias entre el profesional y la funcionaria, a consecuencia de las cuales ésta dictó la Resolución número 002 del 11 de agosto de 1981, sancionándolo con cuatro días de arresto, con base en las facultades consagradas en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, que reformó en el sentido de disminuir en un (1) día el tiempo de reclusión, pero de todas maneras propiciando la ejecución de la medida, lo cual determinó la denuncia del afectado que estima constitutiva de delito contra la administración pública y la libertad individual la conducta de la funcionaria".

Actuación procesal

Con fundamento en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal de instancia procedió a la práctica de diligencias de carácter preliminar y fue así como se trajo al informativo copia auténtica de la actuación disciplinaria levantada por la acusada con fundamento en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil y de la diligencia de audiencia de trámite, donde se originó la falta del profesional denunciante y de las declaraciones rendidas bajo juramento por el doctor Raúl Trujillo Trujillo y del Secretario *ad hoc* Carlos Eduardo Charry Delgado.

Consideraciones de la Sala

El artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, prescribe:

"Artículo 39. *Poderes disciplinarios del juez.* El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios:

"1º ... ...

"2º Sancionar con pena de arresto inconmutable hasta por cinco días, a quienes le faltan al debido respeto en el ejercicio de sus funciones, o por razón de ellas.

"Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, con prueba testimonial o con copia del escrito respectivo.

"El arresto se impondrá por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente y sólo será susceptible del recurso de reposición.

"Ejecutoriada la resolución, se remitirá copia de ella al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente".

En el caso de autos, no solamente se dejó constancia de la actitud impropia asumida por el denunciante, dentro de la audiencia realizada el día 4 de agosto de 1981, diligencia que fue suscrita por la acusada en su calidad de Juez Primero Laboral del Circuito de Neiva, por el propio denunciante, doctor Fabio Rojas Cabrera, del doctor Raúl Trujillo Trujillo, apoderado de la parte demandada, el representante de la empresa Libardo Montealegre Murcia, de nueve empleados o trabajadores demandantes y del Secretario *ad hoc,* Carlos Eduardo Charry Delgado, sino que el citado profesional no hizo objeción alguna a su contenido.

Lo anterior dio origen a que la funcionaria dispusiera la recepción de los testimonios de los asistentes, y fue así como declaró el doctor Raúl Trujillo Trujillo, quien dijo que "abierta la audiencia, y en presencia de sus apoderados y mía, solicitó que se le permitiera interrogar al Gerente, doctor Libardo Montealegre y al expresarle la señora juez que eso se haría con posterioridad a la inspección, pues esta diligencia se estaba iniciando, con ademanes de ira el doctor Fabio Jaime Rojas Cabrera, gritó y gesticuló violentamente manifestando en ese tono de voz que a él no se le podía faltar al respeto, que se hacía respetar y que se pretendía negar los derechos de la clase trabajadora, todo, como ya lo dije, en forma altanera, ofensiva hacia la doctora Herminia Calderón y, en incitación al desorden y con agresividad".

Por su parte el Secretario *ad hoc* expuso que "el doctor Rojas Cabrera, en una forma por demás altanera y grosera, reprochable desde todo punto de vista en cualquier persona y, más en un profesional, le faltó al respeto a la doctora Calderón Horta, gritándole y haciendo amenazas como de ponerse en guardia en cualquier momento".

Las anteriores diligencias sirvieron de fundamento para que la funcionaria procediera a dictar la Resolución número 002 de agosto 11 de 1981, resolución que fue debidamente motivada y en la cual impuso como sanción la de cuatro (4) días de arresto inconmutable.

El doctor Rojas Cabrera interpuso recurso de reposición mediante memorial en el que no consignó razones suficientes para obtener una revocatoria de la medida disciplinaria, por el contrario, reiteró su conducta con el empleo de términos impropios de un profesional.

Tramitado el recurso, mediante Resolución número 003 de 20 de agosto del citado año, la acusada reformó su inicial decisión imponiendo en definitiva tres (3) días de arresto inconmutable y ordenó remitir copia de dicha resolución a la Dirección de Justicia Municipal para su cumplimiento. Notificado personalmente al sancionado al día siguiente, la Secretaría dejó constancia de su ejecutoria, la que operó el 25 de agosto a las 6 p. m.

Tal como lo manifiesta el Ministerio Público, la conducta realizada por la funcionaria se ajustó a los preceptos legales que rigen la materia, a tiempo que los fundamentos que le sirvieron de base para la determinación tildada de irregular, se hallan debidamente respaldados por las declaraciones del doctor Trujillo y del empleado del juzgado que asistió a la diligencia.

El hecho de haber recusado en el trámite disciplinario a la doctora Herminia Calderón Horta, por haber puesto denuncia en su contra y haber sido rechazada por la funcionaria, tampoco configura irregularidad sustancial, por cuanto el incidente respectivo estaba concluido.

Tampoco tiene asidero legal la pretensión del recurrente cuando asegura que los jueces no pueden hacer uso del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, con relación a los profesionales del derecho, por cuanto ellos tienen estatuto especial que contempla el Decreto 196 de 1971. A tal respecto la Corte se ha pronunciado en el sentido de afirmar que esas normas no se excluyen entre sí. La primera es de procedimiento sumario y para obtener un correctivo inmediato; la segunda, encaminada a lograr una sanción diversa y de mayor gravedad que sólo puede ser aplicada por el respectivo Tribunal Superior de Distrito, previa obtención de los descargos del presunto infractor.

En consecuencia, la Sala encuentra ajustado a derecho el auto materia del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el Ministerio Público y de acuerdo con él, CONFIRMA el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR RELATIVO AL NOMBRE Y APELLIDO DEL PROCESADO

El error en la denominación del sujeto activo del delito debe ser de tal naturaleza y magnitud en la sentencia que, en verdad, no pueda la persona que ha sido sindicada y condenada reconocerse como aquella a quien ha sido impuesta la sanción

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 49, julio 15 de 1982.

Vistos

Decide la Corte acerca de la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado julio Hernando Alvarez de Castro, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala de Decisión Penal—, por medio del cual, al reformar la de primera instancia del juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad, le condenó a la pena principal de 18 meses de prisión, a más de las accesorias correspondientes, por el delito de abuso de confianza.

Resultandos y considerandos

Primero: Antecedentes.

1. La sentencia del Tribunal tiene fecha 19 de febrero de 1981.

Fue notificada personalmente al Ministerio Público el 23 de los mismos mes y año (Cd. del Tribunal, Fl. 72 Vto.).

El edicto correspondiente se fijó en esa misma fecha y se desfijó el 27 de ese mes (Id. Fl. 73).

2. Como el procesado observara que en la parte resolutiva de la sentencia aparecía su nombre cambiado, el 20 de marzo de ese año le dice al Magistrado sustanciador: Quiero saber "si tal providencia se refiere o no a mi persona. En caso de que así sea, ruego al honorable Magistrado, corregir, el nombre en la parte donde dice: que se aumenta la pena a Luis Hernando Alvarez de Castro, pues ese no es mi nombre, y la parte en donde el nombre se halla equivocada es la resolutiva. Como su señoría podrá apreciar debido a este error, no me he podido notificar, para recurrir en casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia. Una vez corregido el nombre, ruego a usted dar curso al tiempo de la notificación y tener en cuenta que *recurro en casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia,* pues como no he sido legalmente notificado en forma, por no corresponder mi nombre al indicado en la providencia, me hallo dentro del término legal para recurrir, una vez se corrija el error en que se ha incurrido" (Fl. 75).

Tres días más tarde el sentenciado Julio Hernando Alvarez de Castro otorga poder a un abogado "para interponer el recurso de casación o de hecho", señalando dentro de las facultades, la de sustituir (Fl. 77).

El 3 de abril el Tribunal, aun cuando apunta que el error señalado, en atención a los considerandos de la sentencia no da "lugar a la menor duda en cuanto a la 'identidad física de la persona' del proceso", por considerar que él dice albergarlos, "con base en lo previsto por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil se procederá a la aclaración correspondiente" y, para garantizar el máximo de defensa, ordenará se notifique de nuevo la sentencia con la aclaración. Finaliza en su parte resolutiva: "*Aclara* su propia sentencia dictada en este proceso con fecha diecinueve de febrero del presente año, en el sentido de consignar que el verdadero nombre del sentenciado a que allí se hace referencia es Julio Hernando Alvarez de Castro, y en consecuencia, *dispone* que por la Secretaría se proceda nuevamente a la notificación del referido fallo, teniendo en cuenta la anterior aclaración" (Fls. 78 Sgt.).

El 20 de abril fue notificado el auto anterior al Ministerio Público (Fl. 79 Vto.).

Por edicto fijado el 7 de abril, de nuevo se notificó la primitiva sentencia de 19 de febrero de 1981, y el auto aclaratorio de 3 de abril siguiente. Ese edicto permaneció fijado por 5 días y se desfijó el 11 de abril de 1981 a las 12 p. m. (sic), (Fl. 80).

El 29 de abril el sentenciado Julio Hernando Alvarez de Castro confirió poder especial a un profesional del Derecho "para efectos de interponer y sustentar el recurso de casación, y para todos los efectos del proceso, ..." (Fl. 82). El 4 de mayo se le dio posesión del cargo (Fl. 88).

El 5 de mayo el defensor nombrado y posesionado se dio por notificado de la sentencia e interpuso en su contra recurso de casación. Agrega: "Si bien es cierto que el proceso se tramitó y concluyó por un presunto abuso de confianza que tenía señalada una pena máxima de tres años de prisión, esta pena o mejor, este máximo fue elevado por el nuevo Código Penal a seis (6) años, y para los efectos de la concesión del recurso extraordinario es aplicable esta norma, por razones de favorabilidad" (Fl. 87).

Por auto de 23 de mayo siguiente el Tribunal, en atención a que el recurso fue interpuesto "en forma oportuna, y es procedente de acuerdo con la ley —artículo 569 y 570 del Código de Procedimiento Penal—, debe concederse, para lo cual se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 575 *ibidem*". En consecuencia, concedió el recurso y dispuso el envío de las diligencias a la Corte (Fls. 88 sgt.).

En tiempo oportuno el apoderado de la parte civil interpuso contra ese auto recurso de reposición a fin de que sea revocado en todas partes y, se decrete la nulidad de lo actuado "a partir, inclusive, del auto de abril tres de mil novecientos ochenta y uno".

Con tal propósito, argumenta:

"El recurso de casación se interpuso contra una sentencia que estaba debidamente ejecutoriada desde el día diecisiete de marzo del presente año, por una parte, y por la otra, la aclaración que se hizo de la parte resolutiva de esa sentencia, vulneró claras y terminantes normas del Código de Procedimiento Civil".

Historia cuando se verificó la notificación de la sentencia por edicto y cuando quedó ejecutoriada, para concluir que contra ella "no cabía ya ningún recurso conocido en el Código de Procedimiento Penal".

Transcribe el artículo 309 del estatuto procesal civil y, comenta:

La parte resolutiva de la sentencia aclarada no ofrecía ninguna duda acerca de a quién se refería, porque dentro de este expediente él fue el único sobreseído temporalmente en primera instancia, el único llamado a juicio por el Tribunal y quien, con apoderado concurrió a audiencia, el único condenado en primera instancia y, en fin, el único a quien se refieren las sentencias de primero y segundo grado. Luego no había verdadero motivo de duda y, así, la aclaración no tenía motivos justificados y se incurrió en grave error al acceder a ella.

Además, al aclarar, se violaron las formas propias del juicio (Constitución, Art. 26), pues con ella se violó flagrantemente el artículo 309 del Procedimiento Civil, según el cual "las aclaraciones deberán hacerse, a solicitud de parte o de oficio, *dentro del término de la ejecutoria*" y aquí se hizo con posterioridad a esa ejecutoria, "cuando ya la sentencia era una ley intocable del proceso. Ejecutoria que en la nota de presentación del escrito, por medio del cual se solicitaba la aclaración, quedó consignada por el Secretario: 'con el informe de que la sentencia *quedó ejecutoriada el día 17 de los corrientes a las 6 p. m.*' (subrayas mías)".

Por no haber tenido en cuenta el Tribunal esa nota, se produjo la aclaración, "violándose así las formas propias del juicio, pues se omitieron requisitos exigidos y se ordenó una aclaración y una nueva notificación sin sustento procesal alguno y más bien con claras violaciones de normas perentorias" (Fls. 90 y sgts.).

El apoderado del sentenciado se opone a las pretensiones anteriores así:

Al examinar los argumentos de la contraparte, encuentra que "con base en ellos mismos la Sala procedió en la forma correcta al aclarar la sentencia y ordenar la nueva notificación por edicto".

Si se decretan la revocatoria y la nulidad del auto que aclaró la sentencia y de las actuaciones posteriores a él "quedaría entonces en firme la sentencia con el error en cuanto al nombre de la persona condenada ... Esta irregularidad genera, indudablemente, *nulidad de rango constitucional,* que debe ser declarada por la Sala. Y tendría efectos desde la sentencia de segunda instancia y cobijaría todas las actuaciones posteriores. Tendría que procederse a dictar nueva

sentencia, *con el nombre correcto de la persona vinculada*''.

Si la equivocación del nombre en el auto de proceder produce nulidad (Art. 210, 5º), ''¿qué decir de este mismo yerro cometido en la sentencia?''. Con este error ''se estarían afectando las formas propias del juicio y por tanto conculcando el derecho de defensa del sindicado, porque, por ejemplo, entre otras cosas, el edicto que le notificara la parte resolutiva no tendría los efectos buscados con la notificación hacia él''. Se tendría entonces ''que la nulidad debe decretarse desde la sentencia de segunda instancia y notificar nuevamente por edicto al sindicado en la forma correcta''.

Si ''se declara en firme la sentencia con el error en cuanto al nombre, el edicto tendría que aparecer con ese nombre equivocado y las copias que se remitan a la Registraduría del Estado Civil afectarían a quién sabe qué ciudadano ajeno a todos estos menesteres judiciales''.

Se concluye de los planteamientos del apoderado de la parte civil ''que el proceder de la Sala fue el más jurídico, y sobre todo, el más equitativo y justo''.

Pide que se rechace el recurso propuesto (Fls. 102 y sgts.).

Por auto de 15 de junio de 1981, el Tribunal resolvió la reposición en el sentido de no acceder a ella y de disponer que las diligencias fueran enviadas a la Corte oportunamente. Dice que tuvo en cuenta la información secretarial sobre ejecutoria de la sentencia. Pero que no decretó la nulidad consagrada en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, porque éste se refiere ''en forma expresa exclusivamente al auto de proceder''. Que si en la sentencia se incurrió en el error comentado, ''indudablemente también anormal emergía su notificación'', con peligro de producir efectos en diversos aspectos, inclusive ''respecto a alguien completamente extraño al proceso, cuyo nombre coincidiera con el reproducido en la parte resolutiva en forma errada''. Para evitar alcances de extravío en la verdadera justicia y para garantizar al máximo el derecho de defensa, debía tenerse la notificación inicial como inexistente para que, producida la aclaración, se efectuara una correcta notificación. ''Así, entonces, el recurso de casación interpuesto dentro del término de notificación verdaderamente válido, debía concederse, puesto que por otra parte su viabilidad está prevista por las normas legales respectivas'' (Fls. 105 y sgts.).

Segundo. El punto primordial por decidir es el que versa acerca de la notificación por edicto de la sentencia de segunda instancia, proferida el 19 de febrero de 1981, por el Tribunal Superior y, en cuya parte resolutiva se incurrió en error en el primer nombre del procesado Julio Hernando Alvarez de Castro, pues allí se consignó Luis Hernando Alvarez de Castro (Fl. 72).

Primero:

a) Sea lo primero reseñar que en los *vistos* de esa providencia, se nombra concretamente a ''Julio Hernando Alvarez de Castro'', y que en varios apartes de la reseña sobre ''la actuación procesal y sus resultandos'', también se designa de manera concreta y precisa a ''Julio Hernando Alvarez de Castro'', o ''don Julio Hernando'', o al ''señor Julio H. Alvarez'', para hacer referencia a la persona sindicada, oída en indagatoria, a quien se refieren las pruebas y quien fue objeto de llamamiento a juicio y de sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia.

b) Sólo que en la parte resolutiva de esta última sentencia que venía haciendo referencia, como sindicado y posterior procesado, a Julio Hernando Alvarez de Castro, se incurrió en el error de consignar en la parte resolutiva: ''Luis Hernando Alvarez de Castro''.

Salta a la vista del contexto de esa sentencia: por el expediente sobre el cual se halla estructurada, por la sentencia de primera instancia que se estudiaba en apelación y por el texto mismo de su parte motiva, que este Luis Hernando Alvarez de Castro, no era ni podía ser persona distinta a Julio Hernando Alvarez de Castro, sindicado y procesado dentro de estas diligencias.

Sobre lo anterior no cabe la menor de las dudas.

Segundo: Notificación por edicto de esa sentencia:

a) De manera personal le fue notificada la sentencia al Ministerio Público el 27 de febrero de 1981 (Fl. 72 Vto.).

No había procesado detenido.

A las ocho de la mañana del 23 de febrero se fijó en Secretaría el documento que a la letra dice:

''EDICTO

''El Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

"HACE SABER

"Que en la causa contra Alvarez de Castro Julio Hernando, sindicado de abuso de confianza.

"Se dictó sentencia que en su fecha y parte resolutiva dice:

"*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Penal—, Magistrado ponente: doctor Marino A. Rodríguez M. (discutida y aprobada según acta número 9). Bogotá, D. E.,* febrero diecinueve de mil novecientos ochenta y uno. *Vistos* ... Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal y de acuerdo en parte con su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia objeto de apelación en el sentido de aumentar a *dieciocho meses de prisión* la pena principal impuesta al sentenciado Luis Hernando Alvarez de Castro, y, *la confirma en todo lo demás. Cópiese, notifíquese y devuélvase. (Firmados)* ..." (Fl. 73).

Ese edicto permaneció fijado por cinco días y se desfijó el 27 de febrero.

b) Dispone el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil:

"*Notificación de sentencias por edicto.* Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su expedición, se harán saber por medio de edicto que deberá contener:

"1. La palabra *edicto* en letras mayúsculas, en su parte superior.

"2. La designación del proceso de que se trata y las partes.

"3. El encabezamiento y la parte resolutiva de la sentencia.

"4. La fecha y hora en que se fije y la firma del secretario.

"El edicto se fijará en lugar visible de la secretaría por cinco días, en él anotará el secretario la fecha y hora de su desfijación, y el original se agregará al expediente.

"La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término del edicto".

No es preciso hacer una síntesis de esta norma, porque ella misma la constituye en sí. Y, también son sobrantes las explicaciones acerca de cada uno de sus números, puesto que ellos son de meridiana claridad.

Entonces, para el caso concreto sometido ahora a estudio, es preciso hacer una confrontación del documento que obra al folio 73 del cuaderno correspondiente al Tribunal: "Apelación de la sentencia", documento que constituye el edicto, con el propósito de examinar si se ciñe o no a lo dispuesto en la norma acabada de transcribir, así como también de sus demás anotaciones, para sacar las consecuencias de rigor.

Sobre ese particular, se tiene:

Se cumple la primera exigencia, puesto que allí se encuentra de manera destacada la palabra EDICTO.

También la segunda, puesto que allí se designa el proceso de que se trata y la parte a quien se refiere, puesto que dice: "Que en la causa contra Alvarez de Castro Julio Hernando", sindicado de abuso de confianza. Obsérvese que en el cumplimiento de este requisito, no se incurrió en ningún error en la designación del sentenciado, ya que claramente se destacó en mayúsculas su verdadero nombre: "Alvarez de Castro Julio Hernando". La identidad de la parte es perfecta y en torno suyo no puede levantarse ni abrigarse la menor de las dudas.

Se cumple el tercer requisito, puesto que claramente se consignó en ese edicto el encabezamiento de la sentencia, así como también su parte resolutiva, tal como ésta había sido proferida.

Por último, en cuanto a las exigencias del inciso 2º de la norma, se tiene:

Consta que se fijó "en lugar público de la secretaría" (Fl. 73);

Consta que permaneció fijado por el término de cinco días (Id.);

Consta que fue desfijado el 27 de febrero de 1981, siendo las seis de la tarde (Id.), y

Finalmente, se agregó al expediente, viniendo a constituir el folio 73 del cuaderno últimamente indicado.

c) A pesar del error en que se incurrió en la parte resolutiva en cuanto al primer nombre del procesado: Luis en vez de Julio, del contexto claro de los vistos y de la parte motiva de la sentencia y de la exacta precisión que se hace en el encabezamiento del edicto: "Causa contra Alvarez de Castro Julio Hernando, sindicado de abuso de confianza", se llega a la lógica conclusión de que en la parte resolutiva de ella nada se presentó que ofreciera "verdadero motivo de duda", como lo exige el artículo 309 del Código

de Procedimiento Civil, aplicable en el ámbito penal por mandato expreso del 181 del estatuto procesal penal.

Tangencialmente *cabe recordar acá, porque la lógica así lo permite y ello ya ha sido tratado suficientemente por la Corte cuando se trata de error relativo al nombre o apellido del responsable o del ofendido, que no es cualquier error en el nombre el que permite fundamentar la nulidad, sino aquél que puede causar verdadera duda o perplejidad en torno al sindicado o al ofendido. Basta citar algunos apartes de conocidas jurisprudencias: "La causal de nulidad relativa a la equivocación en el nombre o apellido del procesado sólo es aplicable en las hipótesis de que una fatal homonimia haya puesto en manos de la justicia a persona inocente, pero que lleva el nombre del que sí delinquió" (Sentencia. Cas. 11-VIII-/41). "Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable la que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese motivo con el necio propósito de crear recurso o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales ... Lo que es absolutamente necesario es que se conozca el delincuente con toda certidumbre para evitar que caiga en manos de la justicia un inocente, pero esa identificación puede establecerse por otros medios de prueba" (Sent. Cas. 6-XII-/45, 15-X-55).*

Lo anterior que se ha dicho con relación a la causal 5ª de nulidad establecida por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y en referencia a que ocurra en el auto de proceder, también tiene procedencia cuando se trata de un error de esa naturaleza en que pudo haberse incurrido en la sentencia, puesto que lo que se pretende y busca es que no vaya un inocente a cargar con la pena a que se ha hecho merecedor quien, debidamente identificado a través de todo el proceso, es el verdadero acreedor a ella.

Pero si en la sentencia esa identidad aparece nítida, si no hay el menor peligro de verdadera duda o incertidumbre acerca de a quién va o iba destinada ella como sujeto penalmente responsable de la infracción investigada, entonces no puede aducirse verdadero motivo de duda sobre este particular.

d) *Analizado el error involuntario del nombre en la sentencia desde el punto de vista de garantía de los derechos de defensa en cabeza del procesado, se tiene:*

El error en la denominación del sujeto activo del delito debe ser de tal naturaleza y magnitud en la sentencia que, en verdad, no pueda la persona que ha sido sindicada y condenada reconocerse como aquélla a quien ha sido impuesta la sanción. Pero desde el momento mismo en que esa determinada persona que ha sido sujeto activo del delito y, en consecuencia, investigada durante el proceso y condenada en su culminación, no puede abrigar dudas de que ella misma es la que allí figura como sujeto de la sanción, entonces tampoco puede invocarse ese error para tratar de destruir las etapas del proceso o el valor de la cosa juzgada.

Sobre este particular, en el asunto sometido a estudio, se tiene:

Mal podía el sentenciado Alvarez de Castro abrigar dudas acerca de que él era quien había sido condenado por medio de aquella providencia, si se tiene en cuenta los factores antes analizados, como persona que concurrió a todas las etapas de este proceso y no de otro, incluyendo dentro de ellas, el haber rendido indagatoria. Pero, además y, sobretodo, porque era con su verdadero y exacto nombre: "Alvarez de Castro Julio Hernando, sindicado de abuso de confianza", imputación que él, desde el auto de proceder sabía definitivamente que se le hacía, como aparecía en el encabezamiento del edicto, por medio del cual se estaba verificando la notificación. Sobre eso no podía abrigar duda alguna.

Y es él mismo quien se encarga de corroborar lo anterior, puesto que el 20 de marzo de 1981, si bien al principio le dice al Magistrado que le diga si tal providencia se refiere a él o no y, que en caso afirmativo, le corrija el nombre, agrega que por ese error "no me he podido notificar, para recurrir en casación". Luego con anterioridad a la corrección del nombre, ya sabía él que esa sentencia se dirigía en su contra y que él era el sujeto a quien estaba destinada.

Y, más claro lo afirma en el párrafo siguiente: "Una vez corregido el nombre, ruego a usted dar curso al tiempo de la notificación, y tener en cuenta que *recurro en casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia,* pues como no he sido legalmente notificado en forma, por no corresponder mi nombre al indicado en su providencia, me hallo dentro del término legal para recurrir, una vez se corrija el error, en que se ha incurrido" (Fl. 75).

Entonces él, Julio Hernando Alvarez de Castro, sí tenía conocimiento, sí tenía noticia de que

se había proferido una sentencia condenatoria por abuso de confianza, que en la parte resolutiva de ella figuraba como sentenciado Luis Hernando Alvarez de Castro y que este Luis Hernando Alvarez de Castro era él mismo, es decir, Julio Hernando Alvarez de Castro.

En consecuencia, sabiendo él lo anterior como bien lo sabía, aquél no era un error grave y trascendental que pudiera llegar a poner en duda la identidad del verdadero sentenciado, que era, se repite, él mismo. La identidad era perfecta y el error perfectamente inocuo. Y, recuérdese, en el encabezamiento del edicto de notificación, su nombre aparecía sin sombras de dudas: Julio Hernando Alvarez de Castro.

e) Corresponde rememorar que el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil con relación a la aclaración de la sentencia en auto complementario, preceptúa que ello debe hacerse "dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte".

De tal manera que la misma norma precisa la oportunidad en que la aclaración puede verificarse.

Tercero: Fecha de ejecutoria de esa sentencia:

El respectivo edicto, que permaneció fijado en lugar público de la secretaría por el término legal, fue desfijado el 27 de febrero de 1981, a las seis de la tarde (Fl. 73).

Ello quiere decir que la sentencia así notificada a las partes, ya lo había sido personalmente al Ministerio Público y el procesado no se encontraba detenido, quedó ejecutoriada el día 17 de marzo.

Y así lo hizo constar expresamente el Secretario de la Sala Penal del Tribunal en la nota de presentación del escrito del sentenciado en que solicita aclaración y hace referencia al recurso de casación que una vez cumplido lo anterior interpone. Se repite que en ese pasaje se estaba reconociendo él como el destinatario de tal sentencia. La constancia de presentación dice:

"Bogotá, D. E., mayo veinte de mil novecientos ochenta y uno. Recibido en la fecha, presentado personalmente por su signatario, quien se identificó en forma legal, se agrega a sus autos y pasa al Despacho, con el informe de que la sentencia quedó ejecutoriada el día 17 de los corrientes a las 6 p. m." (Fl. 74 Vto.).

De las consideraciones que se han hecho en torno a las incidencias del artículo 309 del procedimiento civil dentro de estas diligencias, se tiene:

a) Que nada se hallaba en la sentencia que ofreciera verdaderos motivos de duda, en relación con el nombre del sentenciado;

b) Que la solicitud de aclaración de la sentencia, se presentó fuera de la oportunidad legal consagrada por la misma norma y, cuando la sentencia ya se encontraba ejecutoriada.

Cuarto: Fecha de interposición del recurso de casación:

La sentencia, se repite, quedó ejecutoriada el 17 de marzo de 1981, a las 6 p. m. (Fl. 75 Vto.).

El primer escrito en que se hace referencia a la interposición del recurso de casación dentro de estas diligencias: "Una vez corregido el nombre, ruego a usted dar curso al tiempo de la notificación, y tener en cuenta que *recurro en casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia"* fue presentado el 20 de marzo del mismo año (Fl. 75 Vto.), es decir, al tercer día de haber quedado ejecutoriada la providencia.

El 23 de marzo, Julio Hernando Alvarez de Castro dirigió el siguiente escrito a los Magistrados del Tribunal: "*Magistrado Sustanciador Dr. Marino Rodríguez. — Referencia:* Proceso contra *Julio Hernando Alvarez de Castro.* — Señores Magistrados: — Para efectos de ratificar la solicitud de corrección del fallo, para interponer el recurso de casación o de hecho y para todos los efectos legales, manifiesto a ustedes que confiero poder amplio y suficiente, con facultades para recibir, desistir, transigir y sustituir, al Dr. *Antonio J. Cancino M.*" (Fl. 77).

Aquí, una vez más, Julio Hernando Alvarez de Castro se reconoce como la persona a quien va dirigida la sentencia a la cual se ha venido haciendo referencia.

Entre el 23 de marzo y el 29 de abril no aparece la posesión del doctor Cancino M., ni ninguna actuación que hubiera sido cumplida por él dentro de estas diligencias. En la última fecha, Julio Hernando Alvarez de Castro, se dirige a la Sala: "*Referencia:* Proceso contra el Dr. *Julio Hernando Alvarez de Castro,* por presunto delito contra la propiedad ... Para efectos de interponer y sustentar el recurso de casación, y para todos los efectos del proceso, manifiesto a ustedes en forma respetuosa que confiero poder especial, amplio y suficiente al Dr. *Alvaro Cerón Coral* ..." (Fl. 82).

El nuevo defensor se posesionó el 4 de mayo de 1981 (Fl. 88).

Con fecha 5 de mayo aparece la siguiente constancia secretarial:

"Recibido en la fecha, presentado en tiempo por su signatario, quien se identificó en forma legal, pasará al Despacho en su oportunidad" (Fl. 87 Vto.). Por medio del escrito al cual se refiere la anterior nota de recibo, el nuevo defensor se da por notificado de la sentencia e interpone contra ella recurso de casación y, agrega: "Si bien es cierto que el proceso se tramitó y concluyó por un presunto abuso de confianza que tenía señalada una pena máxima de tres años de prisión, esta pena o mejor, este máximo fue elevado por el nuevo Código Penal a seis (6) años, y para los efectos de la concesión del recurso extraordinario es aplicable esta norma, por razones de favorabilidad" (Fl. 87).

Por auto de 23 de mayo se concedió el recurso y se dispuso al envío de las diligencias a esta Corporación (Fls. 88 Sgt.).

Luego siguió la tramitación anteriormente reseñada.

Cuarto. Habiéndose establecido que la sentencia no ofrecía "verdadero motivo de duda" que ameritara su aclaración; que la solicitud con este propósito debía presentarse "dentro del término de la ejecutoria"; que la ejecutoria se cumplió el 17 de marzo y que el escrito por medio del cual se solicitaba aclaración y se interponía el recurso de casación fue presentado con posterioridad al día de la ejecutoria, así como también los demás memoriales referentes a la interposición del recurso de casación, síguese que, a pesar de que la constancia secretarial diga que el memorial por medio del cual el nuevo y último defensor del sentenciado presentó el escrito de interposición del recurso de casación "en tiempo" (Fl. 87 Vto.), es lo cierto que esa presentación fue extemporánea, fuera de términos, por cuanto la sentencia ya había quedado ejecutoriada y, el auto del Tribunal de 3 de abril de 1981, en que se aclaró la parte resolutiva en cuanto al primer nombre del procesado y ordenó nueva notificación de la sentencia, choca abiertamente contra el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se apoya y, en todo caso, esa aclaración tuvo ocurrencia no dentro del término señalado por esa misma disposición, sino con posterioridad a su vencimiento, ya que la providencia para tal fecha se encontraba ejecutoriada.

En consecuencia, no podía retrotraerse el procedimiento, sin fundamento en disposición alguna, para ordenar una nueva notificación que, por otra parte, venía a poner en tela de juicio la ejecutoria que ya se había cumplido.

Significa lo anterior que, con posterioridad al 17 de marzo de 1981, por haber quedado ejecutoriada la sentencia a las 6 de la tarde de él, no podía interponerse en su contra el recurso de casación.

De acuerdo con el artículo 573 del estatuto procesal penal, "El recurso de casación podrá interponerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia".

Y, como este término venció el 17 de marzo, mal podía con posterioridad a esa fecha, interponerse el recurso mencionado.

Entonces, cuando el Tribunal dictó su providencia de 23 de marzo de 1981, produjo un auto inexistente, porque con la ejecutoria de su sentencia de segunda instancia, había terminado su competencia para tomar cualquier determinación respecto de la sentencia ya ejecutoriada.

Lo anterior lleva a la Corte a declarar que el recurso de casación interpuesto, al cual se ha venido haciendo referencia, no es admisible, como habrá de declararlo. En consecuencia, no se hace necesario tratar lo referente al principio de favorabilidad en cuanto al máximo de la pena señalada para los delitos en el antiguo Código Penal y en el nuevo, para efectos de concesión del recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, DECLARA INADMISIBLE el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el sentenciado Julio Hernando Alvarez de Castro y su defensor, contra la sentencia de segunda instancia proferida dentro de estas diligencias el 19 de febrero de 1981, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION. DEMANDA

Además de los requisitos formales de la demanda, por tratarse de un recurso eminentemente técnico, se requiere su idoneidad sustancial, esto es, la viabilidad de su estudio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 51.

Vistos

El apoderado de oficio de los procesados Luis Eduardo Herrera y José Francisco Olaya Alvarado, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del 16 de diciembre de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, de fecha 5 de octubre del mismo año, condenó a cada uno de ellos a la pena principal de trece meses de prisión como responsables del delito de concusión.

El recurso fue declarado admisible, mediante auto de 15 de abril del presente año (Fl. 2 del cuaderno de la Corte).

El apoderado presentó, como demanda de casación, el escrito cuyo análisis pasa a hacerse para establecer si se ajusta a las exigencias básicas que hagan imperiosa su tramitación, o si por el contrario ha de declararse desierto el recurso por ausencia de esos indispensables presupuestos.

El artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, dice que la demanda debe contener "un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca *para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando* las normas sustanciales *que el recurrente estime infringidas" (subrayas fuera de texto).*

Estos son los requisitos que pudieran denominarse formales de la demanda, pero tratándose de un recurso eminentemente técnico, se requiere además su idoneidad sustancial, esto es, la viabilidad de su estudio, porque si palmariamente y ab initio *revela ella una ostensible e indesconocible contradicción en sus términos, se impone su rechazo* in limine *por razones de lógica jurídica y economía procesal, puesto que de antemano se advierte su obligada improsperidad.*

Ha sostenido la Corte de manera uniforme y reiterada que la alegación simultánea de la violación directa y de la indirecta de la ley sustancial se excluyen, puesto que al paso que la primera exige la aceptación de los supuestos fácticos del fallo y de la apreciación probatoria que de ellos hicieron los juzgadores de instancia, la segunda, en cambio, permite discutirlos y desconocerlos.

También ha predicado la Corte con igual énfasis y similar reiteración que al recurrente incumbe señalar con precisión cuál es la causal de casación que alega, y en concreto cuál de sus motivos si es que ella comprende varios como ocurre con la primera, por ejemplo, pues lo contrario situaría a la Corte en la posición de entrar a interpretarlo, corriendo el riesgo de tergiversar su pensamiento, y, en todo caso, apartándose de su misión imparcial e independiente de juez.

Igualmente ha dicho la Corte con el mismo sello de firmeza que si se presentan cargos en forma subsidiaria, no puede existir contrariedad sustancial entre ellos, pues de esa forma se excluyen e impiden, por lo mismo, su estudio y anuncian desde el comienzo su improsperidad.

Incongruencias de esta naturaleza son evidentes en el libelo que se tiene en consideración, como se deduce de las siguientes observaciones:

a) En parte alguna de su demanda señala el actor de manera precisa la causal o causales en que apoya su pretensión de infirmación del fallo.

Bajo el epígrafe de "Causal Aducida", dice: "Solicito la inconfirmación del fallo motivo de alzada, por cuanto la sentencia es violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea. Veamos por qué". A renglón seguido, y bajo el título de "Interpretación errónea de la prueba", se adentra en el análisis de los elementos de juicio que sirvieron de fundamento a la sentencia, para separarse de la apreciación que de los mismos hizo el Tribunal.

Como es sabido, dentro de la causal primera de casación (artículo 580 del C. de P. P., numeral 1º), se comprenden como motivos de impugnación tanto la violación directa como la indirecta de la ley (cuerpos primero y segundo, respectivamente), y una de las hipótesis de la violación directa es la interpretación errónea *de la ley, así como una de las formas de la indirecta es el error manifiesto de hecho que puede provenir de la* apreciación errónea *de la prueba.*

La imprecisión de la demanda obligaría a la Corte a desentrañar, en este caso, el sentido de la acusación, para determinar si el censor está alegando la violación directa o la indirecta y, de llegar a seleccionar la primera, se encontraría frente a un desconocimiento de los supuestos fácticos y probatorios del fallo, lo cual no se compadece con la naturaleza de este medio de censura. Si optara por la violación indirecta, se encontraría acorde con la técnica del reproche probatorio, pero se incurriría en todo caso en contradicción con el otro cargo que, como se verá adelante, se entiende formulado en la parte final de la demanda.

Además, el recurrente tampoco indica respecto de este cargo las normas sustanciales que considera infringidas, ni la forma como se llegó a la violación de las mismas.

Al final del escrito de demanda expresa su autor:

"Por último, manifiesto a la honorable Corte que en el memorial, mediante el cual sustenté el recurso de apelación de la sentencia de la primera instancia, solicité en forma subsidiaria la condena de ajecución condicional con el correspondiente argumento para ello, *guardando silencio* el Tribunal, motivo por el cual procedo a sustentarlo nuevamente con el argumento que mis defendidos no requieren de un tratamiento penitenciario y por lo demás se ajusta a lo previsto en el artículo 68 del Código Penal" (subrayas fuera de texto).

Después de citar pluralidad de normas del Código de Procedimiento Penal, indica los artículos 2, 4, 5 y 68 del Código Penal.

Interpretando esta parte de la demanda, como la formulación de un nuevo cargo contra la sentencia, se tendría que él estructuraría una violación directa de la ley sustancial por *infracción directa* de la misma, esto es, por haber dejado de aplicar una norma de obligatoria observancia respecto del caso (Arts. 580 del C. de P. P., numeral 1º, cuerpo 1º y 68 del C. P.).

De esto se seguiría que, de un lado, podría incurrirse en una alegación al mismo tiempo de violación directa e indirecta de la ley, si es que el primero de los cargos se interpreta como violación indirecta, pues recuérdese que el actor no precisó la naturaleza de esa censura, y esto repugna, como se sabe, con la técnica del recurso. De otro lado, tómese como se tomare aquella tacha inicial, esto es, como violación directa o indirecta, habría contradicción sustancial entre ese cargo y el último, pues aquél persigue la declaratoria de inocencia de los procesados, y el final acepta su culpabilidad, limitándose a impetrar la suspensión condicional de la condena.

Dentro de ninguna otra causal, fuera de la primera, pueden ser situadas las censuras que el recurrente hace a la sentencia, por lo cual se prescinde, para los efectos que se persiguen con este estudio, del análisis de la demanda frente a los demás motivos de impugnación.

No cabe, por tanto, duda de que se está en presencia de una demanda que no reúne, por las contradicciones anotadas, los presupuestos requeridos para tenerla como ajustada a los requisitos legales.

Con posterioridad a la presentación de la demanda, uno de los procesados, Luis Eduardo Herrera H., hizo llegar a la Secretaría de la Corte un memorial presentado ante notario, pues no se encuentra detenido, ya que fue juzgado en ausencia, en el cual solicita que, en caso de un resultado adverso de la demanda, se le conceda "la condena de ejecución condicional" en razón de su edad (69 años).

Ninguna decisión puede tomar la Sala al respecto, pues para resolverla como subrogado penal precisaría adquirir competencia en virtud

de la prosperidad del recurso en forma que condujera al pronunciamiento de un fallo de sustitución, que no es el caso. Y entendida como solicitud de libertad provisional en razón de la edad (artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, numeral 10), tampoco tiene razón de ser, pues ni está detenido ni ha cumplido la edad de setenta años (nació el 21 de agosto de 1912 —Fl. 12 del cuaderno de la Corte—).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de oficio de los procesados Luis Eduardo Herrera Herrera y José Francisco Olaya Alvarado contra la sentencia de fecha y origen referidos en la parte motiva de este auto.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

No existe prohibición de la reformatio in pejus en el procedimiento penal colombiano, salvo el caso del artículo 589

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de julio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 51.

Vistos

Corresponde a la Corte analizar las pruebas preliminares practicadas en esta actuación, para decidir si, de acuerdo con ellas, la denuncia formulada por la doctora Jannette E. Arjona Forero contra los doctores Joselín Gómez Medina y María Teresa Gómez de Castellanos, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por delitos contra la administración pública, amerita o no la iniciación de investigación criminal en su contra.

Resultando

Las actuaciones materia de la denuncia formulada contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá son sustancialmente, las siguientes indicadas por la denunciante:

"... En la ponencia elaborada por la doctora Gómez de Castellanos, con la adhesión de Joselín Gómez Medina, no sólo se consideró que debía confirmarse lo dispuesto por el juez del conocimiento, sino que excediéndose en los límites de la apelación se resolvió aplicar lo dispuesto para los testigos y subsumir la conducta de mi patrocinado dentro de los parámetros del artículo 191 de la misma obra, y lo que es más grave, se revocó la excarcelación concedida por el inferior y ordenó librar orden de captura contra mi poderdante ...".

"... Como quiera que la apelación no se había interpuesto por la suscrita apoderada para hacer más gravosa la situación de mi patrocinado, sino precisamente para que se revocara en su integridad el auto de detención, por cuanto la ley no considera punible el hecho que se investigaba. Sin embargo, como al final resolvió aplicarse otro artículo y revocarse la excarcelación, con el consiguiente libramiento de órdenes de captura, interpuse en su oportunidad el recurso de reposición contra los puntos nuevos que por primera vez aparecían en dicha providencia ...".

"... La Magistrada Gómez de Castellanos, se negó a resolver sobre la reposición alegando que ella sólo cabía contra los autos de trámite o sustanciación, haciendo abstracción de que si cabe contra los autos de trámite, con mayor razón se puede interponer contra los autos interlocutorios ...".

"... De la misma manera consideró que no existió puntos nuevos, sino que refiriéndose a la revocatoria de la excarcelación y a las órdenes de captura manifestó que 'tales medidas se consideraron necesarias aclararlas, puesto que el funcionario del conocimiento no había sido lo suficientemente claro para exponerlas'. Esta afirmación, riñe con la verdad procesal, porque precisamente el funcionario instructor sí consideró de manera clara y expresa que el sindicado se hacía acreedor al beneficio de excarcelación ...".

"... En la providencia que se dictó en forma manifiestamente contraria a la ley los dos Magistrados denunciados en este escrito, consideraron que mi poderdante debía ser incurso por el delito más grave, es decir, el que se aplica a los *testigos,* y no la del 193 *ibidem,* que como lo explica Carlos Lozano y Lozano, se sucede 'cuando se expone bajo juramento en causa propia' y por consiguiente 'no puede pues incurrirse en el delito previsto en el artículo 191, que sólo cobija

e incluye a los testigos, entendiendo por tales a los extraños imparciales', como ha sido constante jurisprudencia, tanto del Tribunal Superior de Bogotá, como de la honorable Corte Suprema de Justicia ...".

(Fls. 2 a 3).

Considerandos

1. *No existe en el derecho procesal penal colombiano la prohibición de la* reformatio in pejus *que la legislación civil consagra para la apelación en ese ramo, salvo el caso único y excepcional que, en materia de revisión, establece el artículo 589 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, si el fallo que llegare a dictarse en el juicio ordenado como resultado de la revisión fuese condenatorio, éste "no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia".*

De otra parte, si en alguna ocasión se admitió, por vía doctrinal, la prohibición de la reformatio in pejus *en materia criminal, el artículo 3º de la Ley 17 de 1975, por medio del cual se adicionó el Código de Procedimiento Penal con el artículo 197-bis, no admite duda alguna sobre la ninguna aplicación de aquella prohibición en el procedimiento penal, salvo la indicada en materia de revisión:*

"... *Artículo 197-bis.* Reformatio in pejus: *El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada ...".*

No incurrieron los Magistrados acusados, en consecuencia, en infracción penal alguna al reformar la providencia apelada en el sentido de ordenar la detención del sindicado por el delito señalado en el artículo 191 del Código Penal y no por el indicado en el artículo 193 ibidem, *motivo de la apelación contra la providencia, ni, por tanto, como lo cree la denunciante, se excedieron "en los límites de la apelación" por ella interpuesta.*

2. Tampoco existe en el derecho procesal penal colombiano recurso alguno contra los autos interlocutorios proferidos por las Salas de Decisión de los Tribunales Superiores, que deciden, en un determinado asunto, "la apelación, la consulta, o el recurso de hecho".

"... Artículo 202. *Sustanciación de la apelación y consulta en segunda instancia ...".*

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

"... Compete a las respectivas salas de decisión de los tribunales superiores dictar las providencias interlocutorias y las sentencias. Contra los autos interlocutorios que deciden la apelación, la consulta o el recurso de hecho no procede recurso alguno ...".

No incurrieron los Magistrados acusados, por tanto, en infracción penal alguna al negarse a reponer un auto interlocutorio dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que había sido proferido por la Corporación para decidir la apelación interpuesta contra el dictado en primera instancia.

3. No ocurre lo mismo, sin embargo, en cuanto los Magistrados acusados ordenaron la detención del procesado por el delito de falso testimonio definido en el artículo 191 del Código Penal anterior, vigente para la fecha en que se cometieron los hechos, pues, como se encuentra debidamente demostrado, el sindicado Juan Vicente Gómez Lancheros, al absolver el interrogatorio ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Suba, lo hizo "como parte en asunto civil" y le era aplicable, en consecuencia, no aquella norma, sino la del artículo 193 *ibidem,* como invariablemente lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Antonio Vicente Arenas, por ejemplo, se refiere expresamente a esta situación:

"... Nuestra jurisprudencia tiene establecido que *quien declare falsamente en posiciones, lo hace 'como parte en asunto civil'* e incurre en la sanción prevista en el artículo 193. La benignidad de la sanción se explica por tratarse de falso testimonio *de persona interesada ...*" (subrayas fuera del texto).

(Comentarios al Código Penal Colombiano, 2ª ed., t. I., Pág. 241).

Y la Corte, a su turno, ha precisado que:

"... Comete delito de falso testimonio, conforme a lo dispuesto por el artículo 193 del Código Penal, el que al rendir unas posiciones extrajuicio, falta a la verdad ...".

(Cas., 3 de diciembre de 1948, LXV, 386).

El comportamiento de los Magistrados acusados resulta tanto más incomprensible, cuanto que el Magistrado disidente expuso con muy fundadas razones y con apoyo en tratadistas de tan reconocida autoridad como Carlos Lozano y Lozano, el verdadero sentido y la notoria aplica-

ción de la disposición del artículo 193 del Código Penal, al caso resuelto por la mayoría con evidente desvío de la interpretación no sólo jurídica, sino lógica y racional, del texto legal.

Por cuanto respecto de este último hecho que se atribuye a los Magistrados acusados, la actuación preliminar no demuestra "que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como sanción o que la acción penal no puede iniciarse", se dispondrá que la conducta de los Magistrados María Teresa Gómez de Castellanos y Joselín Gómez Medina sea, por este aspecto, penalmente investigada.

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

Resuelve

1. ABSTENERSE, como se abstiene de iniciar sumario contra los doctores Joselín Gómez Medina y María Teresa Gómez de Castellanos, por los hechos a que se refieren los numerales 1 y 2 de los considerandos de esta providencia, a causa de que tales hechos no están previstos en la ley como infracción, y

2. DISPONER, como se dispone, que por el Magistrado ponente se inicie investigación para establecer si los doctores Gómez Medina y Gómez de Castellanos incurrieron en infracción penal, en relación con el hecho a que se refiere el numeral 3 de los mismos considerandos.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL 1ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO DE CONCIENCIA

Contenido del artículo 483 ibidem

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de julio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 51.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de 20 de agosto de 1981, confirmó la de 30 de mayo del mismo año, proferida por el Juzgado Superior de Chaparral, modificándola en el sentido de reducir a nueve (9) años la pena de prisión en ella impuesta al procesado Helio Fabio Ramírez Naglés, por los delitos de homicidio y de lesiones personales que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal Superior interpuso el recurso de casación el procesado, 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 señaladas por el Tribunal en los siguientes términos:

"... Felina Montenegro Sánchez, denunció el treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979), ante el Inspector Departamental de Policía de 'El Limón', Municipio de Chaparral, que el día anterior a eso de las seis y media (6½) de la tarde, cuando se encontraba en su casa de habitación de Icarcó, en compañía de Medardo Guerrero, Luz Mary Garzón, Juan Crisóstomo Neira, Blanca Cecilia Guerrero, Medardo Ríos, Ruperto Ríos y Silvio Bermeo, celebrando el cumpleaños de Juan Carlos Garzón, celebración de la cual participaban Helio y Justo Ramírez, además de Julio Salazar. 'Luego no sé por qué motivo Helio Fabio Ramírez, y Julio Salazar pelaron peinilla (machete) y se aliaron a peliar (sic). Seguidamente el señor Medardo Ríos, salió a intervenir para que no fuera a pasar nada y de igual manera Juan Crisóstomo Neira y Ruperto Ríos. Seguidamente Helio Fabio Ramírez, desenfundó un revólver, no sé de qué calibre ni la marca, pero lo cierto fue que el señor Helio Fabio Ramírez hizo unos varios disparos a los señores Juan Crisóstomo Neira, Medardo Ríos y Ruperto Ríos. Acto seguido Justo Ramírez, también desenfundó una pistola y hizo (sic) varios disparos. Resultando muerto Medardo Ríos'. En ampliación de esta denuncia suministró éstos: Helio Fabio y Julio decían que tenían que peliar y se salieron para el patio 'y entonces Helio Fabio le tiró una botella a Julio y Julio se agachó y la botella pasó por encima de él, entonces en seguida ambos pelaron peinilla y se agarraron, en ese momento salió Medardo Guerrero y cogió a Julio para que no pelearan, entonces mientras eso se le acercó Juan Crisóstomo Neira a intervenir para que no pelearan y en esas salió Justo Ramírez e hizo dos disparos al aire y en esas fue cuando Ruperto Ríos se le acercó a Helio Fabio a llamarle la atención a Helio Fabio y ahí fue cuando Helio Fabio sacó el revólver y disparó contra Juan Crisóstomo, y en esas fue cuando Justo también se le acercó y le pegó un machetazo a Juan Crisóstomo, en la cara y el tiro se lo pegó en la pierna y ya Juan Crisóstomo iba de huida (sic) al mismo tiempo le disparó a Ruperto Ríos y él también salió de huida para el lado que salió Juan Crisóstomo, entonces Helio Fabio Ramírez y Justo Ramírez, siguieron dando plomo por detrás de

la casa en el momento del tiroteo salió Medardo Ríos a ver qué pasaba y él se arrimó por ahí a dos metros de donde estaban ellos parados disparando a todos, lo que Medardo salió (sic) que estaba conversando con el tío de nombre Medardo Guerrero y apenas se le acercó Justo y Helio Fabio Ramírez, les dispararon y le pegaron un tiro en el pecho y otro en la sien del lado derecho, yo vi cuando Medardo dio la vuelta y cayó y dijo ¡hay me mataron!'. Luego de lo cual 'Helio Fabio con Julio se volvieron a agarrar y fueron a dar al cafetal otra vez, de por allá Justo los desapartó, también intervino Medardo Guerrero para que no molestaran más'. Informa además que Helio Fabio cargaba un revólver 38 largo y Justo una pistola de la 'U', además de sendos machetes. Los hombres habían tomado, pero no estaban borrachos. El revólver lo encontró la denunciante en el cafetal y lo entregó a la Policía, así como también un cartucho de pistola de la 'U' que entregó al Inspector de Policía. Agrega que Medardo Ríos, Juan Crisóstomo Neira y Ruperto Ríos no portaban arma de ninguna clase ...".

(Fls. 336 a 337, Cdno. Trib).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual afirma el casacionista:

"... Contra el fallo condenatorio proferido por el honorable Tribunal de Ibagué, invoco la causal primera descrita en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues se presentó violación de la ley, ya que hubo falta de apreciación de ciertas pruebas que hubieran variado de manera importante la responsabilidad penal del procesado y en consecuencia se cometieron errores de derecho en aplicación de la ley penal y de procedimiento ...".

"... Considero que los hechos fueron indebidamente apreciados y la ley indebidamente interpretada y aplicada por varias razones: ...".

"... a) *Sí se presentó el atenuante de la riña imprevista.* En efecto, como espero demostrarlo, el día de autos el homicidio y las lesiones se cometieron en riña que se suscitó de un modo imprevisto, por lo menos para mi poderdante. Al no apreciar esta circunstancia, el juez llamó a responder en juicio criminal por delitos sin ninguna clase de atenuantes y en consonancia con esta interpretación errónea de los hechos se condenó a Helio Fabio Ramírez, por medio de la sentencia que hoy es objeto del presente recurso...";

"... b) *La riña fue imprevista para el condenado* y por tanto él sí tenía derecho a favorecerse con la atenuación de la pena ...";

"... c) *La circunstancia de la riña imprevista, fue oportunamente alegada* y el juez se negó a aceptarla dejando de apreciar pruebas contundentes que obran dentro del expediente ...".

III. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con fundamento en las siguientes consideraciones:

"... La acusación formulada por el actor, de conformidad con la demanda y el anterior resumen, consiste en que se llegó a la violación indirecta de la ley sustancial, por haber incurrido el fallador en error de apreciación probatoria, al desestimar la circunstancia atenuante de la riña imprevista, demostrada en autos ...".

"... Examinada esta alegación, resulta improcedente a primera vista, pues de conformidad con reiterada y antigua jurisprudencia de esa honorable Corte, en los juicios con jurado no es admisible la alegación de la causal primera por error de apreciación probatoria y consecuente violación indirecta, toda vez que conduciría a desplazar al jurado, al cual ha señalado la ley la función de decidir en los casos sometidos a su consideración; y además porque equivaldría a una declaración de contraevidencia que se encuentra reservada a los falladores de instancia y que por tanto no compete a la honorable Corte en casación ...".

Considerandos

1. Como oportunamente lo ha señalado el Procurador Tercero Delegado en lo Penal y lo ha sostenido la Corte inveteradamente, *en los juicios en los que interviene el jurado de conciencia resulta francamente equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sobremanera cuando el ataque se formula por violación indirecta de la ley sustantiva, sea que se haga por apreciación errónea, ora se funde en falta de apreciación de alguna o algunas pruebas, ya se alegue que se dio a éstas un mayor alcance del asignado por la ley, fundamentalmente porque en los juicios en que interviene el jurado éste no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, como lo están, por regla general, los*

jueces de derecho, de modo que los jueces populares gozan del más amplio poder de apreciación sobre su mérito y fuerza probatorios, "sin atender voz distinta (a la de su) personal conciencia" y sin otro límite que su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se (les) interroga" (artículo 560 ibidem*).*

De otra parte, gozando, como goza la decisión del jurado de conciencia de la presunción de veracidad que la ley le ha otorgado (que califica de veredicto, que es decir, de declaración de la verdad), contra aquella no puede oponerse por los jueces de derecho, sino la declaración de contraevidencia (artículo 565 ibidem*), sólo posible en las instancias y ajena, por consiguiente, al recurso de casación.*

La demanda, por último, 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 Helio Fabio Ramírez Naglés como autor de los delitos de homicidio y lesiones que le fueron imputados en el auto de proceder.

La demanda es, en consecuencia, claramente improcedente, por manifiesto error en la invocación de la causal alegada.

De la abundante jurisprudencia invariablemente sostenida por la Corte al respecto, es de una claridad meridiana la siguiente de 19 de agosto de 1972:

"... 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' (C. P. P., Arts. 536 y Sgt.). 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' (Id. Art. 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contraevidencia 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 contraevidencia escapa a la competencia de la Corte ...".

2. *Dispone el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que la parte motiva del auto de proceder debe contener la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado con indicación de las circunstancias conocidas que lo especifiquen, lo que significa que sólo pueden incluirse en los cuestionarios y considerarse en la sentencia, circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad que hayan sido previamente indicadas en aquella providencia o declaradas en el veredicto, si en este caso lo permiten las pruebas practicadas en la etapa probatoria del juicio.*

En el auto de proceder se imputó al procesado los delitos de homicidio y de lesiones personales, sin que en esa providencia se reconociera el atenuante de la riña imprevista ni esta modalidad surgiera de la etapa probatoria del juicio, de modo que los cuestionarios fueron elaborados de conformidad con el llamamiento a juicio y en ese sentido se pronunció el jurado de conciencia, por mayoría, al declarar la responsabilidad penal de Ramírez Naglés.

Cuando existe concordancia entre el auto de proceder, los cuestionarios, el veredicto y la sentencia, ésta es inobjetable en casación.

No prospera, en consecuencia, 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, visto el concepto del señor Procurador Tercero y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VERSION LIBRE Y ESPONTANEA DEL IMPUTADO, ANTE LA POLICIA JUDICIAL

No es requisito de validez de tal diligencia la intervención del apoderado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 51 de julio 22 de 1982.

Vistos

Mediante sentencia del 21 de julio de 1981 el Tribunal Superior de Cali confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Tercero Superior, contra Helmer de Jesús Villegas y Alonso Villa Alzate, como responsables de homicidio agravado y hurto. De tal decisión recurrieron en casación los procesados.

Hechos

En las horas de la noche del 12 de octubre de 1977, fue muerto con arma blanca el ciudadano Segundo Floretino Velandia en el área urbana de la ciudad de Cali, sector comprendido entre las calles 11 y 12 con carrera 10.

Actuación procesal

La investigación correspondió al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal; a ella fueron vinculados Alonso Villa Alzate, Helmer de Jesús Villegas y Mario Rodríguez Gallego; inicialmente favorecido aquel con un sobreseimiento temporal por el Juzgado Tercero Superior, a la postre los dos primeros fueron llamados a juicio y el tercero sobreseído definitivamente.

Al finalizar la audiencia pública el jurado respondió afirmativamente el cuestionario que se le formuló respecto de ambos procesados; con fundamento en tales veredicciones, el juzgado los condenó a la pena principal de dieciséis años de prisión; apelada tal sentencia, el Tribunal la confirmó en su integridad.

El recurso de casación interpuesto por el procesado Villegas hubo de ser declarado desierto por falta de sustentación; la demanda presentada por el defensor de Villa Alzate declarose oportunamente ajustada a derecho.

La demanda de casación

El actor invoca "causal de nulidad jurisprudencial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; artículos 305 y 431 del Código de Procedimiento Penal; Ley 8ª de 1958, artículo 3º, por desconocimiento de las garantías procesales y violación de los derechos individuales de los ciudadanos; en razón de la falta absoluta de defensa; el empleo de coacciones, amenazas y promesas por parte de las autoridades y violación al principio de la interdependencia de las dos instancias en la revisión de las providencias recurridas o consultadas".

Considera el recurrente que se violó el derecho de defensa de su patrocinado, porque en la diligencia en que la Policía Judicial consignó su versión sobre los hechos no fue asistido por apoderado, con lo que se contrarió lo dispuesto por el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal. Agrega que el apoderado de oficio que tuvo en la sumaria no presentó siquiera alegato de conclusión cuando se declaró el cierre de la investigación.

Afirma que se violaron los derechos del procesado "relacionados con su autonomía y libertad", porque en la Policía Judicial su defendido fue amenazado y golpeado sin que el juzgado de instrucción ni el juez del conocimiento ordenaran la correspondiente investigación.

Sostiene, finalmente, que se violó "el principio que garantiza la interdependencia de las dos instancias, porque el mismo juez superior que

tuvo a su cargo el proceso, dictó como Magistrado el auto de proceder, cuando ha debido declararse impedido''.

Concepto de Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita que no se case la sentencia impugnada.

Al primer cargo responde que no hubo en este caso falta absoluta de defensa, puesto que el procesado fue asistido por abogado de oficio, tanto en el sumario como en el juicio: recuerda, además, que no toda irregularidad procesal da lugar a nulidad supralegal.

En relación con el segundo cargo indica que la acusación de maltrato no fue demostrada y que en la diligencia de policía judicial el sindicado no hizo confesión alguna que lo comprometiera en los hechos investigados. Respecto del último cargo, manifiesta que no presentándose causal de impedimento por cuanto el Magistrado ponente, doctor Pérez González no revisó en el Tribunal su propia providencia, ni emitió previamente concepto sobre el asunto, resulta desacertado plantear nulidad.

Considerandos

Primer cargo. Si bien el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal dispone que ''el funcionario ante quien fuere llevada la persona capturada, pondrá inmediatamente en conocimiento de esta el derecho que tiene de nombrar un apoderado para que la asista en todas las diligencias subsiguientes, dejando constancia escrita de ello'', allí mismo se precisa que la intervención procesal del apoderado —nominado o de oficio—, se realizará ''a partir de la diligencia de indagatoria''. Por su parte, el artículo 289, numeral 8º del mismo estatuto procesal al consagrar como atribución de la Policía Judicial la de recibir por escrito 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'', solamente precisa que ella ha de estar firmada ''por el imputado en señal de asentimiento'', sin que exija para su desarrollo la presencia de apoderado. No siendo, pues, requisito de validez de tal diligencia la intervención de apoderado, como que aún no hay proceso, su ausencia no puede ser reclamada como motivo de nulidad legal ni constitucional.

Por lo que respecta a la falta de patrocinio jurídico en el curso del proceso y particularmente a la omisión de alegato de conclusión, tampoco ve la Sala que se hubiese incurrido en nulidad supralegal. En efecto, en la diligencia de indagatoria estuvo asistido por un abogado; pidió la práctica de un careo con importante testigo de cargo y la diligencia se practicó en dos oportunidades, ambas con presencia del mismo abogado (Fls. 60 y 224); el alegato de conclusión no es requisito esencial para el debido proceso; el no hacerlo puede ser parte de una estrategia procesal y ello no exime al juez del estudio objetivo e integral de la prueba; el auto de proceder le fue notificado por intermedio de defensor de oficio; este profesional del derecho pidió la práctica de un testimonio que consideró importante, diligencia esta que si bien no se pudo realizar en el período probatorio, sí se efectuó en la propia audiencia, en cuyo desarrollo el dicho defensor intervino con notable amplitud (Fls. 301/4). No es posible entonces concluir que a Villa Alzate se le conculcó el derecho de defensa.

Por estas razones, no prospera el cargo.

Segundo cargo. Ninguna evidencia de maltratos o amenazas por parte de la Policía Judicial a Villa Alzate muestra el proceso; la diligencia que ante ella rindió aparece firmada por él, como lo reconoció después en su indagatoria. Por lo demás, dicha diligencia no lo incrimina, pues en ella negó cualquier participación en la muerte de Florentino Velandia y en el apoderamiento de pertenencias suyas; no se ve entonces de qué manera se le afectó su autonomía y libertad y en qué forma pudo vulnerarse el debido proceso. No sobra recordar que tanto la diligencia rendida ante la Policía Judicial (14 de octubre de 1977), como la de indagatoria (17 del mismo mes), y el auto de detención (cuatro días después), fueron practicadas aquéllas y emitido éste en tiempo y con el lleno de los requisitos formales que la ley exige. De donde se deduce que por este aspecto tampoco se incurrió en nulidad y que, por ende, esta acusación habrá de ser igualmente desestimada.

Tercer cargo. Lo que realmente ocurrió fue que el doctor Pérez González en su condición de Juez Tercero Superior de Cali conoció de este proceso en su etapa sumarial; que antes de cerrada la investigación y sin que hubiese hecho pronunciamiento alguno sobre ella, fue nombrado Magistrado del Tribunal en su Sala Penal; que calificado el mérito del sumario con sobreseimiento temporal y apelada tal providencia por la fiscalía, el asunto correspondió en reparto al doctor Pérez González; que como ponente del

mismo proyectó un auto de revocación de aquella providencia para que en vez del sobreseimiento temporal se llamara a juicio a Villa Alzate, proyecto acogido unánimemente por sus compañeros de Sala (Fls. 107/17). De tales hechos deduce el recurrente que el Magistrado Pérez González ha debido declararse impedido para conocer de este proceso y que como no hizo tal pronunciamiento se incurrió en nulidad por violación del principio de las dos instancias.

Como bien lo anota la Procuraduría Delegada, la única supuesta irregularidad sería en ese caso la configuración de los impedimentos señalados en los numerales 4º (manifestación de opinión sobre el asunto materia del proceso), y 7º (haber dictado providencia de cuya revisión se trata) del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Pero, la verdad, es que ninguna de ellas se presenta: no la primera, porque como ya se indicó, durante el período en que intervino como juez en este proceso no hizo pronunciamiento alguno sobre los hechos, ni sobre la responsabilidad del sindicado, pues apenas limitó su actuación al ordinario impulso procesal de la investigación; ni siquiera profirió el auto detentivo; tampoco la segunda, porque como Magistrado conoció en segunda instancia por vía de apelación de un auto —sobreseimiento temporal—, dictado por otro funcionario. No hubo, pues, la menor irregularidad en la actuación del Magistrado. El principio de las dos instancias, que el recurrente encuentra vulnerado, no sufrió realmente mengua alguna, pues dos jueces distintos —único el primero y colegiado el segundo—, conocieron en primera y segunda instancia, respectivamente, del proceso en cuestión.

No prospera 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 impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ARTICULO 411 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Esta norma es rotunda en sus términos y su cumplimiento no admite dilación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 50, julio 21 de 1982.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Marino Antonio Mueses Pantoja, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por medio de la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, le condenó a la pena principal de ocho años de presidio (hoy prisión), como autor responsable del delito de homicidio en Aura Amparo Morales.

Hechos y actuación procesal

En la madrugada del 25 de abril de 1977, Marino Antonio Mueses Pantoja, luego de haber ingerido bebidas embriagantes en compañía de su concubina Aura Amparo Morales y de otras personas, cuando se hallaban en uno de los pasillos del "Hotel Andaluz" de la ciudad de Pasto, acometió contra aquélla a puñetazos y puntapiés y, posteriormente a golpes con el casco de una botella de vidrio que previamente había roto, causándole graves lesiones en el abdomen que la dejaron inconsciente y a consecuencia de las cuales falleció el 5 de mayo siguiente en el hospital de San Pedro de la localidad ya mencionada.

Con fundamento en las diligencias practicadas por la Inspección Segunda de Policía Municipal, el Juzgado Segundo Penal de Pasto declaró abierta la investigación. Se practicaron numerosas diligencias, se oyó en indagatoria al sindicado Mueses Pantoja (Fls. 33 y Sgtes.), contra quien el 18 de mayo siguiente se profirió auto de detención (Fls. 50 Sgtes.). Cerrada la investigación, el Juzgado Segundo Superior de Pasto, llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, a Marino Antonio Mueses Pantoja por el delito de homicidio simplemente voluntario en Aura Amparo Morales (Fls. 266 Sgtes.). Al conocer de la apelación interpuesta contra aquella providencia (Fl. 280), el Tribunal la confirmó en todas sus partes (Fls. 287 Sgtes.). Abierto el juicio a prueba, se practicó la solicitada por la defensa (Fls. 307 Sgtes.). Luego se celebró la audiencia pública y a la cuestión única sometida a la consideración del jurado, éste contestó en forma unánime: "Sí es responsable, pero en estado grave de alteración psíquica" (Fl. 350). El juzgador de primera instancia interpretó este veredicto como condenatorio por homicidio simplemente voluntario y, al acogerlo sentenció al procesado a la pena de ocho años de presidio (hoy prisión), a más de las accesorias de rigor (Fls. 355 Sgtes.). El Tribunal, al conocer de ella por apelación, al considerar que "no hubo en el sumario dato o signo que indicara la enfermedad mental de Mueses", concluye que "en el auto de proceder, razonablemente y con estricta sujeción a la verdad procesal, no podía afirmarse que Mueses Pantoja al tiempo de cometer el hecho delictuoso constitutivo de un delito de homicidio, padeciera de grave anomalía psíquica, pues su comportamiento durante el sumario fue de normalidad mental", y la prueba de aquella índole se encontró con posterioridad al cierre de la investigación; razón por la cual declaró la contraevidencia del veredicto y ordenó que el juzgado del conocimiento convocara a nuevo jurado para que decidiera en definitiva acerca de la responsabilidad penal del procesado (Fls. 403 Sgtes.).

Previa tramitación, se celebró segunda audiencia pública y el veredicto del jurado, proferido pòr mayoría fue: "Sí es responsable" (Fl. 466). Dando acogida a esta decisión, Mueses Pantoja

fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio (hoy prisión) y a las accesorias correspondientes. Decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal cuando conoció de las diligencias en virtud de apelación interpuesta contra ella.

Por último se interpuso contra la de segunda instancia el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

La demanda

Una vez estampados los prolegómenos de rigor, al amparo de la causal cuarta de casación, el censor formula dos cargos contra la sentencia impugnada, los cuales se presentarán en el orden en que vienen consignados y, por guardar estrecha relación entre sí, habrán de considerarse de manera conjunta.

Primer cargo. Lo enuncia: la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional, por violación del debido proceso en el juzgamiento de Mueses.

Agrega: "En efecto, Marino Antonio Mueses es un inimputable, padece una grave anomalía psíquica desde antes del momento en que ocurrieron los hechos materia de la investigación y el juicio. A pesar de ello, fue juzgado y condenado como imputable.

"El Tribunal Superior de Pasto, al proferir la sentencia condenatoria que se acusa, violó la ley sustancial penal al incurrir en manifiesto error de hecho, al no apreciar la prueba pericial de la anormalidad de Marino Antonio Mueses, que obra en el proceso. Dicho error de hecho, manifiesto y sustancial, condujo al sentenciador a incurrir en la causal cuarta de la casación establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, dando origen a la nulidad resultante de dar una tramitación procedimental distinta a la ordenada por la ley.

"Como consecuencia del error, se aplicó indebidamente el numeral 3º de la primera parte del artículo 34 del Código Penal y el Capítulo III del Título 2 del Libro 3 del Código de Procedimiento Penal, y no se dio cumplimiento al numeral 5 de la segunda parte del artículo 24 del Código de Procedimiento Penal y al Capítulo II del Título 2 del Libro 3 del Código de Procedimiento Penal. Lo cual, en desconocimiento del artículo 26 de la Constitución Nacional, condujo a la violación indirecta de la ley sustancial contenida en el artículo 29 del Código Penal; a la aplicación indebida del artículo 12 y artículo 362 del Código Penal; y a la no aplicación de las normas del Capítulo II del Libro I del Código Penal que habla de las medidas de seguridad".

Luego continúa: "El procesado Marino Antonio Mueses señaló en su indagatoria, que su madre padeció de enfermedad mental y, en el curso del sumario presentó claros y graves síntomas de anomalía psíquica, que fueron descritos como 'esquizofrenia catatónica' y que exigieron su internamiento, por un período de cerca de tres años, en el hospital psiquiátrico 'San Rafael' de la ciudad de Pasto y en el anexo psiquiátrico de La Picota, en Bogotá.

"Los diferentes exámenes médicos confirmaron el diagnóstico inicial, y la prueba pericial final, practicada por petición insistente de la defensa, dice, entre otras cosas: (Fl. 463).

"El señor Marino Antonio Mueses es un enfermo mental crónico, que ha ameritado por tal motivo varios internamientos hospitalarios en instituciones psiquiátricas de esta ciudad y de Bogotá.

" 'Que en cuanto a la etiología o probables causas de la dolencia, infortunadamente hasta hoy no se conoce sino algunas cosas que ya están bien establecidas y aceptadas. Entre tales *está la indudable influencia genética* en la presentación de las enfermedades mentales, entre las cuales se cuenta la esquizofrenia. En el presente caso tenemos el antecedente de que la madre fue indudablemente, o lo es seguramente hasta hoy, una esquizofrénica'..

"Dado que la evolución es por brotes con intervalos más o menos largos de relativa mejoría, *es muy probable que el señor Mueses cometió el delito que se investiga bajo el efecto de sus alteraciones mentales, equivalentes a lo que jurídicamente se llama 'grave anomalía psíquica'* (los subrayados son míos).

"Este experticio psiquiátrico fue el que el Tribunal dejó de apreciar en la sentencia, al igual que el juzgador de instancia, lo que condujo a que Marino Antonio Mueses se le juzgara y condenara como imputable, siendo, como se deduce del dictamen que es inimputable desde antes de la comisión de los hechos.

"El dictamen transcrito, que confirma todos los anteriores deja en claro lo siguiente:

"1. Que Marino Antonio Mueses es un enfermo mental crónico.

"2. Que el diagnóstico de su enfermedad es de esquizofrenia.

"3. Que es muy probable que Mueses haya cometido el delito dentro de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal.

"Al afirmar el carácter crónico de la enfermedad de Mueses se está diciendo que lo es desde hace mucho tiempo. Que su enfermedad no surgió intempestivamente, sino que es producto de un desarrollo latente, confirmado por los antecedentes familiares como una causa genética. Crónico dice el diccionario de la Academia, se aplica a las enfermedades largas o dolencias habituales que vienen de tiempo atrás.

"Al afirmar que el diagnóstico es de esquizofrenia, de características múltiples, pero marcadamente catatónico, se la está ubicando en lo que el Código Penal denominaba 'grave anomalía psíquica', encuadrado en el artículo 29, como causal de inimputabilidad. Además, señala, por las características de la esquizofrenia, que su desarrollo es lento pero permanente, incubado generalmente desde el medio de vida infantil, con incidencia de los factores genéticos o herenciales.

"Al afirmar que Marino Antonio Mueses cometió el hecho 'de manera muy probable' bajo el efecto de sus alteraciones mentales, descarta la certeza de normalidad. Por el contrario, afirma la anormalidad del procesado.

"Dentro del proceso del conocimiento, que va del error a la verdad, de la duda a la certeza, la probabilidad y la gran probabilidad lindan con la certeza y están lejos de la duda o el error.

"Decir, 'muy probablemente es inimputable', se está significando que el conocimiento obtenido está muy lejos de la afirmación contraria, de afirmar la imputabilidad.

"Si se hubiera estudiado e interpretado el informe médico legal, el Tribunal hubiese llegado al convencimiento de que se estaba juzgando a una persona psíquicamente anormal. Pues de todas maneras, era imposible, por deducción lógica, llegar a una conclusión contraria. La sentencia —de primer y segundo grado—, ignoró absolutamente el experticio, a pesar de estar en el proceso debidamente aportado. Ninguna referencia se hizo a él, ni se lo interpretó y analizó, ni se le concedió valor alguno.

"De haberlo hecho hubiese enderezado el proceso, ordenando un plenario sin participación del jurado popular y aplicando medidas de seguridad. Por el contrario, tramitó el juzgamiento con intervención de jueces de conciencia, generando la nulidad que es la causa de este cargo en sede de casación.

"Al afirmar la sentencia acusada que Mueses es penalmente responsable como autor del homicidio doloso que se le imputó en el auto vocatorio a juicio y que no se podía 'tomar una determinación jurídica distinta a la de condenar al encausado', violó precisamente la ley, por estar el juicio viciado de nulidad, de rango constitucional, al desconocer la plenitud de las formas propias del juicio y el debido proceso".

Segundo cargo. Lo enuncia como subsidiario, porque la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad constitucional, al privarse al procesado Mueses "de los medios defensivos, y violar, en consecuencia el debido proceso".

Expone: Si no se acepta el cargo anterior, debe tenerse en cuenta que "el procesado no fue atendido en todas sus peticiones defensivas, ni los juzgadores las procuraron adecuadamente, lo que condujo a que fuese juzgado y condenado como persona normal, como responsable de un delito de homicidio, a título de dolo, existiendo claras y vehementes indicaciones de que se trataba de un anormal, sin que le haya sido posible demostrar este extremo de su personalidad, que encuadra en el artículo 29 del Código Penal.

"Al vulnerarse el derecho de defensa, se violó el debido proceso que debió presidir el juzgamiento y condena de Marino Antonio Mueses, dando origen a una nulidad e incurrir en la causal cuarta de casación establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al dar una tramitación distinta a la ordenada por la ley.

"Como consecuencia, se aplicó indebidamente el numeral 3 de la primera parte del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, y el Capítulo III del Título 2 del Libro 3 del Código de Procedimiento Penal, y se dejó de aplicar el numeral 5 de la segunda parte del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal y el Capítulo II del Título 2 del Libro 3 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior, desconocimiento del artículo 26 de la Constitución Nacional, condujo a la violación de la ley sustancial contenida en el artículo 29 del Código Penal y se dejó de aplicar las normas del Capítulo II del Título 2 del Libro Primero del Código Penal, que habla de las medidas de seguridad".

Fundamenta: Mueses desde la indagatoria afirmó que hace unos ocho años su madre estuvo hospitalizada cinco meses, pues sufría enfermedades mentales y a él le da hemorragia nasal.

El 14 de noviembre de 1977 el Capellán de la cárcel informó al juzgado que Mueses presenta cuadro clínico de enfermedad mental y el médico del establecimiento y el legista, quien diagnosticó catatonia, solicitan internamiento en el hospital psiquiátrico de San Rafael, en la misma fecha.

Dos días más tarde el mismo Capellán impetra al juez del conocimiento una solución para Mueses, ya que "este interno sufrió una perturbación mental grave que lo tiene absolutamente trastornado ... y se está tornando furioso".

Entonces, desde la indagatoria Mueses señaló indicio de "posible enfermedad mental, lo que resultó confirmado cuando la esquizofrenia se manifestó de manera ostensible y dramática".

Transcribe el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. Y apartes de una jurisprudencia de la Corte acerca de cuándo debe el juez decretar la pericia sobre posible enfermedad mental.

Reseña cuáles fueron las manifestaciones de los juzgadores de instancia en el sentido de que no había enfermedad mental, desatendiendo las voces del citado artículo 411 "que prescribe un camino preciso tendiente a establecer de manera indubitable el estado de sanidad mental del procesado. Se procedió de manera contraria, absolviendo toda duda o incertidumbre en contra del sindicado. Al infringirse de esta manera los derechos del procesado se llegó a la violación del debido proceso".

Luego, continúa: "Ya en el plenario la defensa solicitó pruebas tendientes a demostrar la inimputabilidad de Marino A. Mueses, entre ellas el concepto médico del hospital psiquiátrico de San Rafael, sobre si la enfermedad de Mueses era reciente o tenía antecedentes anteriores a los hechos.

"El 9 de junio se allegó al proceso la prueba de que la madre del enjuiciado, Leonisa Pantoja, era también esquizofrénica.

"Hasta el momento de la audiencia se aportaron los siguientes documentos relacionados con la salud mental de Mueses:

"El 4 de junio de 1979, el mismo médico legista que el 15 de noviembre de 1977 había diagnosticado la esquizofrenia catatónica, opina que a Mueses se lo puede considerar 'psíquicamente normal'.

"Pero el 1º de junio de 1979, el médico de la cárcel solicita el internamiento en un centro psiquiátrico especializado, por ser Mueses un enfermo mental.

"El 21 de junio, como prueba para la audiencia, la defensa solicitó nuevamente el envío de la hoja clínica y el concepto médico, y la prueba pericial, para 'determinar si al momento de los hechos padecía alguna grave anomalía psíquica, de carácter permanente o transitorio'.

"Se agregó un resumen de la hoja clínica, con diagnóstico de esquizofrenia indiferenciada, y un concepto del médico tratante, quien es de la opinión de que es necesario un examen electroencefalográfico.

"La audiencia, pues, se realizó, sin que se hubiesen practicado todas las pruebas solicitadas por la defensa y ordenadas legalmente por el juzgado.

"El jurado de conciencia, después de que el juez negó la nulidad solicitada, acogió la tesis de la defensa y declaró que Mueses había obrado en estado de grave alteración psíquica. Reconoció, pues, su inimputabilidad. La veredicción fue considerada por el juez como simplemente condenatoria, como homicidio intencional.

"El Tribunal, al conocer la sentencia por vía de apelación, aceptó la validez del veredicto, pero consideró que este pugnaba contra la evidencia procesal. El Tribunal, si bien reconoció que Mueses padecía de enfermedad mental, opinó que no había la prueba de que era un anormal al tiempo de los hechos. Más que una contraevidencia —es decir, la evidencia contraria— el *ad quem* encontró una falta de prueba suficiente.

"Mientras se tramitaba la apelación se aportó el concepto 2340 del mismo médico legista, que afirma, el 16 de agosto de 1979, que 'se trata de un esquizofrénico que requiere tratamiento adecuado en un sanatorio mental', lo que fue causa para que Mueses fuera trasladado al anexo psiquiátrico de La Picota, en Bogotá.

"Posteriormente se anexó el concepto médico de La Picota que afirma que 'presenta un cuadro psicótico de tipo esquizofrénico' y solicita un tratamiento ambulatorio, que le ha sido negado.

"La defensa solicitó, el 14 de febrero de 1980 que, con el fin de realizar la segunda audiencia, se solicite el envío del procesado a la ciudad de Pasto, con copia de la hoja clínica con detalle del diagnóstico y psicogénesis de la enfermedad.

"La anterior petición fue ratificada, como prueba para audiencia. Además, se solicitó nuevamente la práctica de los exámenes correspondientes para determinar si al momento de los hechos el procesado sufría de alguna grave anomalía psíquica de carácter transitorio o permanente, pruebas que fueron decretadas.

"A folio 463 aparece el dictamen pericial que afirma: a) que se trata de un enfermo mental crónico; b) que el diagnóstico probable es el de esquizofrenia; c) que hay una indudable influencia genética, y d) que muy probablemente, al momento de los hechos padecía una grave anomalía psíquica.

"Sólo el 14 de enero —después de la audiencia— fue enviada al Juzgado Superior de Pasto copia de la hoja clínica del anexo de La Picota, con la anotación, dramática pero verídica, de que el envío no se pudo hacer con anterioridad, 'pues la máquina fotocopiadora del establecimiento se encontraba fuera de servicio'.

"Como resumen de todo lo anteriormente reseñado, tenemos:

"Existe una abundantísima prueba sobre la enfermedad mental de Marino Antonio Mueses, que cubre desde el sumario hasta la segunda audiencia. Es decir, de 1977 a 1981. Sólo aparece como pieza exótica e inexplicable, un aislado dictamen de normalidad, que no sólo corresponde al verdadero estado psíquico del procesado, sino que es rectificado dos meses después por el mismo médico legista.

"Figuran también numerosas peticiones de la defensa, a lo largo del plenario, solicitando la práctica de pruebas tendientes a demostrar la inimputabilidad de Marino Antonio Mueses. Algunas de ellas no se practicaron, tales como el experticio solicitado en la primera audiencia; el diagnóstico detallado con la psicogénesis de la enfermedad. Otras, se concede, fueron incompletas o afirmaron un grado de probabilidad. Y otras, finalmente, llegaron muy tarde al expediente.

"Pero una cosa queda clara de todo este complejo probatorio: pese a la incuestionable certeza de que Mueses padece crónica enfermedad mental, no hay prueba alguna que diga o afirme que en el momento de los hechos era una persona normal. Pero la incertidumbre se absolvió desfavorablemente por los juzgadores, contra toda lógica y contra el mandato legal. Primero, porque se le negaron los medios defensivos al no ordenarse la práctica de la experticia correspondiente; segundo, porque muchas pruebas pedidas y decretadas no se practicaron, y tercero, porque se dejaron de apreciar las que figuran en el proceso. Todo ello condujo a un juzgamiento equivocado y a señalar una pena también equivocada.

"En estos tres aspectos se violó el derecho de defensa del procesado y, por contera, el debido proceso, viéndose afectada, entonces, la sentencia de nulidad constitucional".

Transcribe varias jurisprudencias de la Corte sobre el particular en abono de sus pretensiones y finaliza con la solicitud de que se case la sentencia y se decrete la nulidad "a partir del auto que declaró cerrada la investigación, para que el juzgado de conocimiento proceda de conformidad".

Concepto del Ministerio Público

En él, luego de presentar los "antecedentes y actuación procesal" y los dos cargos formulados en la *demanda,* el colaborador conceptúa que si a Mueses "no se le practicó en la etapa del sumario experticio sobre su estado de salud mental", tal omisión se debió a que en aquélla no surgieron indicios que hicieran necesaria la aplicación del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que las manifestaciones sobre alienación se presentaron con posterioridad a los hechos y al auto de cierre de investigación, habiéndose observado que "durante la etapa sumarial su estado de salud denotó ser normal". Además, sobre este aspecto se debatió en la audiencia y el jurado profirió veredicto condenatorio por mayoría de votos. Para finalizar: "A lo anterior se suma que el dictamen médico-psiquiátrico del folio 463, en el cual se apoya la afirmación de inimputabilidad, constituye una mera aunque respetable hipótesis médica huérfana de comprobación científica indubitable; no es conclusiva, plantea una simple probabilidad sobre el origen de la dolencia que para la fecha de dicho dictamen padecía el señor Mueses Pantoja, así como sobre el estado de salud mental para el momento del delito, pero no permite inferir que realmente en tal ocasión el sujeto acusado estuviese atacado por anomalía psíquica con los caracteres de grave que hubieran justificado

su condenación como inimputable, previa anulación del proceso a partir del auto calificatorio, que es el fin esencial de la impugnación a través de este recurso extraordinario, y lo fue desde la primera audiencia que se celebró desde cuando su defensor planteó la tesis''.

En consecuencia, solicita que la Corte no case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

La impugnación está llamada a prosperar. En efecto:

Primero. Es necesario formular las siguientes precisiones:

Los hechos ocurrieron en la madrugada del 25 de abril de 1977. Dos días después se abrió la investigación.

La etapa sumarial se declaró cerrada el 2 de noviembre de ese mismo año (Fl. 251).

El auto de proceder, por medio del cual se le llamó a responder por homicidio simplemente voluntario, con intervención del jurado de conciencia, se profirió el 30 de noviembre siguiente (Fls. 266 Sgtes.). Apelado que fue, el Tribunal lo confirmó por medio del suyo de 7 de marzo de 1978 (Fls. 287 Sgtes.).

La audiencia pública se celebró el 28 de junio de 1979, la cual culminó con el siguiente veredicto proferido por unanimidad: ''Sí es responsable, pero en estado de grave alteración psíquica'' (Fls. 327 Sgtes., 350).

El 31 de julio siguiente el juzgado del conocimiento resolvió ''*acoger* el veredicto condenatorio'' y sentenció al procesado Marino Antonio Mueses Pantoja, por el delito de homicidio simplemente voluntario, a la pena principal de ocho años de presidio (Fls. 355 Sgtes.).

Apelada la sentencia, subió al Tribunal. Por auto de 29 de octubre declaró la contraevidencia del veredicto (Fls. 403 Sgtes.).

El 13 de noviembre de 1980 se celebró la segunda audiencia (Fls. 467 Sgtes.). El veredicto fue: ''Sí es responsable'' por mayoría (Fls. 466 Sgtes.).

El 13 de diciembre siguiente, mediante sentencia, el juzgado, dando acogida a ese veredicto, impuso a Mueses Pantoja la pena de ocho años de presidio, a más de las accesorias de rigor (Fls. 480 Sgtes.).

Subió al Tribunal por apelación y esta Corporación el 9 de marzo de 1981, la confirmó en todas sus partes (Fls. 509 Sgtes.).

Destácanse los siguientes hitos cronológicos principales:

Cierre de investigación: 2 de noviembre de 1977; auto de proceder: 30 de noviembre siguiente; primera audiencia pública: 28 de junio de 1979; primera sentencia: 31 de julio siguiente.

Segundo: Dispone el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal:

''Examen del sindicado por peritos médicos.

''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.

''Igual diligencia deberá ordenarse, con el sindicado respecto de quien no sea procedente la captura, aun antes de tomársele indagatoria.

''Si el sindicado se negare a ser examinado, deberá dejarse constancia de ello en el proceso.

''Sin perjuicio de este reconocimiento, el funcionario recibirá información del estado psíquico del procesado a las personas que pudieren dar detalles más precisos por razón de sus circunstancias especiales o de las relaciones que hayan tenido con aquel procesado, antes y después de haberse ejecutado el hecho''.

Esta norma (Art. 411 del Código de Procedimiento Penal) es rotunda en sus términos y su cumplimiento no admite dilación: tan pronto como el funcionario instructor observe o tenga conocimiento de cualquiera de las circunstancias en ella precisadas, está en la obligación de ordenar los exámenes que deben practicarse por peritos médicos.

Y lo anterior es de trascendental importancia, porque tanto en la anterior legislación penal como en la actualmente vigente, de la precisa determinación del estado de las facultades mentales del procesado en el momento de cometer el hecho, se sigue tanto el procedimiento al cual deba sujetarse la tramitación de su caso, como de las consecuencias de su actividad, ya que a los inimputables les son aplicables las medidas de seguridad, en tanto que los normales deben quedar

sujetos a las sanciones que la ley señala, mediando para los primeros, en casos como el sometido a estudio, un juzgamiento sin intervención de jurados, requisito que se exige en el de los segundos.

Tercero. Habida consideración de la norma que viene de transcribirse y volviendo al aspecto de la actuación procedimental, se tiene:

Con relación a la normalidad o anormalidad psíquica del sindicado, debe observarse:

Cuando el 16 de mayo, 21 días después de los hechos, se le oyó en indagatoria, manifestó: "De mi familia mi mamá sí ha sufrido enfermedades mentales, ella estuvo hospitalizada durante cinco meses, de eso hace como unos ocho años, no sé qué médico la trató, de los demás de la familia nadie es enfermo, yo tengo una enfermedad que me da hemorragia de la naríz" (Fl. 33).

Bien pudo el funcionario instructor en estas referencias a su propia novedad de hemorragia nasal ni a su constante afición a las bebidas alcohólicas, por lo cual era conocido con el alias de "El Borracho", las lejanas enfermedades mentales de la madre, no encontrar indicios que le llevaran a dar aplicación al artículo 411 del estatuto procesal penal, aun cuando sí hubiera debido, en sus indagaciones, tener en cuenta tal antecedente en su progenitora y su conocida dedicación, ya larga y permanente, a las bebidas embriagantes.

El 2 de noviembre de 1977 se declaró cerrada la investigación (Fl. 251).

12 días más tarde y antes de que se dictara auto de proceder, el Capellán de la Cárcel Nacional del Distrito Judicial de Pasto, se dirige al juzgado del conocimiento y, entre otras cosas, la manifiesta: "Paso a suplicarle el favor de atender la solicitud que el portador de esta va a presentarle sobre el asunto del señor Marino Antonio Mueses Pantoja, como usted juzgue mejor, según los dictados de la ley. 'Sucede que este interno está totalmente enajenado, después de haber dispuesto de una salud perfecta, como me consta; ofrece peligro para la población reclusa por su situación de alienado mental'. La situación sigue agravándose más por carecer de médico y de atenciones propias de su caso" (Fl. 254).

Al día siguiente el Director de la cárcel le pide al juez que ordene el internamiento de Mueses en el hospital psiquiátrico de San Rafael y para fundamentar la solicitud le adjunta la orden de hospitalización en aquel hospital, expedida por el médico del establecimiento (Fls. 255 y 256).

También el mismo 15 de noviembre y, en respuesta a un oficio del Juez Segundo Superior, el médico legista, distinto al de la Cárcel Distrital, le dice al funcionario: "Examinamos a Marino Antonio Muses (sic) Pantoja, quien presenta: Una actitud *catatónica* con mutismo absoluto y síntomas de agresividad, por lo cual debe ser recluido en un manicomio para observación y tratamiento" (Fl. 257).

Al día siguiente, de nuevo el Capellán le dice al funcionario, refiriéndose a Mueses: "Este interno sufrió una perturbación mental grave que lo tiene absolutamente trastornado; es apenas sindicado pero su estadía en la cárcel turba gravemente la disciplina del plantel, porque se está tornando furioso" (Fl. 258).

El 17 de noviembre el juez ordena la "inmediata reclusión en el hospital psiquiátrico 'San Rafael' " de Mueses, de conformidad con el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal y solicita de la Dirección General de Prisiones la correspondiente resolución (Fl. 259).

Desde el momento mismo en que el funcionario basa su determinación en la norma 444, estaba reconociendo que "al tiempo de cometer el hecho, o al tiempo del proceso" el sindicado se encontraba "en alguna de las circunstancias descritas por el artículo 29 del Código Penal".

A pesar de todo el causal probatorio anterior, dentro del cual debe destacarse lo expuesto por los médicos acerca del estado de anomalía psíquica padecido por Mueses, el juez, con posterioridad al acreditamiento de tales circunstancias, en vez de detenerse a investigar con la debida seriedad las condiciones psíquicas del procesado, cumpliendo con la perentoria obligación que le imponía el artículo 411 del estatuto procesal penal, con fecha 30 de noviembre dictó auto de proceder y llamó a responder en juicio a Mueses, con intervención del jurado, habiendo dicho escuetamente en la parte motiva que el sindicado "al tiempo de los hechos discurría normalmente", por lo cual "se causó un homicidio simplemente voluntario, la agresión fue dolosa y se ocasionó la muerte injustificadamente" (Fl. 272).

Si se tiene en cuenta que la "actitud *catatónica,* con mutismo absoluto y síntomas de agresividad" que presentó Mueses Pantoja, pone de presente, como adelante se comprobará, que se estaba y está frente a una persona esquizofrénica, el funcionario del conocimiento, de inmediato, ha debido, en cumplimiento de la norma 411, abstenerse de proferir auto de llamamiento a juicio, menos en la forma en que ya se dijo que lo hizo, y, es su lugar, ordenar los exámenes pertinentes, tendientes a establecer si para la época en que ocurrieron los hechos, Mueses se encontraba dentro de alguno de los estados que le hacían inimputable.

Tanto más necesario se hacía establecer claramente lo anterior, cuanto que el mismo juzgador se dio perfecta cuenta del trastornado estado mental del procesado, ya que a más del anterior internamiento que ordenara el hospital psiquiátrico, por auto de 1º de diciembre de 1977, es decir, al día siguiente de proferido el de proceder, y, en atención a esa circunstancia, dispuso: "*Nómbrase* curador *ad litem* del mencionado procesado a su padre señor José Antonio Mueses. Cíteselo y désele la posesión correspondiente" (Fl. 274), diligencia que tuvo lugar el 16 de enero del año siguiente (Fl. 278), habiéndosele notificado el auto de enjuiciamiento al curador "quien impuesto del contenido firma manifestando que nombra al señor doctor Jorge Isaac Dulce como defensor de Marino Antonio Mueses" (Fl. 278).

Es difícil aceptar que en el lapso comprendido entre el 13 de mayo de 1977, fecha en que se produjo la captura de Mueses (Fl. 15) y el 14 de noviembre de ese mismo año, fecha de la primera carta del Capellán del establecimiento carcelario, en la cual se comunica el juzgado que el sindicado "está totalmente enajenado, ... ofrece peligro para la población reclusa por su situación de alienado mental" (Fl. 254), Mueses hubiera pasado de un estado de total normalidad, a aquél que dos días más tarde: 16 de noviembre, vino a certificar el médico legista (Fl. 257). Porque aquélla "actitud *catatónica,* con mutismo absoluto y síntomas de agresividad", correspondiente a una persona esquizofrénica, requería un tiempo de incubación y desarrollo muy superior al de seis meses; porque la esquizofrenia no implica un permanente e ininterrumpido manifestarse de ella, sino que, como en muchas de las enfermedades mentales, se presentan lapsos en que no se pone de presente, sino que, por el contrario, la persona que la padece aparentemente se encuentra en estado de cordura, de sanidad y, así, cualquiera puede confundirla con un normal.

De ahí que en casos como este, sean los peritos médicos, especializados en psiquiatría, los llamados a dictaminar en qué estado se encontraba el sindicado en el momento mismo de ocurrir los hechos.

Las anteriores fallas en el procedimiento investigativo serían suficientes para fundamentar la conclusión a la cual habrá de llegarse. Mas, en el transcurso de la actuación procesal, se cumplieron otros hechos que vienen a reforzarla:

Al subir las diligencias al Tribunal en virtud de apelación interpuesta contra el auto de proceder, el Fiscal de la Corporación solicitó el que fuera revocado para, en su lugar, proferir un sobreseimiento de carácter temporal, por cuanto había duda acerca de si la muerte fue a causa directa de las heridas o de carácter concausal (Fls. 285 Sgt.).

El Tribunal, dando por sentado que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, dice que el procesado no actuó "al amparo de causas de inculpabilidad o de justificación del hecho" y confirmó la providencia recurrida (Fls. 287 Sgtes.).

Abierto el juicio a prueba, el defensor solicitó algunas tendientes a establecer en qué estado psíquico se encontraba Mueses en el momento de cometer los hechos (Fl. 307). Se decretaron (Fl. 307 Vto.).

El Médico Director del Asilo de Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, ante la solicitud que el juez le hizo de la historia clínica de Leonisa Pantoja, madre del sindicado, informa que ella "estuvo internada en este hospital entre el 11 de julio de 1961 y el 18 de agosto del mismo año, tiene diagnóstico de esquizofrenia" y agrega que no quedó en el centro asistencial la historia clínica pedida (Fl. 309).

El 1º de junio de 1979 el médico de la Cárcel Distrital de Pasto afirma que Mueses "presenta enfermedad mental, por lo tanto debe ser trasladado al centro psiquiátrico especializado (hospital San Rafael)" (Fl. 318).

Contrasta lo anterior con la manifestación que tres días después hace el médico legista al afirmar que a Mueses "se lo puede considerar psíquicamente normal" (Fl. 315).

Al folio 323 aparece un "resumen de la historia clínica" de Mueses, firmado por el Médico Director del Hospital Psiquiátrico de San Rafael: Ingresó el 17 de noviembre de 1977 (había sido capturado el 12 de mayo) y salió el 30 de enero de 1979 (mejoría). Ingresó "incoherente, desordenado en el discurso no existe lógica en ocasiones crisis de agresividad y cae en mutismo del que es muy difícil sacarlo. Al preguntarle la causa de su detención no contesta al insistir dice 'yo no sé', no sale de este tema". Salió por satisfactoria evolución. "Esquizofrenia indiferenciada" (Fl. 323). Es decir, estuvo en el establecimiento psiquiátrico por un lapso de catorce meses y medio, durante el cual "fue sometido a tratamiento de Mayeptil, Akineton y 5 electrochoques, luego pasó a terapia ocupacional donde trabajó efectivamente" (Fl. 325).

El médico, doctor Servio T. Caicedo M., con fecha 27 de junio de 1979, expidió la siguiente constancia:.

"Que con base en el breve resumen de la historia clínica expedido por el doctor Luis G. Moncayo a ésta (sic) misma fecha y en los informes del examinado y peticionario, se deduce que el mencionado señor padeció enfermedad mental de carácter esquizofrénico, con el agravante de que la madre de él estuvo mentalmente enferma y hospitalizada por tal causa hace algún tiempo, de lo cual hay constancia y es conocida la influencia que los antecedentes familiares tienen en la presentación de estas enfermedades.

"Que igualmente la información por él suministrada y corroborada por sus aparientes (sic), sugiere la existencia de episodios de inconciencia y conducta automática, de etiología no aclarada y que este antecedente puede explicar el hecho de presentar 'borrachera patológica', durante la cual es frecuente la comisión de actos antisociales; tal estado puede asimilarse a 'grave anomalía psíquica'.

"Que para averiguar un poco más profundamente la posible etiología de los trastornos del señor Mueses Pantoja, se hace necesario la práctica de un examen electroencefalográfico, pues hay que descartar o confirmar la sospecha de una epilepsia del lóbulo temporal.

"La presente constancia la solicita el doctor Mueses Pantoja, para adjuntarla al expediente que se le sigue por la comisión de un presunto delito de homicidio y se le expide a título meramente personal, sin que haya sido solicitado por el juez de la causa" (Fl. 324).

Durante la primera audiencia el defensor sostuvo como tesis principal y, pidió respuesta en consecuencia, que en el momento de los hechos el procesado había obrado en estado de grave anomalía psíquica. El veredicto proferido por unanimidad fue: "Sí es responsable, pero en estado de grave alteración psíquica" (Fl. 350).

La sentencia condenatoria de fecha 31 de julio de 1979 (Fls. 355 Sgtes.), no pudo ser notificada a Mueses por estar enfermo (Fl. 356), motivo por el cual su defensor solicitó su internamiento en hospital psiquiátrico (Fl. 367), reafirmando su pedimento con una certificación del médico doctor Caicedo (Fl. 368).

El 1º de agosto del mismo año, el Médico Director del Instituto de Medicina Legal responde al señor Juez Segundo Superior: "Examinamos a Marino Antonio Mueses Pantoja, quien presenta autismo, contesta con dificultad las preguntas que le formulan. Adopta una actitud catatónica e indiferente a todo lo que lo rodea. Exhibe una receta del doctor Luis Carlos Moncayo, en la cual figuran como medicamentos *Stelazine* y *Sinogán*. Se trata de un esquizofrénico que requiere tratamiento adecuado en un sanatorio mental" (Fl. 370).

Y llama la atención que en esa misma fecha (16 de agosto), al serle notificada la sentencia condenatoria a Mueses "por ante el señor Director de la Cárcel Judicial", se deje la siguiente constancia: "El procesado demuestra encontrarse mejor de salud" (Fl. 371), cuando el Director del Instituto de Medicina Legal acababa de afirmar todo lo contrario (Fl. 370).

Y en esa misma fecha (16 de agosto), el juzgado del conocimiento profiere un auto, mediante el cual "teniendo en cuenta el concepto emitido por el señor Médico Legista del Departamento, en relación con el estado de salud mental del sindicado Marino Antonio Mueses Pantoja, se ordena su inmediata reclusión en el hospital psiquiátrico 'San Rafael' de esta ciudad" (Fl. 372).

Al folio 380, con fecha 17 de septiembre de 1979, se encuentra el siguiente documento: "Me permito informar al señor Secretario que me trasladé a la Cárcel Judicial de Pasto, con el fin de notificar la providencia por medio de la cual se concedió el recurso de apelación a la sentencia condenatoria dictada en contra de Marino Antonio Mueses Pantoja, funcionarios de la cárcel me informaron que éste había sido trasladado al Anexo Psiquiátrico (sic) de Bogotá, cum-

pliendo la resolución dictada por la Dirección General de Prisiones'' (Fl. 380, Cfr., Fls. 382, 384). Esa providencia fue notificada al curador *ad litem* del procesado (Fl. 386).

Subidas las diligencias al Tribunal (Fl. 387), el defensor insiste ante la Corporación en sus puntos de vista (Fls. 389 Sgtes.). La Corporación, considerando que el comportamiento de Mueses fue de normalidad mental durante el sumario, decretó la contraevidencia del veredicto y ordenó la convocatoria de nuevo jurado (Fls. 403 Sgtes.).

El 14 de febrero de 1980, el defensor solicita el traslado a Pasto de Mueses para efectos de la celebración de la audiencia y el que se pida su hoja clínica ''con detalle del diagnóstico y psicogénesis de su enfermedad'' (Fls. 436 Sgt.).

El 26 de marzo de 1980 el médico psiquiatra, Director del Anexo Psiquiátrico de la Penitenciaría Central —Bogotá—, informa al Asesor Jurídico que Mueses ''ingresó al Anexo el 12 de septiembre de 1979, presentando un cuadro psicótico de naturaleza esquizofrénica, que ha remitido satisfactoriamente el tratamiento instituido. Actualmente su comportamiento es adecuado, tranquilo, recibe una dosis medicamentosa baja de mantenimiento. En estas condiciones su permanencia en el Anexo no es necesaria, consideramos que su traslado al lugar de origen, donde el contacto con su medio social y familiar sea más estrecho, representa un gran beneficio para él. Aconsejamos la continuación del tratamiento instituido acá'' (Fl. 442).

El 4 de noviembre de 1980 el defensor memorializó:

''Dentro de la oportunidad legal me permito solicitar las siguientes pruebas para la audiencia de juzgamiento:

''a) Pedir con carácter urgente, por la vía telegráfica al Anexo Psiquiátrico de la Picota en Bogotá, copia de la historia clínica del procesado, con su diagnóstico y psicogénesis de la enfermedad;

''b) Que por los médicos psiquiatras del hospital San Rafael se practiquen los exámenes concernientes tendientes a determinar, por la característica de la enfermedad, factores hereditarios, etc., si al momento de los hechos el procesado sufría de alguna grave anomalía psíquica de carácter transitorio o permanente.

''Las anteriores pruebas fueron solicitadas anteriormente y en forma oportuna'' (Fl. 457).

Se accedió a la petición anterior (Fl. 458). Se designó perito al doctor Servio Tulio Caicedo (Fl. 461), quien se posesionó (Fl. 462).

Su concepto, de fecha 13 de noviembre de 1980, está concebido en los siguientes términos:

''En relación con la solicitud en referencia expongo:

''1º El señor Marino Antonio Mueses es un enfermo mental crónico, que ha ameritado por tal motivo varios internamientos hospitalarios en instituciones psiquiátricas de esta ciudad y de Bogotá.

''2º El diagnóstico muy probable es el de esquizofrenia. Esta enfermedad, como es bien sabido tiene una evolución muy anárquica, dando lugar a manifestaciones de diversa índole, tales como catetonías, paranoides, etc., pero que en la mayoría de los casos evoluciona hacia un deterioro mental de características irreversibles, como es el caso actual del señor Mueses.

''3º Que en cuanto a etiología o probables causas de la dolencia, infortunadamente hasta hoy no se conoce sino algunas cosas que ya están bien establecidas y aceptadas. En retales está la indudable influencia genética en la presentación de enfermedades mentales, éntre las que se cuenta la esquizofrenia. En el presente caso tenemos el antecedente de que la madre fue indudablemente, o lo es seguramente hasta hoy, una esquizofrénica.

''4º Dado que la evolución es por brotes con intervalos más o menos largos de relativa mejoría, es muy probable que el señor Mueses cometió el delito que se investiga bajo el efecto de sus alteraciones mentales, equiparables a lo que jurídicamente se llama 'grave anomalía psíquica'.

''5º Que en mi concepto quedaría por aclarar, para descartar o confirmar, la sospecha de un proceso tumoral de lóbulo temporal, entidad en la cual se encuentra también una sintomatología episódica de gran violencia, durante la cual es posible la comisión de actos punibles. Pero que esta suposición es muy poco probable por el estado evidentemente muy psicótico del enfermo Mueses.

''Es mi concepto, señor juez'' (Fl. 463).

Se celebró la audiencia pública el 13 de noviembre y deben destacarse los siguientes apartes

del acta: Preguntado Mueses: "¿Diga usted sus nombres y apellidos? El detenido no contesta, mueve la cabeza, no recuerda los años que tiene, no se acuerda si viven sus padres, no sabe leer ni escribir, se pone la mano en la mejilla y no da respuesta a ninguna de las preguntas que se le formulan, toda vez que se le nota enfermo, posiblemente es una característica de su enfermedad mental ... El señor juez concede por primera vez el uso de la palabra al procesado Marino Antonio Mueses, quien no responde nada ... El señor juez concede por segunda vez el uso de la palabra al procesado Marino Antonio Mueses, quien no contesta nada ... Se deja constancia que dentro de la diligencia Marino Antonio Mueses se reía, al parecer por su anormalidad mental" (Fls. 457 sgtes.).

Proferido el veredicto condenatorio, se dictó la respectiva sentencia, teniendo únicamente en cuenta, a más de la relación de pruebas sobre autoría, el que "el veredicto del segundo jurado es definitivo" (C. P. P., Art. 565).

Con fecha 12 de diciembre de 1980, el Director de la Cárcel de Pasto, responde al juez del conocimiento:

"La conducta del susodicho interno —(Mueses)— es buena, pero que debido a su enfermedad mental, en ocasiones causa problemas y daños al establecimiento. Para mayor información, a continuación le transcribo la conclusión que al respecto hace el médico del penal en escrito de la fecha: 'El señor Marino Mueses en su ingreso actual no ha causado ningún problema de orden interno, por lo que a la Sección de Sanidad se refiere, lo cual no quiere descartar que en un futuro dicho paciente pueda causar graves trastornos a la institución'" (Fl. 492).

Con posterioridad al diligenciamiento anterior, del Anexo Psiquiátrico de la Picota enviaron a Pasto la historia clínica de Mueses y algunos conceptos del médico psiquiatra, de los cuales se puede destacar que fue "paciente completamente desorientado temporalmente, ..., desinterés total ... Se solicita tratamiento psiquiátrico ..." (Fls. 498 Sgtes.). En realidad es difícil sacar otras expresiones, por lo pésimo de las fotocopias.

De nuevo subieron las diligencias al Tribunal en virtud de apelación interpuesta contra la segunda sentencia condenatoria.

El Fiscal finaliza su concepto de rigor, así:

"Todo ha quedado entre nebulosas y lo único cierto es que se ha condenado a Marino Antonio como autor de un homicidio voluntario en una segunda audiencia. En uno de los apartes de la vista fiscal de octubre 16 de 1979 decíamos 'se ha celebrado la audiencia pública y en veredicto aceptado por el juez de instancia ha dicho «sí es responsable, *pero en estado grave de alteración psíquica*». En este caso surge la duda. ¿Se juzgó de acuerdo con la ley a Mueses? ¿Acaso no debía encasillársele como dice su abogado defensor en lo que dispone el artículo 29 del Código Penal? porque nadie va a negar que los jueces de hecho al conceptuar de la manera que lo hicieron, nos están dando la razón de una anomalía psíquica, y entonces, si Mueses Pantoja causó la lesión que se afirma fue causa suficiente de la muerte de la señora Morales, ¿o lo hizo con entera voluntad como anotó el honorable Tribunal en uno de sus considerandos atrás transcritos?, o evidentemente obró con grave anomalía psíquica'. Esta duda planteada quedó como un anhelo del Ministerio Público y por eso no hace otra cosa el Despacho que dejar su voz de inconformidad por ahora ante tamaño acto que considera injusto, que no es otro que el de la sentencia condenatoria dictada" (Fls. 507 Sgte.).

Luego, con pasmosa brevedad y, con fundamento en la norma 565 del Código de Procedimiento Penal, se produjo la sentencia de segunda instancia recurrida en casación.

Cuarto. Se hizo necesario ese largo recuento probatorio en torno a la salud del procesado, porque era la única manera de poner en evidencia el grave trastorno de sus facultades mentales. Nadie puede dudar de la esquizofrenia por él padecida, tal vez de origen hereditario, ya que su madre sufrió de igual enfermedad, por lo cual estuvo recluida varios meses en un hospital psiquiátrico.

El funcionario instructor tuvo conocimiento de los desvíos mentales de la madre de Mueses, desde el momento mismo de la indagatoria. Sin embargo, nada quiso explorar sobre el particular.

Clausurada la investigación el 2 de noviembre de 1977 y, ocho días antes de que se profiriera auto de proceder, el juzgado del conocimiento fue seriamente informado del grave trastorno psíquico sufrido por Mueses, puesto que el 14 de noviembre (el auto enjuiciatorio tiene fecha 30 del mismo mes) el Capellán del establecimiento así se lo manifestó al juzgado: "ofrece peligro

para la población reclusa por su situación de alienado mental. La situación sigue agravándose más por carecer de médico y de atenciones propias su caso'' y así lo corroboraron de inmediato el Director del establecimiento carcelario y el médico de él, quien le dice: ''Presenta: Una actitud *catatónica,* con mutismo absoluto y síntomas de agresividad, por lo cual debe ser recluido en un manicomio para observación y tratamiento''. Y, el Capellán repite: ''Este interno sufrió una perturbación mental grave que lo tiene absolutamente trastornado; es apenas sindicado, pero su estadía en la cárcel turba gravemente la disciplina del plantel, porque se está tornando furioso''. El mismo juez tuvo que ordenar su internamiento inmediato ''en el hospital psiquiátrico 'San Rafael' ''.

Todo esto ocurría con posterioridad, sí, al auto de cierre de investigación, pero con anterioridad al de llamamiento a juicio. El juez ha debido suspender el pronunciamiento de este último y obrar en concordancia con el artículo 411 del estatuto procesal penal, pero no lo hizo.

Ya antes se destacaron las graves y trascendentales diferencias que se presenta en relación con el juzgamiento y a sus consecuencias, de una persona normal o de una anormal. En el primer caso puede llegarse a la declaratoria de responsabilidad, en tanto que en el segundo, esto nunca sucederá, porque se estaría frente a un inimputable.

Ante un cuadro clínico como el que ha sido descrito por los científicos que estuvieron en relación directa con Mueses, el hecho de que la primera manifestación dentro de la cárcel se hubiera presentado a los cinco meses de su ingreso en ella, no era suficiente para que el juzgador hubiera descartado, por sí y ante sí la posibilidad de que al momento de cometer el hecho, Mueses Pantoja se hubiera encontrado en alguna de las situaciones a que se refería el artículo 29 del antiguo Código Penal o el 31 del actual. Sino que se encontraba en la obligación de dar aplicación al artículo 411 del de Procedimiento Penal. Y, por no haber procedido con acatamiento a esa norma, se presentaron en el juzgamiento las nebulosas y confusiones a las cuales se refiere el Fiscal del Tribunal en el aparte ya transcrito de su concepto.

La Corte ha dicho y, bien hizo en recordarlo en las debidas oportunidades el abogado defensor:

''Es evidente, entonces, que no solamente se dejó en el vacío una conclusión necesaria para determinar la salud psíquica del sindicado, por deficiencia en la averiguación, sino que, a pesar de la incertidumbre creada al respecto, se adelantó el juicio en la forma prevista para los delincuentes normales y se aplicaron las penas señaladas solamente para éstos.

''Y es obvio que tanto la sociedad como el acusado mismo, tienen derecho a que se adelante al trámite que corresponda y se apliquen las sanciones (o penas o medidas de seguridad) pertinentes. Y en este negocio, la ausencia de conclusiones en los exámenes psiquiátricos hechos al sindicado, no fue obstáculo para que se juzgará como normal y se le condenara a las sanciones previstas para los delincuentes normales.

''Y en la providencia del 31 de julio de 1973 (publicada en la *Gaceta,* Tomo CXLVII, Pág. 276), frente a un caso en que figuran varios dictámenes contradictorios, se dijo lo que sigue:

''Los elementos de juicio que se dejan relacionados no permitían el juzgamiento del procesado, Ferrín Ortiz, por la vía del jurado, pues motivan verdadera perplejidad acerca del estado mental del sindicado, al punto de que no le es posible al fallador afirmar, con razonable fundamento, que aquél no es una de las personas comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, y si los peritos médicos no despejaron la incertidumbre, como que no se atrevieron a calificar la intensidad de la anomalía psíquica permanente que observaron en el acusado, no le era dable al juez eliminar la duda catalogando como 'leve' aquella enfermedad mental, pues no sólo en equidad y justicia, sino por orden de la ley (Art. 216 del C. de P. P.) ha debido resolver la perplejidad en favor del inculpado, dándole a éste el tratamiento legal previsto para los llamados con alguna impropiedad 'delincuentes anormales'.

''La imputación a título de dolo, elemento éste típico de la culpabilidad, únicamente puede hacerse a quien voluntaria y concientemente haya ejecutado el hecho descrito en la ley como infracción. Sin la certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la legislación penal, no es permitido abrir causa criminal con la formulación de un cargo investido de dolo, por cuanto este factor subjetivo solamente es predicable respecto de las personas no comprendidas en la disposición del

artículo 29 del Código Penal, tal como lo advierte el artículo 12 *ibidem*".

Pero en el juzgamiento de Marino Antonio Mueses Pantoja se persistió en considerarlo como una persona perfectamente normal, siendo que las pruebas que se habían aducido estaban poniendo de presente, en grado máximo de posibilidad, que se estaba frente a un anormal. Si persistía la duda, ella ha debido de desvanecerse, pero nada concreto se intentó sobre este particular, a pesar de que el mismo juzgador dispuso, aún antes de proferir el auto de llamamiento a juicio, su internamiento en una clínica psiquiátrica. Y, se prosiguió por el mismo equivocado sendero, hasta la final culminación, a pesar de que un perito designado por el mismo juez, manifestó que: "Dado que la evolución es por brotes con intervalos más o menos largos de relativa mejoría, es muy probable que el señor Mueses cometió el delito que se investiga bajo el efecto de sus alteraciones mentales, equivalentes a lo que jurídicamente se llama 'grave anomalía psíquica' " (Fl. 463).

Conclúyese de todo lo anterior que en el juzgamiento de Marino Antonio Mueses Pantoja no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, bien porque habiéndosele debido juzgar sin la intervención del jurado, con su mediación se le juzgó, con las trascendentales consecuencias de rigor; bien porque, habiendo insistido el defensor en la práctica de determinadas pruebas tendientes a resolver el aspecto relacionado con la salud mental del procesado, si era que aún se dudaba de su estado de grave alienado mental, no se satisfacieron en su integridad sus justas y legales pretensiones. En consecuencia, la sentencia, como lo alega el impugnante, se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional (artículo 26), por lo cual ésta habrá de decretarse a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación, previa casación de la sentencia impugnada, a fin de que por los peritos médicos psiquiatras se defina el estado mental del procesado para el momento de la ejecución del hecho materia de esta investigación.

Dos situaciones pueden presentarse en casos cuya materia sea la que se ha venido estudiando, dentro de procesos, en principio, en que esté llamado a intervenir el jurado de conciencia.

1ª Que en la etapa probatoria del plenario se establezca que el procesado para la fecha o época de la ejecución del hecho, se encontraba dentro de alguno de los estados contemplados en el artículo 29 del anterior Código Penal o 31 del actual, o

2ª Que con anterioridad al auto de proceder, aun cuando se haya cerrado la investigación, se presenten manifestaciones de aquéllas que al cristalizar, podrían colocar al sumariado dentro de alguna de las circunstancias fijadas por esas normas.

En el primer caso, sería posible proferir un auto mediante el cual, teniendo en cuenta esa nueva situación, se modificara el de llamamiento a juicio, en el sentido de continuar el procedimiento sin intervención de jurado.

En tal caso no sería necesario decretar ninguna nulidad, puesto que las garantías procesales en nada vienen a afectarse respecto de los intereses del procesado, como ya lo ha reconocido esta Sala.

En el segundo, debe aplazarse la calificación del sumario, mientras se define el estado mental del sindicado en atención a las razones que se han expuesto en el curso de esta providencia, ya que ello implica un desconocimiento absoluto de lo reglado por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal que debe ser de aplicación inmediata, lo cual implica nulidad de orden constitucional, por violación de las formas propias del juicio.

Y, como en el caso sometido a estudio se está frente a esta segunda hipótesis, de ahí el que se tome la determinación ya indicada.

Debe la Sala reprochar la conducta del juez de primera instancia, quien, a pesar de haber tenido oportuno conocimiento de la posible anomalía psíquica del sindicado con anterioridad a la producción del auto de proceder, se abstuvo de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 411 de acuerdo con el cual, según se ha anotado, debe proceder a ordenar los respectivos exámenes por parte de los peritos médicos, tan pronto como se entere de la posible existencia de esa circunstancia. Y, en este caso, no lo hizo. No se ordena la apertura de la investigación disciplinaria a que pudo haber lugar, en atención a que con relación a ella, ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído a su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. CASAR la sentencia impugnada, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el día 9 de marzo de 1981.

Segundo. DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso, a partir del auto de 2 de noviembre de 1977, inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la investigación a fin de que, previa reapertura, se proceda en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase, cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

No comparto la motivación de la providencia anterior, en cuanto establece doctrinariamente diferencias procesales, según la anormalidad psíquica del procesado quede establecida en la etapa del sumario o durante el período de la causa, distinción a virtud de la cual la Sala considera que en el primer caso, como aquí ocurre, es procedente decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, lo que no es necesario, sin embargo, si la prueba de la anormalidad surge dentro de la causa, evento en el cual, a juicio de la Corte, podría válidamente proferirse "un auto mediante el cual, teniendo en cuenta esa nueva situación, se modificara el de llamamiento a juicio, en el sentido de continuar el procedimiento sin intervención del jurado".

Aparte de que la doctrina que de este modo se ensaya no tiene aplicación en el caso *que se resuelve, lo que hace que sea innecesaria e improcedente, carece, además, a mi juicio, de todo respaldo procesal.*

Todo el régimen de las nulidades en materia penal, en efecto, está basado en el principio de que todas ellas deben ser declaradas, de oficio o a petición de parte, desde el instante mismo en el que el vicio se presenta y no desde cuando se les reconoce judicialmente; luego, si a tiempo de cometer el hecho el procesado se encontraba en uno cualquiera de los casos a que se refería el artículo 29 del anterior Código Penal, la declaración procesal de ese hecho, después de ejecutoriado el auto de proceder debe producir, necesariamente, la nulidad de esa providencia, cuyas exigencias probatorias son diferentes, según que el procesado sea persona normal o enfermo mental y cuyo juzgamiento, según sea uno u otro el caso, debe ordenarse allí mismo bien de conformidad con el Capítulo II, ya de acuerdo con el Capítulo III del Título II del Libro III del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, estimo que debidamente ejecutoriado el auto de proceder, pieza fundamental del juicio, de la que se ha dicho que es "ley del proceso", las consideraciones y determinaciones que en él adopten no pueden ser modificadas, como se afirma en el fallo de mayoría, por ninguna otra providencia posterior, salvo la sentencia.

Por último, considero que la prueba de la enajenación mental advertida en la causa afecta las bases mismas del juzgamiento, por el error consistente en haberse hecho la imputación a una persona probadamente inimputable, lo que inexcusablemente debe producir la nulidad del auto de proceder, situación que no se presenta cuando el procesado, estando sano para la fecha de la comisión del hecho, es luego atacado de grave anomalía psíquica, evento en el que no se produce nulidad alguna y para los cuales el propio procedimiento ha señalado los correspondientes remedios legales (Arts. 444 y 675 del Código de Procedimiento Penal y 97 y 98 del Código Penal anterior).

Con esta aclaración, comparto la sentencia anterior.

Dante L. Fiorillo Porras.

26 de julio de 1982.

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO DEL REO PARA INDAGATORIA Y PARA EL JUICIO. DIFERENCIA ENTRE NOTIFICACION INDEBIDA Y FALTA DE NOTIFICACION

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 26 de julio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 52.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante sentencia de 13 de octubre de 1981 confirmó, sin modificaciones, la del Juzgado Sexto Superior de la misma ciudad que condenó a Antonio Ortiz Vanegas o Jesús Antonio Ortiz Vargas, a quince (15) años y seis (6) meses de prisión, más las accesorias correspondientes, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio y hurto agravado, que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra el fallo del Tribunal Superior de Manizales, el procesado Antonio Ortiz Vanegas o Jesús Antonio Ortiz Vargas, interpuso el recurso de casación, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su apoderado especial presentó la correspondiente demanda, que fue estimada por la Corte formalmente ajustada a las exigencias legales.

Resultando

I. Los hechos y actuación procesal aparecen correctamente resumidos por el Tribunal en los siguientes términos:

"... Los hechos de que da cuenta la presente investigación, ocurrieron en la madrugada del 19 de diciembre de 1979, cuando los amigos de lo ajeno, penetraron a la residencia del señor Eladio Antonio Sarmiento Gutiérrez, situada en U'Cameguadua', finca 'La Balsora', de la población de Chinchiná (Cds.), de donde sustrajeron, entre otros objetos, un equipo de sonido, marca 'Motorola'. En el momento en que la familia de don Eladio escuchó ruidos y notó la falta de varias cosas de su propiedad, procedieron a dar voces de auxilio, a la vez que los foragidos huían y mientras tanto escucharon una detonación, la que al parecer se produjo en contra del señor Flabio Cardona Cardona, celador de la CHEC. A folio 14 Fte., dice el informe rendido por el F-2 de la policía: '... No es de descartar que el celador fue agredido ... al tratar posiblemente de identificar a estos individuos cuando pasaban cerca al lugar de trabajo ... momento en que fue atacado quedando inmediatamente sin vida ...'.

"... Los papeles y el recibo de cédula que aparecen a folio 16 Fte., fueron encontrados por la menor María Liliana Sarmiento Aguirre (Fls. 68 a 69) '... en una carreterita que hay subiendo a la subestación ...'.

"... Al ser informados los miembros del F-2 de Chinchiná, sobre la pérdida de dichos objetos, procedieron a realizar varias diligencias tendientes a dar con el paradero de los autores de tal hecho, al igual que a investigar la muerte del celador de las instalaciones de la CHEC. Fue así como en el barrio 'El Carmen', recuperaron en casa del señor Pedro Buitrago, el equipo de sonido y el café hurtados. Igualmente se dio captura al individuo José Fabián Buitrago Ospina, quien señaló —según el informe— a los individuos Antonio Ortiz Vanegas (a. 'Toño') y a Reinaldo Hernández Alvarez o Luis Hernando Abril, como los autores de los hechos investigados ...".

(Fls. 187 a 188).

II. La sentencia ha sido impugnada con base en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual se formulan los siguientes cargos:

"... Acuso la sentencia del 13 de octubre de 1981 (Fls. 283 y Sgtes.) del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Manizales (Sala Penal —Sala de Decisión Penal—), mediante la cual se condenó a mi poderdante a la pena principal de quince (15) años seis (6) meses de prisión y demás accesorias, porque fue dictada en un juicio viciado de nulidad (supralegal), por haberse violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, al menoscabarse gravemente el derecho de defensa de Antonio Ortiz Vanegas (defensa material y defensa formal) en el aspecto de no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, porque precipitadamente en las dos oportunidades que brinda el proceso penal, se hizo emplazamiento, declaratoria de reo ausente y nombramiento de apoderado de oficio y de defensor de oficio, marcadamente ilegales, ya que era posible hallar al sindicado para indagatoria y para notificarle personalmente el auto de proceder; mas con diligencia no se quiso encontrarlo, ya que no se libró la orden de captura a las autoridades del lugar donde se encontraba (Girardot), y que figuraba en el expediente desde antes del primer emplazamiento (Fl. 113), donde fue precisamente para ironías, encontrado con la mayor facilidad, cuando dieron la orden de capturarlo al Jefe del DAS de Girardot, el mismo día que profirieron la sentencia condenatoria de primera instancia (Fl. 258) ...".

"... No propongo la nulidad del numeral 3 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, porque desde el punto de vista de las apariencias formales, la notificación está hecha como reo ausente. En cuanto a la esencia y fondo la violación fue mucho más grave, ya que a pesar de las apariencias, se hizo aparecer ausente a quien era posible hallar. Y la nulidad constitucional tiene mayor extensión ...".

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

"... Acuso la sentencia del 13 de octubre de 1981 (Fls. 283 Sgtes.) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (Sala Penal —Sala de Decisión Penal—), por medio de la cual se condenó a mi poderdante a la pena principal de quince (15) años seis (6) meses de prisión y demás accesorias, ya que fue dictada en un juicio viciado de nulidad (constitucional), porque se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, al menoscabarse gravemente el derecho de defensa de Antonio Ortiz Vanegas, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, pues, no se tuvieron en cuenta las prescripciones del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, y se dio denominación jurídica a los hechos en el cuestionario por homicidio número 3 visible a folio 222 y por contener éste todas las agravaciones del artículo 363 numeral 4 del Código Penal, vigente en ese momento en desacuerdo con el auto de proceder, que únicamente se refiere a la agravación 'de haberse cometido para asegurar el producto del hurto' (Fl. 196) ...".

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

"... Acuso la sentencia del 13 de octubre de 1981 (Fls. 283 y Sgtes. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Penal —Sala de Decisión Penal—), por medio de la cual se condenó a mi poderdante a la pena principal de quince (15) años seis (6) meses de prisión y demás accesorias, ya que fue dictada en un juicio viciado de nulidad (constitucional), al menoscabarse gravemente el derecho de defensa de Antonio Ortiz Vanegas, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, pues, no se tuvo en cuenta los mandatos del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, y dieron por tanto, denominación jurídica a los hechos en el cuestionario por hurto número 4, visible a folio 223 y por contener éste la expresión genérica 'agravado' en desacuerdo con el auto de proceder que habla de la agravación de haberse cometido 'de noche' (Fl. 196 *in fine*) ...".

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

"... La sentencia acusada fue dictada en un juicio viciado de nulidad (supralegal), porque se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, al menoscabarse gravemente el derecho de defensa de Antonio Ortiz Vanegas, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, pues, se omitió en el cuestionario número 4 por hurto (Fl. 223) los elementos esenciales de esa infracción penal: 'sin el consentimiento del dueño' y 'con el propósito de aprovecharse de ella' (Conc. 'propósito de obtener provecho para sí o para otro', Código actual)...".

III. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, concluye que es procedente decretar la nulidad de la actuación a partir del auto de cierre de la investigación, a favor del procesado Antonio Ortiz Vanegas o Jesús Antonio Ortiz Vargas:

"... Examinada la situación planteada, aparece que como lo expresa la demanda, desde un principio se dio a las autoridades informe del sitio en que podía encontrarse el procesado, pues lo indicó su concubina, en exposición en la cual

formuló algunos cargos a éste; y además, tal versión resultó ratificada, pues efectivamente en el informe de la policía para responder a la solicitud de captura del instructor se anotó pues '... se han hecho las averiguaciones del caso para dar con su paradero, siendo hasta el momento negativas las mismas, habiendo obtenido la información de que se encuentra en la ciudad de Girardot (Cundinamarca), ya que éste mandó por la mujer con que vive desde dicha población y ellos han residido en esa en épocas anteriores ...' (Fl. 113, Cuad. 1º) ...".

"... No obstante esta precisa información, sin librarse orden de captura al lugar expresado, se dispuso el emplazamiento del acusado por el Juez Superior, sin que éste ni el instructor hubieran dispuesto la búsqueda del procesado en la ciudad referida; con ocasión del enjuiciamiento, se libraron nuevas órdenes de captura, según constancia secretarial (Fl. 153), emplazándose seguidamente al reo, adelantándose el juicio; en la misma fecha de la sentencia, como lo anota el demandante, se libró telegrama a las autoridades de Girardot, obteniéndose su captura poco después (Fls. 258, 259) en agosto 14 de 1981 ...".

"... Significa lo anterior que por negligencia de las autoridades, no se obtuvo la aprehensión del procesado, sin que éste estuviera presente en el proceso que se le adelantaba; puede argüirse, como lo anota el Tribunal, que el en ese momento sindicado, cuando advirtió las pesquisas que cumplían las autoridades, se fugó o ausentó para impedir su captura y consecuentemente eludir la acción de la justicia; sin embargo, no vinculado aún al proceso y existiendo dato cierto, como lo comprueba el proceso sobre el lugar en el cual se encontraba, no puede bastar esta sola circunstancia —por cuanto subsistía la obligación de las autoridades para lograr su citación y captura—, para dejar sin efecto tal falla, que afecta el procedimiento en cuanto le impidió hacer uso de sus derechos y dar sus explicaciones en el juicio ...".

Considerando

Causal cuarta. Cargo primero:

1. *La correcta notificación del auto de proceder, dada la trascendental importancia que esta pieza procesal tiene en el procedimiento penal colombiano, constituye una de las actuaciones capitales tanto para la adecuada tramitación del juicio, que se inicia con la ejecutoria de esa providencia, como para el ejercicio cabal del derecho de defensa del acusado, que a partir de entonces se hace más necesario, de modo que constituye motivo de nulidad legal el hecho de no notificarla* en debida forma *al procesado y a su defensor, o a éste en el caso del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, vicio sólo subsanable por el propio procesado si, habiendo comparecido luego al juicio, no propone su declaración dentro de los quince días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal (Ord. 3º del Art. 210 del Código de Procedimiento Penal), evento éste en el que, sin embargo, no es necesario retrotraer la actuación; y nulidad constitucional, además,* si no ha habido realmente notificación de la providencia, *en este último caso, vicio insubsanable dado su origen supralegal (Art. 26 de la Constitución Política), salvo mediante la anulación de la actuación adelantada con menoscabo de la plenitud de las formas propias del juicio, para su posterior reposición con el lleno de la totalidad de tales formalidades.*

No es lo mismo, en efecto, notificar en forma indebida el auto de proceder al procesado, v. gr., por estados encontrándose detenido, con violación del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal, que no notificárselo en modo alguno, v. gr., buscándole donde no se encuentra, siendo conocido el lugar donde era posible hallarlo, evento en el que, apenas, se simula una notificación que en la práctica no se ha surtido.

El artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, cuyo contenido y finalidad no pueden ser más claros, dispone la notificación por edicto al procesado llamado a juicio, cuando no fuere posible hallarlo para que se cumpla personalmente dicha notificación, *lo que quiere decir, sin lugar a dudas, que este tipo de notificación no puede darse sino cuando, como lo indica el Diccionario de la Real Academia Española, no se omite "circunstancia ni diligencia alguna para el logro de lo que se intenta o le ha sido encargado (a alguien)", sin que, no obstante ese empeño, su obtención haya sido posible.*

La disposición que se comenta tiene, desde luego, la muy loable y justificada finalidad de evitar la suspensión indefinida del proceso, debido a la contumacia o rebeldía de los procesados que eluden deliberadamente su comparecencia al juicio, huyendo, escondiéndose o evitando, por cualquier otro medio, la notificación personal de una providencia que suponen o saben proferida en su contra, finalidad que no se cumple y antes,

por el contrario, se desdibuja, quebranta y se vuelve totalmente inoperante cuando, en lugar de ordenar la captura del procesado que se sabe donde puede hallarse, para notificarle personalmente la providencia, como lo manda la ley (Art. 182 citado), se le busca donde no se halla para, de ese modo, hacerle en la forma subsidiaria establecida en ella, la que ha debido ser notificación personal.

Lo que hasta aquí precisa la Corte respecto de la notificación del auto de proceder, es igualmente válido en relación con el emplazamiento del procesado para indagatoria, pues tanto para la notificación de aquella providencia como para esta diligencia, la ley sólo autoriza el emplazamiento por edicto, para aquella, cuando "no fuere posible hallar al procesado para hacerle (la) notificación (personal)" y para ésta "cuando no fuere posible hallar el procesado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria" (Arts. 484 y 382 ibidem*).*

2. El procesado Antonio Ortiz Vanegas no fue, en modo alguno, ni durante la instrucción del sumario ni durante el juicio, un reo contumaz, cuya rebeldía impidiera oírle en indagatoria y, más tarde, ser notificado personalmente del auto de proceder para ejercer, si lo quería, sus derechos procesales; consta, por el contrario, que desde un principio de la investigación su concubina indicó a las autoridades el sitio en el cual podía ser localizado el procesado y en idéntico sentido se expidió el informe policivo rendido como resultado de la solicitud para la captura de Ortiz Vanegas, en el que se indicó que éste se encontraba residiendo en la ciudad de Girardot, "ya que éste mandó por la mujer con quien vive desde dicha población y ellos han residido en esa en épocas anteriores", lo que significa, en suma, que no fue cierto que el procesado no pudiera ser hallado, sino, simplemente, que no se le buscó donde estaba, sino en otros lugares, adelantándose de este modo, a espaldas suyas, la totalidad del proceso.

En consecuencia, el procesado Ortiz Vanegas fue investigado, juzgado y condenado en un, para él, proceso secreto, adelantado a espaldas suyas, sin que existiera de su parte, por supuesto, ánimo alguno de eludir su comparecencia al juicio y, por consiguiente, con violación del mandato constitucional, conforme al cual nadie puede ser juzgado sino con observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que acarrea nulidad de lo actuado desde cuando se presentó la violación, esto es, desde cuando se ordenó el emplazamiento del procesado para que concurriera a rendir indagatoria.

Como oportunamente lo recuerda el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"... En casos que guardan similitud con el que es objeto de examen, esta ha sido la jurisprudencia de esa alta Corporación; así, en sentencia de seis (6) de mayo de 1980 (casación de Germán Enrique Bermúdez Quintero, infracción al Decreto 1188 de 1974, Magistrado sustanciador, doctor Gómez Velásquez), expresó la honorable Corte, aunque no fue éste el motivo de la invalidez decretada:

"... Conviene antes señalar que el emplazamiento del procesado no correspondió a las exigencias legales. Este modo de juzgar a los ausentes no lo prevé el legislador para aparentar diligencia cuando se ha exteriorizado simple incuria, ni menos para sorprender a nadie con el pronunciamiento de sentencias que se ignoraron en absoluto y a las cuales no se pudo enfrentar por falta de oportuno conocimiento. En este punto la Corte ha sido enfática en sostener que si bien la ausencia voluntaria o involuntaria del procesado no impide la prosecución del juicio, no es menos cierto que este adelantamiento tiene que satisfacer requisitos básicos que no pueden omitirse. La ley ordena que se cite al procesado y que se empleen determinados medios de búsqueda —artículo 484 del Código de Procedimiento Penal—. Cuando la autoridad correspondiente no imparte la orden adecuada para ello, o los comisionados no gestionan su realización, no puede darse un emplazamiento legítimo porque éste se produce cuando los medios normales se han utilizado. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia se limitó —folios 13 y siguientes—, a oficiar la captura al Alcalde Municipal de Puerto Rico —Florencia— y el Corregidor Intendencial de Cartagena de Chaira, pero se olvidó por completo buscarle en la dirección que en su indagatoria había suministrado como residencia habitual. Este cometido sí pudo efectuarse cuando se remitió la sentencia condenatoria, materializándola con facilidad el DAS. Esto quiere decir que la comparecencia del enjuiciado no se obtuvo porque el juzgado omitió su búsqueda en donde dijo y resultó ser su habitual vivienda y dirigió su actividad incompleta a lugares que en un tiempo, fueron pasajera estancia de Bermúdez Quintero ...".

Como prospera el cargo, resulta innecesario, el estudio de los demás.

Por lo visto, 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 Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, DECRETA la nulidad de la actuación respecto del procesado Antonio Ortiz Vanegas, desde el auto que dispuso su emplazamiento para oírle en indagatoria y ORDENA la reposición del procedimiento, desde allí, con sujeción a las formas propias del juicio.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FINES PROPUESTOS POR LOS ARTICULOS 384 Y 426 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Con el primero se quiere evitar que se adelante una investigación penal a espaldas del imputado; la finalidad del artículo 426 es, en cambio, la de garantizar con la captura del imputado no sólo la práctica de la diligencia de indagatoria, sino su presencia física en el desarrollo de la investigación y la facilidad para hacer efectivo un eventual auto de detención

---

INDICIOS. DEFINICION. CLASIFICACION

Tal instrumento conceptual le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de julio de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 52 de julio 26/82.

Vistos

Mediante sentencia del 22 de abril de 1981 el Tribunal Superior de Bogotá condenó en segunda instancia a los procesados Alfonso González Silva y María Elsa Tovar Burgos a penas principales de prisión de dos y tres años, respectivamente, como responsables de delito de estafa. De tal providencia recurrieron en casación.

Hechos

En el lapso comprendido entre el 16 y el 28 de agosto de 1978, fueron confeccionados y cobrados fraudulentamente cinco cheques, por valor global de $ 870.550.00; las cuentas afectadas correspondían a Carlos Olimpo Segura y señora (tres cheques) y a Jesús Casas Cifuentes (dos cheques), ambas del Banco de Bogotá, sucursal "Paloquemao"; el mecanismo utilizado fue el de adulteración del número de serie de los cheques y de sus caracteres magnéticos e imitación de la firma de los cuentacorrentistas.

Actuación procesal

La investigación correspondió al Juzgado Octavo de Instrucción Criminal; fueron vinculados al proceso Alfonso González Silva, Jefe de Cuentas Corrientes de la entidad bancaria, María Elsa Tovar Burgos, Secretaria de la Gerencia, y Daniel Duarte Cañizales. Mediante providencia del 12 de junio de 1979 el Juzgado Segundo Superior calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio de González y Duarte por delitos de falsedad y estafa y sobreseimiento temporal para la Tovar; el Tribunal confirmó el llamamiento a juicio de los varones y revocó el sobreseimiento de la mujer, a quien también enjuició por ambos delitos. En sentencia del 21 de noviembre de 1980 el juzgado condenó a González y Duarte como responsables del delito de estafa y los absolvió de la imputación de falsedad; igualmente absolvió a Elsa Tovar de los cargos que se le formularon; el Tribunal confirmó las condenas proferidas y revocó la absolución de la Tovar a quien condenó también por el delito de estafa.

Las demandas de casación

Los apoderados de González Silva y de Elsa Tovar presentaron sendas demandas de casación, cuya síntesis se hará en seguida, así:

1. *Demanda a nombre de González Silva.* Dos causales menciona el recurrente: la cuarta y la primera; en el desarrollo de aquella fórmula 3 cargos; dos por nulidad supralegal y uno por nulidad de orden legal; en cuanto a la segunda, menciona dos cargos. Estos son, en esencia, sus planteamientos.

Causal cuarta. Primer cargo. El proceso está afectado de nulidad supralegal, porque González fue capturado para ser oído en indagatoria, pese a que días antes él había solicitado por escrito que se le recibiera tal declaración; de esa manera se violó el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 23, 26 y 45 de la Constitución Nacional, pues se le privó injustamente de su libertad y se le conculcó el derecho de obtener pronta respuesta a su petición de indagatoria.

Causal cuarta. Segundo cargo. El proceso adolece de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa del procesado; en efecto, privado ilegalmente de su libertad González Silva no estuvo en condiciones de comprobar adecuadamente su inocencia, la que hubiera demostrado en situación de libertad "porque estando en el banco tenía a mano los elementos para colaborar con la justicia como se lo propuso el juzgado"; no se observaron, entonces, las formas propias del juicio, y particularmente se aplicó el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal en vez del 384 *ibidem* que le era más favorable. Reitera que "este comportamiento del instructor margina de la legalidad el procedimiento adelantado contra González e invalida la actuación procesal en el sumario y en el juicio por violación del derecho de defensa".

Causal cuarta. Tercer cargo. La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad "por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (Art. 210, Nº 5º C. de P. P.). El argumento es el de que siendo González jefe de cuentas corrientes de la sucursal bancaria y desempeñando, por lo mismo, un cargo de confianza respecto de los dineros del banco y de los depósitos de los cuentacorrentistas "sobre los cuales realizaba las operaciones de pago de los cheques", "habría incurrido en el delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 412 del Código Penal vigente cuando se calificó al sumario y no en el de estafa que fue el delito por el que se le llamó a juicio".

Causal primera. Primer cargo. Impugna la sentencia "por ser violatoria en forma indirecta de los artículos 356, 372, 23, 26, 66 numerales 4, 6 y 7 del Código Penal como consecuencia de error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos". Tales errores surgirían de que el Tribunal dio por demostrado que González autorizó el pago de los cheques falsos de la cuenta de los Segura, mientras el gerente se hallaba fuera de su sede y que posteriormente autorizó también el pago de dos cheques igualmente fraudulentos de la cuenta de Manuel Casas; el error del Tribunal se demuestra con el hecho de que en los cheques no consta que González hubiese autorizado su pago y de que el propio Gerente visó el canje del 28 de agosto, fecha en que se pagaron dos de tales instrumentos. Habría incurrido, además, el Tribunal en otro error al dar por sentado que los cheques de la cuenta de Casas fueron cancelados después que los de la cuenta de Segura, cuando realmente ocurrió lo contrario.

Causal primera. Segundo cargo. Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial en sus artículos 356, 372, 23, 26 y 66 numerales 4, 6 y 7 por aplicación indebida y de los artículos 215, 217, 235 y 262 del Código de Procedimiento Penal "cuyas prescripciones probatorias fueron desatendidas, a consecuencia de errores de derecho en que incurrió el fallador". Para fundamentar esta acusación, el recurrente señala los indicios en que el Tribunal cimentó su juicio de responsabilidad contra González y tomando los hechos procesales que le sirvieron de soporte, pretende demostrar que no son ciertos.

2. *Demanda a nombre de María Elsa Tovar.* Con invocación de la causal primera, el recurrente formula dos cargos, así:

Primero. "La sentencia viola indirectamente la ley sustancial, como consecuencia de errores de derecho en cuanto a la apreciación o valoración de la prueba indiciaria en que incurrió el Tribunal *ad quem* al dictarla". Vulneráronse, así, por indebida aplicación los artículos 356 y 23 del Código Penal y 215, 217 y 234 del Código de Procedimiento Penal. Fundamenta este cargo en que el Tribunal encontró cuatro indicios graves contra la procesada (imposición de la leyenda de confirmación en algunos de los cheques

falseados, su condición de secretaria de la Gerencia, su ubicación física donde estaban los cheques y la manipulación que de ellos hizo en ejercicio de sus funciones), cuando la verdad es que "si se examinan con la mayor imparcialidad y con el más sano y exigente criterio lógico, que es el que debe inspirar la valoración de la prueba por indicios, se advertirá sin mayores esfuerzos, que la pretendida pluralidad de indicios se refiere lógica y necesariamente a un solo hecho indicador, vinculado con la calidad o condición de la procesada, de ser secretaria de la Gerencia del Banco", dado que los otros que menciona el Tribunal no son más que supuestos de éste. Luego agrega: "La demostración plena y absoluta de que los factores indiciantes que se tratan como diversos e independientes, son al contrario, momentos sucesivos de un hecho o proceso, es la consideración de que si hipotéticamente se prescinde o se elimina la condición de Secretaria de la Gerencia del Banco de Colombia, sucursal 'Paloquemao' de la procesada Elsa Tovar Burgos, los calificados por el Tribunal como indicios graves de responsabilidad, desaparecerían irremediablemente, porque en tal evento no habría podido escribir las leyendas confirmatorias de los cheques, ni tener la oportunidad para hacerlo, ni manipularlos en ejercicio de sus funciones ...". Con tal razonamiento el Tribunal "construyó la plena prueba exigida por la ley para condenar y no pudiendo ser así, violó los artículos 215 a 217 del Código de Procedimiento Penal, que exigen perentoriamente la demostración de la prueba plena o completa de la responsabilidad", ya que la presencia del único indicio contra la procesada no podía ser fundamento jurídico de la sentencia condenatoria.

Segundo. Incurrió el Tribunal en error de derecho "por violación del principio de derecho recogido en la legislación (Art. 216 C. de P. P.), relacionado con el *in dubio pro reo,* al otorgarle valor de plena prueba a un indicio no necesario y no elevado a la categoría de presunción legal como plena prueba del hecho o de la responsabilidad de la procesada (Art. 217 C. de P. P.)". Tal indicio es el de que la procesada estampó al reverso de tres de los cheques falseados de la leyenda de confirmación para su pago, indicio éste fundado en un dictamen grafológico realizado por el DAS, que no es coincidente con otro emitido y ampliado ulteriormente por el Instituto de Medicina Legal; frente a la duda que tal disparidad de criterios técnicos suscitaba, el juzgado ha debido optar por una solución de *favor-rei.*

Fundado en las premisas que se han sintetizado, el recurrente solicita que se case la sentencia y, en su lugar, se absuelva a su defendida.

Concepto de Procuraduría

En cuanto a la demanda de María Elsa Tovar Burgos, considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que debe prosperar porque solamente se evidencia en su contra un indicio grave, el de atestar falsamente al reverso de varios de los cheques cuestionados que había obtenido su confirmación telefónica; en relación con los demás indicios mencionados en la sentencia, opina que son meras "circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, derivados de la misma presencia de la imputada en el sitio en donde presumiblemente se podía fraguar uno de los episodios del delito". Refiriéndose concretamente al indicio de oportunidad para delinquir, señala que "en el presente caso sería exagerado a la par que injusto cargar a la cuenta de la inculpada como tal el simple hecho de su presencia en el sitio donde sufrían trámite los cheques antes de su pago, toda vez que ese era precisamente el lugar que le tenía señalado el banco para el cumplimiento de las tareas de empleada al servicio del mismo y por ende estaba plenamente justificada".

Respecto de la demanda de González Silva, asevera el Ministerio Público que los dos primeros cargos de nulidad no están llamados a prosperar, porque no hubo ninguna incorrección procesal en la captura del sindicado, como que la orden respectiva antecedió a la fecha de la solicitud de recepción de indagatoria formulada por el sindicado; agrega que, además, tuvo plena y eficiente asistencia jurídica a cargo de dos profesionales del derecho.

En cuanto al tercer cargo de nulidad, sostiene que la calificación jurídica de los hechos fue correcta, pues de acuerdo con el material probatorio no se da el delito de abuso de confianza, sino el de estafa como se consignó en el auto de proceder.

Por lo que hace a los dos cargos de la causal primera, advierte que se trata en esencia de alegatos de instancia en los que el actor opone su personal interpretación de la prueba a la que hace el fallador; precisa, igualmente, que el casacionista incurre en contradicción al atacar la sentencia "sobre la base de los mismos hechos probatorios, invocando supuestos errores de hecho y de derecho".

Opina, en resumen, que debe casarse la sentencia impugnada en cuanto a la situación jurídica de Elsa Tovar y mantenerse el fallo respecto de González Silva.

Considerandos

1. *Demanda a nombre de González Silva.* Como quiera que los dos primeros cargos hechos con fundamento en la causal cuarta por supuesta nulidad supralegal, están íntimamente ligados porque apuntan a la pretendida legalidad de la captura del procesado para recibirle indagatoria, se examinarán conjuntamente.

Dice el recurrente que se violaron los artículos 23, 26 y 45 de la Constitución Nacional, porque a una solicitud de su patrocinado para que se le recibiera indagatoria no se le dio la respuesta que exige el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, sino que el instructor lo privó de su libertad para realizar aquella diligencia, y aunque reconoce que se le dictó auto de detención en legal forma, señala que tal medida no repara la arbitrariedad precedente.

No encuentra la Sala violación alguna de aquellos preceptos normativos de la Carta, porque si bien es cierto que la solicitud de recepción de indagatoria del 22 de septiembre de 1978 no se respondió con auto, no lo es menos que la captura de González llevada a cabo cuatro días después, se hizo en virtud de orden impartida el 19 del mismo mes (Fl. 18 Cdno. 1), es decir, tres días antes de la presentación de aquel memorial, con fundamento en el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, y precisamente para practicar la diligencia de indagatoria, con lo que quedaba satisfecha la finalidad del memorial presentado por aquél. Que la privación de libertad del sindicado hubiese sido anterior y no posterior a la indagatoria, no modifica la situación procesal en cuanto aquella norma autoriza capturar al sindicado con el fin de realizar tal diligencia cuando, habiendo mérito para ello, el delito investigado tenga prevista pena de prisión, exigencias que se reunían aquí, y además, porque rendida la indagatoria el juez tiene hasta cinco días para decidir si dicta auto de detención (como ocurrió en este caso) o dispone la libertad del indagado (Art. 437 C. de P. P.).

Tampoco es dable sostener que el artículo 384 del Estatuto Procesal Penal es disposición más favorable que el artículo 426 ibidem *y que, por lo mismo, aquél debe preferirse. Con el primero se quiere evitar que se adelante una investigación penal a espaldas del imputado; por eso se le ofrece la vía de la solicitud de indagatoria, ya que practicada esta diligencia adquiere la categoría procesal de sindicado con los derechos que le son anejos; la finalidad del artículo 426 es, en cambio, la de garantizar con la captura del imputado no sólo la práctica de la diligencia de indagatoria, sino su presencia física en el desarrollo de la investigación, y la facilidad para hacer efectivo un eventual auto de detención si existieren elementos probatorios de juicio que apunten en esa dirección y que resultaren consolidados al concluir aquella diligencia, que fue lo ocurrido en este proceso.*

Decir que debe preferirse en todo caso la aplicación del artículo 426 a la del artículo 384, porque aquél comporta privación de libertad para el imputado y éste no, es suponer que la recepción voluntaria de indagatoria no dará lugar a providencia detentiva, lo que no es cierto. Y sostener que a una persona legalmente privada de su libertad se le conculca por ese solo hecho su derecho de defensa, porque no puede actuar con la misma desenvoltura que si estuviese gozando de su libertad, es desconocer que la ley procesal brinda al sindicado detenido iguales garantías de defensa que a quien no ha sido privado de su libertad. Es verdad que en el plano material un sindicado libre puede actuar con mayor amplitud que uno privado de libertad, pero en el ámbito jurídico el Código ofrece iguales garantías de defensa a uno y otro.

Y en el presente caso es incuestionable que González fue capturado con legítimo fundamento en el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal; que le fue dictado auto de detención dentro de los términos legales y con base en pruebas que ameritaban tal determinación, y que en su condición de sindicado detenido dispuso de los mecanismos procesales pertinentes para defenderse, como que fue asistido por abogados idóneos que activamente intervinieron en las dos etapas del proceso.

No prosperan, pues, estos cargos.

En cuanto al cargo de nulidad legal por errada denominación jurídica de los hechos y a los de violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho fundados en la causal primera, serán desestimados en razón de protuberantes errores de técnica en que ha incurrido el casacionista, así:

a) Habiendo basado el cargo de nulidad por violación del artículo 210 numeral 5º del Código

de Procedimiento Penal, en que a su juicio el delito cometido por González habría sido el de abuso de confianza y no el de estafa, no podía el casacionista alegar en seguida la causal primera edificada sobre la aceptación de este segundo delito sin incurrir en desatino lógico-jurídico. Es verdad que resulta posible plantear en forma alternativa más de una causal de casación, pero solamente en la medida en que no exista contradicción sustancial entre ellas; y es evidentemente contradictorio sostener con fundamento en una causal (la cuarta) que el delito cometido por el procesado fue uno determinado (abuso de confianza), distinto del que le dedujo el juzgador (estafa), y cuya modificación se reclama, y reconocer al propio tiempo, fundado en otra causal (la primera), que fue correcta la denominación jurídica dada a los hechos en el auto de proceder, aunque equivocado el juicio de responsabilidad plasmado en la sentencia;

b) Al desarrollar el primer cargo de la causal primera el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar —entre otras cosas—, que quien autorizó el pago de los cheques falseados fue su defendido aprovechando la ausencia temporal del Gerente del Banco (Fl. 20 de la demanda), pero cuando fundamenta el segundo cargo de la misma causal, considera que el Tribunal incurrió en *error de derecho* al llegar a la misma conclusión precedentes (Pág. 24 de la demanda), es decir, que a juicio del casacionista el indicio basado en que González autorizó el pago de los cheques falsos sin que ello sea verdad procesal como pretende demostrarlo, configura al propio tiempo error de hecho y error de derecho, lo que no es posible lógica ni jurídicamente;

c) Aunque el primer cargo es el de violación indirecta de la ley sustancial "como consecuencia de error de hecho", solamente cita como normas vulneradas los artículos 356, 372, 23, 26 y 66 numerales 4, 6 y 7 del Código Penal, y olvida lamentablemente indicar las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, directamente violadas por el Tribunal y a las que necesariamente tendría que referirse al desarrollar este cargo en el que pretende controvertir la prueba. Sobre esta cuestión de técnica la Corte ha reiterado 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 sustancial de la ley" (casación de noviembre 27 de 1981).

2. *Demanda a nombre de María Elsa Tovar Burgos. El indicio como mecanismo probatorio se plasma en un juicio de injerencia lógica que emite el juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir la presencia de otro indicado. Tal instrumento conceptual le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan; la confiabilidad descansa en la demostración racional del hecho indicador y en la capacidad del juez para valorarlo y para inferir de él la existencia del hecho indicado y su lógica conexión con el sujeto a ellos ligado.*

La doctrina usualmente califica, entre otros, como indicios los siguientes: el de capacidad para delinquir; el del móvil para delinquir; el de oportunidad para delinquir; el de las huellas materiales del delito; el de las manifestaciones anteriores al delito; el de las manifestaciones posteriores al delito; el de disculpa; el de mentira.

El indicio de oportunidad —que juega papel importante en este proceso— se refiere a la especial situación en que se encontraba el procesado en razón de sus condiciones personales o de su relación con otras personas y cosas, situación que facilitaba la comisión del delito; la oportunidad puede ser de carácter material o moral, según que esté relacionada con aspectos objetivos o subjetivos.

El indicio de las huellas materiales del delito —también de interés en este proceso—, apunta hacia las improntas que hechos punibles de resultado material dejan en el medio ambiente, sobre personas o cosas, y que son susceptibles de ser percibidas sensorialmente: es el desgarramiento himeneal en la violación sexual; es la raspadura del papel para borrar la palabra que se sustituye por una apócrifa en la falsedad material; es la mano amputada por acción del machetazo en las lesiones personales.

Aspecto fundamental del indicio como prueba es el de su unidad, al que se refiere nuestro estatuto procesal penal cuando señala que "las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio"; conforme a este principio de universal aceptación, de un hecho indicador solamente puede sur-

gir un indicio; las más frecuentes dificultades que en su desarrollo se presentan, derívanse de la confusión entre hecho indicador y circunstancias o momentos que lo integran y que en veces se toman como otros tantos hechos indicadores; estos son el factum *que con objetiva autonomía apunta hacia la persona con la que se conecta materialmente, aquellos son datos que lo nutren y conforman, pero que no tienen por sí mismos el poder unívocamente orientador del hecho indicante.*

Fundamento probatorio de la sentencia impugnada es la pluralidad de indicios graves contra la Tovar, que el Tribunal puntualiza en "el rastro del delito de estafa", visible en las constancias apócrifas que la procesada estampó al reverso de algunos de los cheques respecto de su confirmación telefónica y demostrado en el dictamen pericial de los grafólogos del DAS; y el de oportunidad para delinquir "porque admite (la procesada), y así lo dicen los demás bajo juramento que estaba físicamente donde se tramitaban los cheques objeto de la delincuencia", y porque "los manipuló en ejercicio de sus funciones que, ciertamente, no ejerció debidamente".

En relación con esta prueba alega el recurrente que el Tribunal encontró cuatro indicios donde solamente existe uno, el de las huellas del delito, derivado de un experticio grafotécnico dudoso, porque se opone a otro que igualmente obra en el proceso y que previene del Instituto de Medicina Legal.

La Sala considera que del examen del párrafo en que el *a quo* hace la síntesis de la prueba indicial no se desprende que la presencia física de la procesada en el lugar donde estaban los cheques y su manipulación por razón del ejercicio de sus funciones, hayan sido tomados como indicios propios, sino como demostración del indicio de oportunidad para delinquir, como se desprende de la simple lectura del citado acápite de la sentencia y del desarrollo expositivo de la misma.

La cuestión se concreta, pues, a clarificar si solamente obra un indicio contra la procesada (el de las huellas materiales del delito) o si, además, está el de oportunidad para delinquir; y si en uno u otro casos, ello constituye fundamento jurídicamente válido de fallo condenatorio.

Cuanto a lo primero, cree la Sala en la existencia de los dos indicios: el primero de ellos nutrido probatoriamente con la aceptación que hace la Tovar de haber consignado falsamente al respaldo de los cheques números 057297 y 057299 su confirmación telefónica, y con dictamen grafológico que halló identidad entre su escritura cotidiana y la que aparecía al reverso de tales cheques. Sobre este punto el recurrente sostiene que existiendo otro dictamen (del Instituto de Medicina Legal), en que se llega a conclusión contraria y creándose así seria duda respecto de la cuestión planteada, ella ha debido resolverse en favor de la Tovar. No ha de olvidarse, sin embargo, que la peritación por sí misma no resuelve el problema jurídico; ella consigna apreciaciones técnicas de un experto, que el juez debe valorar críticamente y que puede o no acoger como supuestos fácticos de su decisión; cuando se tienen varios dictámenes sobre un mismo punto y ellos difieren entre sí, es el razonamiento analítico del juzgador el que decide cuál de ellos explica más satisfactoriamente la cuestión; y por lo mismo, cuál ha de servirle como fundamento técnico de su resolución; es posible, desde luego, que ninguno de ellos le merezca crédito científico o que de sus conclusiones no se desprenda inequívocamente la solución del problema planteado, y que entonces ante la ausencia de certeza deba optar por la vía de la absolución. Lo que no es aceptable, porque desconocería la independencia conceptual del juzgador, es desestimar su decisión porque ha sido edificada sobre la aceptación razonada de un dictamen y el rechazo igualmente razonado de otro.

Es eso lo que ha ocurrido en el presente caso: El Tribunal examinó tanto el dictamen del DAS, como el del Instituto de Medicina Legal con su ulterior ampliación, y lo hizo extensamente, con rigor metodológico y con objetividad, para concluir que aquél le ofrecía aportes científicos confiables en vez de éste; por eso dio por demostrado que la procesada efectivamente había escrito al reverso de los cheques la falsa leyenda de confirmación; y al hacerlo así no desconoció la realidad procesal ni actuó por fuera del ámbito de sus facultades.

En cuanto al segundo indicio —que recurrente y Ministerio Público asimilan al primero—, considera la Sala que es independiente de él; en efecto, *el de las huellas del delito es un indicio consecuencial en cuanto nace de la consumación del hecho punible, a tiempo que el de oportunidad para delinquir es de carácter antecedente porque apunta, como ya se indicó, a las condi-*

ciones en que se encontraba el sujeto para perpetrar el hecho delictivo; este es un frius *respecto de la realización material del ilícito, en tanto que aquél es un* posterius, *pues se remonta de las consecuencias de sus fuentes; cada uno de ellos tiene su propia autonomía, en cuanto suprimido el uno, el otro conserva validez.*

Que la procesada tuvo oportunidad de consumar falsedad ideológica sobre algunos de los cheques cuestionados, en conclusión que surge de su condición de Secretaria del Gerente del Banco, de su oficio específico de confirmar cheques de valor apreciable y como tal del manejo de los mismos y de los sellos que para tal efecto debía utilizar; así se desprende del acervo probatorio examinado por el Tribunal.

Por cuanto respecta a la naturaleza de estos indicios, ha de examinarse si son graves o leves. "El indicio es grave —ha dicho la Corte—, cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos" (auto de 26 de mayo de 1971, G. J. T. CXXXVIII-2340/5 p. 559, M. P. Luis Carlos Pérez).

Para la Sala el indicio de las huellas del delito es en este caso de naturaleza grave frente a la estafa que se le imputa a la Tovar, porque consistió precisamente en la inmutación escrituraria de la verdad real en el reverso de los cheques, en cuanto consignó allí el hecho mentiroso de su confirmación telefónica, sin la cual la estafa difícilmente se hubiese podido consolidar.

Es también grave el de oportunidad para delinquir, porque el cargo que desempeñaba la Tovar (Secretaria del Gerente), su tarea de confirmar telefónicamente cheques de apreciable valor, su conocimiento de los teléfonos de los cuentacorrentistas afectados, la disponibilidad que tenía sobre los sellos utilizados para concretar tales confirmaciones y la efectiva manipulación de aquellos títulos-valores, permiten establecer estrecho vínculo probabilístico entre su permanencia allí y su participación en la estafa consumada, mediante el cobro fraudulento de tales cheques.

Fortalece esta conclusión la presencia de varias circunstancias mencionadas en el fallo impugnado (Fls. 35/7, Cdno. del Tribunal), que contribuyen a consolidar probatoriamente los hechos indicantes que sirven de sustento a los dos graves indicios precedentes; ellos son: haber escrito el nombre de Daniel Duarte Cañizales en algunos de los cheques falsificados, haber estampado leyendas de confirmación telefónica a sabiendas de que el cuentacorrentista asegura estaba fuera del país, haber mentido en cuanto a la validez del sistema de confirmación escrita de los cheques contra expresa y conocida prohibición del banco, y haber desfigurado maliciosamente su propia grafía en las muestras que se le pidieron para la realización del experticio.

Señala el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, que "dos o más pruebas incompletas son plena prueba si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse". En el presente caso, los indicios deducidos son graves, existe lógica concordancia entre ellos y descansan sobre hechos indicadores distintos debidamente comprobados, de tal manera que ambos apuntan con razonable certeza a la responsabilidad penal de la procesada, tal como se la dedujo el Tribunal.

No prosperan pues, los cargos examinados.

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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. REQUISITOS

No puede proferirse con pruebas incompletas, sino con la que establezca plenamente la comprobación o demostración de uno cualquiera de los eventos que permiten su declaración judicial (Art. 491 del C. de P. P.)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de julio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 53.

Vistos

A virtud de consulta, corresponde a la Corte revisar el auto de 17 de marzo del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sobreseyó definitivamente a favor del doctor Julio Enrique Barriga Garzón, sindicado de la comisión de un delito contra la libertad y el pudor sexuales, con abuso de las funciones de Juez Veintitrés Civil del Circuito de la misma ciudad que ejercía para entonces.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha solicitado a la Corte, luego de pormenorizado estudio de las pruebas, que revoque el auto consultado y que en su lugar sobresea temporalmente al procesado.

Resultando

Los hechos que dieron origen a la investigación aparecen indicados en oficio de 5 de noviembre de 1980, por medio del cual el Presidente de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, puso en conocimiento de vigilancia judicial la siguiente información:

"... En la pasada reunión de la Sala Civil, el honorable Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, informó que había tenido conocimiento de hechos bochornosos protagonizados por el señor Juez Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, doctor Julio Enrique Barriga G. y consistentes en que este funcionario, prevalido de su autoridad, había violado a la empleada de su despacho, señorita Emma Garzón, habiéndola además contaminado con una enfermedad venérea ...".

(Fl. 3, Cdno. Princ.).

Considerando

1. Fundamento de la providencia consultada es el de que la única prueba directa existente sobre la actividad delictuosa del juez acusado es el testimonio de la propia empleada Emma Garzón, quien a lo largo de la investigación no ha sido ni precisa ni constante en el relato de las modalidades que rodearon los hechos de que se dijo víctima, que unas veces son magnificados y otras minimizados por ella, con el resultado de que su declaración no puede ofrecer al juzgador serios motivos de credibilidad, de acuerdo con la ley.

Sin desconocer esa situación procesal, la Corte estima que ella no es de suyo suficiente para llegar a la conclusión adoptada por el Tribunal en la providencia consultada, pues si es cierto que *cuando la prueba de cargo aparece debilitada o resulta incompleta para acreditar la existencia del delito o para imputar su comisión al procesado, no se dan los presupuestos para sustentar un auto de proceder, que exige la plena o completa de la infracción y, por lo menos, dos indicios graves o la declaración de un testigo, así provenga de la víctima, "que ofrezca serios motivos de credibilidad" (Art. 481 del Procedimiento Penal), no es menos cierto, tampoco, que en tal evento no puede afirmarse que exista la legalmente necesaria para proferir sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, deter-*

minación que no es posible adoptar con pruebas incompletas, sino con la que establezca plenamente la comprobación o demostración de uno cualquiera de los eventos que permiten su declaración judicial, ya porque el hecho imputado no ha existido o no lo cometió el procesado o no es considerado como infracción penal, bien porque habiendo existido, siendo cometido por el sindicado y siendo delictuoso fue, no obstante, realizado en uno de los casos de inimputabilidad o de justificación enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal anterior o en los artículos 31 y 29 del actual (Art. 491 del de Procedimiento).

Cuando la prueba resulta incompleta, porque no se encuentra demostrado el cuerpo del delito o no hay dos, sino un indicio grave contra el procesado o el testimonio de cargo contra éste no ofrece serios motivos de credibilidad para alcanzar el valor de prueba plena o completa, la situación así presentada no puede ser resuelta ni con auto de proceder ni con sobreseimiento de carácter definitivo sino, como lo dispone el artículo 489 ibidem, *mediante sobreseimiento temporal.*

En suma, cuando la situación procesal es vaga, o confusa, el sumario está incompleto y la calificación de éste no puede concluir, por consiguiente, ni con el procesamiento ni con la finalización y archivo del asunto, lo que la ley dispone que debe hacerse es que se busque, por todos los medios legales disponibles, de precisar y aclarar los hechos, de completar de ese modo la investigación y de calificarla definitiva y no, apenas, temporalmente.

Volviendo a la poca credibilidad que el Tribunal da al testimonio de la ofendida por las dudas que le asaltan sobre la veracidad de las circunstancias bajo las cuales ésta ha dicho que ocurrieron los hechos, debe manifestar la Sala que, aún admitida esta reserva y las demás que se hacen en el auto consultado, de ellas no se desprende, inequívocamente, la inocencia del juez acusado.

Como ya lo ha advertido el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal al estudiar los razonamientos expuestos por el Tribunal de Bogotá:

"... Si bien es cierto como lo anota el Tribunal en su providencia, que la afectada conforme a la denuncia, ha incurrido en contradicciones y no se logró practicar el examen médico legal que se decretó, no es esto suficiente para considerar desvirtuados en su integridad los cargos, pues subsiste el hecho, como ya se anotó, de que la ex empleada del juzgado comunicó la situación a personas familiares y relacionadas con ella, si bien en forma reservada, dada la naturaleza de los hechos de ser atentados al pudor —como ella los presentaba— y lo cual explicaría también su renuencia respecto a los exámenes expresados; además, su renuncia del cargo que no resulta explicada en otra forma y el examen por médico particular al cual se sometió posteriormente como lo hace notar la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial, en su resolución acusatoria; y respecto a la absolución dispuesta por la Sala Disciplinaria, no es argumento suficiente, pues aparte de que se trata de resoluciones independientes las adoptadas en una y otra vía, en la misma resolución que se invoca en favor del procesado, se anota que no se dilucidó en forma suficiente el cargo para considerarlo desvirtuado, si bien tampoco existía prueba suficiente en su contra, lo cual conducía a la resolución expresada, una vez finalizado el procedimiento correspondiente; situación que no existe en este caso, pues en el procedimiento penal, cuando se trata de situación dudosa debe disponerse el sobreseimiento temporal, que se considera procedente en el caso indicado ...".

Estas consideraciones, que la Corte comparte, hacen necesario ampliar el testimonio de la ofendida para que explique, fundadamente, las causas de las discrepancias que se advierten en sus declaraciones anteriores, recibir la ampliación del testimonio de María Luisa Estrada como viene solicitado, obtener el de Edgar Parrado Bautista, establecer de ser posible, si el procesado padeció para la fecha de los hechos alguna afección en sus órganos genitales, diferente de enfermedades venéreas y, en fin, decretar y practicar cuanta diligencia sea menester para tratar de lograr el debido esclarecimiento de los hechos investigados, que se refieren, no sólo al delito contra la libertad y el pudor sexuales de que se afirma el sindicado hizo víctima a su empleada, sino, además, al posible de concusión en que también pudo haber incurrido el funcionario.

Por las anteriores breves consideraciones, 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, REVOCA el auto consultado, en cuyo lugar SOBRESEE TEMPORALMENTE a favor del procesado Julio Enrique Barriga Garzón, REABRE la investigación hasta por el término máximo legal y ORDENA la práctica de las pruebas que se indican en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR EN EL AUTO DE PROCEDER. VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO UNICO

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de julio de 1982.

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

Aprobado: Acta número 53.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 21 de octubre de 1981, confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad el 15 de julio del mismo año, por medio de la cual condenó al procesado Pedro Enrique Mayorga Castro a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal violento que le fue imputado en el auto de proceder, modificándola sólo en cuanto la pena accesoria de la publicación especial de la sentencia, que no obstante haber sido suprimida en el Código actual, le había sido impuesta al condenado en el fallo de primera instancia.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el defensor del procesado Mayorga Castro, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual 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 en las instancias en los siguientes términos:

"... Por el año de mil novecientos setenta y cinco, Pedro Enrique Mayorga Castro se desempeñaba como maestro de escuela rural de la vereda de San Francisco, Municipio de Cómbita, designación hecha por la Secretaría de Educación de Boyacá, y como tal permaneció hasta el 4 de agosto del año siguiente, fecha en que fuera suspendido por Resolución número 0657 del mismo año. Naturalmente en su ejercicio como maestro no sólo le correspondía la enseñanza y disciplina específicamente intelectual, sino también procurar que sus educandos lograran el comportamiento y formación ética requerida para el logro de una educación plena, más cuando a la edad de los jóvenes se requería el cuidado normal y deberes que los postulados de ejemplo y consejo viene inculcando los respectivos superiores. Sin embargo, tan elementales principios no se observaron por parte del maestro Mayorga Castro, sino que se dio a la incalificable tarea de enamorar a las niñas de la escuela y luego inducirlas a las prácticas sexuales y para obtener mejor provecho les insinuaba que si aceptaban sus propósitos morbosos se comprometía a transmitirles los puntos y temas en que versaría el examen final. Todas esas argucias, maniobras y supercherías, eran utilizados por el maestro para lograr sus fines y someterlas a las prácticas sexuales. Ocurrió que a finales del mes de noviembre de 1975 y encontrándose Aura María Piña Pita en compañía de su hermana Aura Margot en un lugar de aquella zona veredal, apareció Mayorga Castro llevando unos ganados, por cuanto él residía al parecer en la misma vereda y tan pronto las observó llegó allí y después de un breve diálogo logró deshacerse de Ana Margot, con quien también meses atrás la había accedido carnalmente y solos la condujo a un lugar solitario y propicio para sus deseos libidinosos. Después de los requiebros amorosos fue objeto de sus incontroladas pasiones para acceder a Aura María carnalmente y una vez concluido el acto hizo que la niña le prometiera el secreto de lo ocurrido. El proceso fue iniciado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad con fundamento en las copias del adelantado en contra del mismo Mayorga Castro por igual ilícito en la persona de la menor Ana Margot Piña Pita ...".

(Fl. 9 a 10, Cdno. Trib.).

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

"... La sentencia de segundo grado se dictó en juicio viciado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Si bien el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja calificó los hechos como corrupción de menores (Art. 326 del C. P. vigente por la época de la posible ocurrencia de los hechos, modificado por el Decreto 522 de 1971, Art. 1º), al desaparecer el Código anterior esa conducta quedó subsumida por el artículo 301 del nuevo Código Penal, como acceso carnal mediante engaño, y en forma alguna se subsume dentro del artículo 298, *ibidem,* o sea como acceso carnal violento. Erró por ende el Tribunal Superior en la calificación del hecho punible, error que se sucedió en la denominación jurídica de la infracción, que conlleva nulidad de carácter legal, prevista en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, numeral 5º, alegable en casación a través de la causal cuarta ...".

(Fls. 13 a 14 Cdno. Corte).

III. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente, con base en las siguientes consideraciones:

"... Se alega en esta forma la insuficiencia probatoria del testimonio único, aspecto que debe ser examinado. Este planteamiento fue presentado ante los falladores de instancia, quienes analizaron con amplitud y detenimiento la prueba, tanto en cuanto a dicho testimonio en sí como en relación con los demás elementos de convicción existentes, para llegar a la conclusión contenida en los fallos condenatorios, aspectos a los cuales debe hacerse referencia para efectos de responder el cargo objeto de examen ...".

"... De acuerdo con la demanda, tal testimonio resulta admisible en cuanto al hecho de las relaciones sexuales que tuvo el procesado con la menor, pero no en cuanto a la violencia con que procediera el procesado para obtener tal resultado; y considera que no existe demostración al respecto ...".

"... Débese por tanto, hacer concreta referencia a dicho testimonio; como admite el demandante, las manifestaciones de la menor fueron reiteradas en sus diversas intervenciones procesales, no sólo en la actual tramitación o investigación, sino en el proceso adelantado por violencia carnal en la persona de la hermana de aquélla, que como se dijo concluyó con sentencia condenatoria en contra del procesado; por manera que se trata de una versión sostenida, coherente y afirmativa, que no resulta impugnada en forma alguna, sino por el contrario corroborada, como lo consideró acertadamente el Tribunal y también el juez del conocimiento ...".

"... Efectivamente, no puede omitirse la circustancia de ser el acusado maestro de las menores dichas, con la natural ascendencia y superioridad que esto implicaba respecto a las mismas; por demás su conducta observada con otras menores, absolutamente contraria a la ética que exigía la misión encomendada, de lo cual dan cuenta los autos y en particular la condena existente en otro proceso como se dijo, por hechos similares; concretamente en cuanto a la versión de la menor que fue víctima del atropello sexual por parte del acusado, el hecho no desconocido, sino ampliamente ratificado por las pruebas, de las circunstancias y oportunidad en que se produjeron los varios encuentros con los resultados anotados para la menor, pues existen testigos de que ésta efectivamente se halló con el procesado, quien en una ocasión logró quedar solo con ésta, desarrollándose los hechos como lo afirmó la menor, ratificada por otros declarantes ...".

"... Todo este conjunto probatorio conduce a la conclusión de que el dicho de la menor merece ser acogido o tenido como prueba suficiente, pues resulta ampliamente ratificado por otras pruebas, unido lo anterior a la consideración de tratarse de niña escasamente mayor de los catorce años y que la prueba que se pretendió aducir para demeritar su buena conducta, no fue suficiente para tal efecto, llegándose a conclusión contraria; así, este testimonio, debe acogerse no sólo en cuanto al hecho del acceso carnal con el procesado, sino que éste se efectuó por la violencia ejercida por el procesado, como lo afirmó aquella ante las preguntas que se le hicieron por los funcionarios que intervinieron en el trámite del proceso ...".

Considerando

El recurrente sustenta la demanda sobre dos presupuestos equivocados, consistentes, el primero, en afirmar que como el delito de corrupción de menores descrito en el artículo 326 del Código anterior desapareció de la legislación actualmente vigente, no podía el Tribunal llamar

a juicio por acceso carnal violento (Art. 298), en el cual no se subsume, sino por acceso carnal mediante engaño (Art. 301), que es la figura a la que corresponde el hecho imputado al procesado en el auto de proceder de primera instancia y, el segundo, en afirmar que el Tribunal, al calificar los hechos como acceso carnal violento, incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, motivo de la nulidad que invoca.

1. Ninguna relevancia procesal tiene el auto de proceder dictado en primera instancia, a causa de haber sido revocada esa decisión por el Tribunal y sustituida por la que, a la postre, resultó ser el llamamiento a juicio, de donde surge la conclusión de que la invocación de la providencia revocada que hace el censor, para circunscribir la facultad del Tribunal al revisarla, carece de todo fundamento.

Del mismo modo que el Tribunal habría podido modificar la providencia de primera instancia, declarando que el delito materia del proceso era el de violencia carnal (Art. 316 del Código anterior) y no el de corrupción de menores (Art. 326 *ibidem*), pudo, de acuerdo con la nueva legislación, estimar que el delito plenamente demostrado en el sumario era, como lo dijo, el de acceso carnal violento y no el de corrupción de menores imputado en primera instancia, de acuerdo con la legislación anterior o, si así se hubiese dispuesto, con su equivalente en la actual, cualquiera hubiese sido la denominación jurídica que se le hubiese dado.

De acuerdo con el artículo 197 bis del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación otorga competencia al juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, luego, como se deja dicho, ninguna restricción a la facultad del Tribunal imponía el hecho de que el juez de primera instancia hubiese calificado, a juicio de la Corporación equivocadamente, los hechos materia del proceso.

2. *Para que pueda prosperar la nulidad consistente en haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica del delito, es requisito absolutamente indispensable que los hechos materia de la investigación y la prueba recogida durante ésta demuestren la existencia de una determinada infracción penal y que, pese a ello, ésta se califique con denominación diferente, como cuando en el proceso aparece plenamente demostrada la sustracción de cosa mueble ajena, que es hurto y tal hecho se califica como estafa, o cuando bien calificados los hechos con el nombre que les corresponde, se citan normas legales contradictorias o diferentes de las que debieron citarse:*

"... El error en el auto de proceder que la ley sanciona con nulidad, puede consistir, principalmente, o en imputar en la parte resolutiva un delito distinto al comprobado en el proceso (como robo, en vez de estafa), o en referir el delito a título o capítulo que no le corresponde (como si tratándose de estafa, se menciona el Capítulo III, en vez del IV, del Título XVI)...".

(Cas., 27 octubre 1953, LXXVI, 690; 11 mayo 1971, CXXXVIII, 547).

Cuando, como aquí ocurre, las pruebas del proceso consideradas atendibles por el Tribunal indican la violencia ejercida sobre la víctima, tal violencia es reconocida al calificarse el mérito del sumario, el llamamiento a juicio se hace por el delito que corresponde, determinado con la denominación que le da el Código Penal, violencia carnal en el Código anterior o acceso carnal violento en el actual, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenece, ni señalar el artículo especial que se considera aplicable, el ataque contra la providencia, por errada calificación de la denominación jurídica de la infracción, es a todas luces infundada.

En la vista fiscal y en el auto de proceder, las pruebas fueron correctamente analizadas:

a) Por el Fiscal de la Corporación:

"... La niña Aura María Piña Pita, en su exposición juramentada visible al folio 23, en lo esencial nos permite conocer: ...".

"... ya tenía un toro suelto y Enrique se lo hizo soltar, ella se fue a buscarlo y Enrique me cogió a mí, me dijo que si le daba mi amor, yo le dije que no, *me arrastró para unas matas y me cayó, me alzó la ropa* sin quitarme los calzones, se desapuntó el pantalón, se sacó eso que tienen los hombres y encomenzó (sic) a empujarme hasta que me lo entró, endespués se paró, me hizo jurar que no contara y nos dijo cómo debíamos de decir para que no nos regañaran ..., esto ocurrió en noviembre del año pasado. Otro día que ya íbamos a terminar los exámenes mi madre nos dijo que lleváramos los animales y veníamos y ellos se vinieron detrás, ya teníamos los animales sueltos, no los quitaron (sic) Enrique y Alonso, y los amarraron, cada uno

nos cogió a una y Enrique me llevó para una piedra, me hizo lo mismo de la otra vez y Alonso cogió a Margot y Enrique después llamó a Alonso y se fueron. *Ninguna vez fue con mi consentimiento, yo lo empujaba de para atrás, pero él me dominó,* o sea la primera vez tuve hemorragia, sí era profesor de todo el curso, o sea quinto donde yo estudiaba ...". Igualmente aclaró al preguntársele si el sindicado estuviera haciendo cosas semejantes con alguna otra mujer, que "a Gladys Rodríguez, un día la encerró en un salón de la escuela y nos dijo que nos iba a bajar en conducta por ir a mirar al salón, pero no vimos qué estaría haciendo. También a Ana Yive López Cordero, la llevaba todos los días por el camino que se iba él, siendo que ella no le tocaba irse por ese lado ...".

"... ...".

"... Igualmente declaró con las formalidades de la ley la joven Ana Margot Piña Pita, *corroborando en gran parte la exposición vertida por Aura María,* su hermana y además, quien también fuera víctima del hoy procesado Mayorga Castro, quien por esos hechos se le llegó a proferir sentencia condenatoria por el Juzgado del Circuito y confirmada por el Tribunal Superior, cuyas providencias son visibles a los folios 228 y 239, respectivamente, en fotocopia ...".

"... ...".

"... De igual forma, para esta Fiscalía es creíble la versión suministrada por Aura María Piña Pita, tanto en su exposición como en diligencia de careo que sostuviera, donde en forma clara y nítida permite conocer que fue accedida carnalmente, previamente haber sido arrastrada y llevada hacia unas matas, donde la tumbó y contra su voluntad ejecutó tal acto el individuo Pedro Enrique Mayorga Castro, quien además era su profesor ...".

(Subrayas fuera del texto);

b) Por el Tribunal:

"... La ofendida en su exposición al folio 104, hace la siguiente acusación a Pedro Enrique Mayorga Castro: ...".

"... Faltando como ocho días para salir de la escuela en el año de mil novecientos setenta y cinco, entonces íbamos por la cañada un día, me parece que era un sábado, a traer el ganado, yo iba con Margot, cuando en esas Pedro Enrique Mayorga subía con el ganado de ellos y nos vio, se fue detrás de nosotras, Margot estaba soltando el ganado cuando Enrique llegó y cogió a Margot y le hizo soltar el ganado y ella se fue a buscarlo y entonces cuando me quedé sola me cogió a mí Pedro Enrique y *me llevó para entre el monte y me bajó los pantalones y me entró eso que tienen los hombres, no me valió gritar porque nadie oyó, me tronchó los brazos y* endespués se paró y me hizo jurar para que no contara y nos dijo cómo debíamos de decir para que no nos regañaran, que la señora Araminta Castro subía con el ganado y que se había ido detrás del ganado y que no sabíamos para dónde se había ido y dijo que nos daba plata, pero que no contáramos y nosotras no lo quisimos recibir ...".

"... ...".

"... En forma clara ha manifestado la exponente la serie de circunstancias empleadas por Pedro Enrique para lograr sus propósitos libidinosos con la menor Aura María Piña, quien ha sostenido con seriedad que *fue accedida violentamente en dos ocasiones por Mayorga Castro.* La posición podría tener indudablemente la convicción necesaria si se tiene en cuenta que Ana Margot Piña en la fecha de los acontecimientos acompañó a su hermana y en esa oportunidad tuvo la audacia el acusado en soltar el ganado para que la menor Ana Margot abandonara por algún tiempo en aquella zona solitaria a su hermana Ana María y esa circunstancia planeada previamente por el implicado fue aprovechada para llevar a la menor a una zona boscosa y allí *obligarla a la práctica de relaciones sexuales* y en esta forma agotar sus deseos libidinosos...".

(Subrayas fuera del texto).

Del mismo modo atendible, el Tribunal calificó los hechos anteriores como constitutivos del delito de acceso carnal violento, antes de violencia carnal, modificando, en ese sentido, la providencia de primera instancia.

"... El juzgado del conocimiento residenció en juicio ordinario al procesado por el delito de corrupción de menores de que trata el artículo 326 del Código Penal anterior, figura jurídica que con la actual normatividad penal desapareció. La calificación del *a quo* resulta de todas maneras equivocada, ya que la ofendida no consintió el acto carnal, sino que, fue sometida mediante la violencia física a esos acoplos sexuales, ubicándose el hecho punible dentro de lo establecido por el artículo 317 del estatuto represor anterior y en el Código Penal actual dentro de lo previsto por el artículo 298. Obviamente que

la edad de la ofendida y la circunstancia del consentimiento en el acto carnal, tipificaban el desaparecido punible de corrupción de menores en los términos del artículo 326, pero tales presupuestos no son los demostrados dentro del proceso, sino una clásica violencia carnal denominada por el Código Penal anterior, que hoy toma la denominación de 'Acceso Carnal Violento', sentido en el cual debe variarse la calificación del punible, dada por el *a quo* en el auto de proceder recurrido ...".

"... El señor Fiscal Tercero de la Corporación ha plasmado su criterio en su concepto para la instancia solicitando que se debe llamar a responder en juicio criminal al implicado Mayorga Castro por el delito de acceso carnal violento, en la persona de Aura María Piña Pita, determinado en el artículo 298 del Código de las penas, en esta forma modificando la determinación del *a quo* contra el mismo por el delito de corrupción de menores ...".

Por último, de conformidad con tales hechos y tal calificación, se llamó a juicio al procesado con sujeción a la ley, como es fácil advertir de la parte resolutiva de esa providencia:

"... *Confirmar* el auto de proceder materia del recurso de apelación de procedencia y fecha relacionados, *con la modificación* de que el llamamiento a juicio para el procesado Pedro Enrique Mayorga Castro de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, procede por el punible de acceso carnal violento en la menor Aura María Piña Pita, conforme a lo puntualizado en la motivación de esta providencia ...

"... Del delito por el cual se procede, trata el Libro II, Título XI, Capítulo I del Código Penal vigente bajo la denominación genérica de 'De la violación' ...".

El análisis de las pruebas hecho en el auto de proceder, en el que se da al testimonio de la ofendida pleno crédito y se invocan indicios graves de responsabilidad contra el procesado como autor de la infracción, fundamento adecuado del auto de proceder, no pueden desconocerse por el recurrente con sólo oponer a ellas su personal criterio.

No sobra, por lo demás, recordar con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que al testimonio único puede reconocérsele valor de prueba plena o completa si ello es posible de acuerdo con las condiciones personales y sociales del testigo, del objeto a que se refiere el testimonio, de las circunstancias en que haya sido percibido y de aquellas en que se rinde la declaración, todas las cuales favorecen la credibilidad de la víctima en este caso, aparte de que tal credibilidad resulta corroborada por numerosos otros hechos indiciarios que, sin ser graves, forman todos un atendible haz probatorio.

No prosperan los cargos.

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, visto el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de origen y fecha indicados.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL, VIOLACION DEL ARTICULO 121 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

No debe confundirse el derecho del procesado a designar apoderado y defensor y a que no sean cambiados sin su consentimiento, con el derecho de tener defensa durante el tiempo que se ejercita, por el Estado, la acción penal, pues es a éste y no a aquél a que se refiere la Carta Política

Ciertamente constituye irregularidad, que no debe cometerse, que el defensor que no tiene facultad para sustituir lo haga, pero si se presenta esta situación, no constituye nulidad constitucional ni siquiera procesal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 3 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 54 de 3 de agosto de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior de Tunja en sentencia de doce (12) de septiembre de 1981, al revisar, por la vía de la alzada, la del Juzgado Quinto Superior de esa ciudad, fechada a 30 de junio del mismo año, la confirmó en cuanto impuso a Raúl Eduardo Domínguez Quintero la pena principal de noventa (90) meses de prisión por el delito de homicidio en la persona de Daniel Peralta Romero, pero la reformó para señalar al otro procesado, Víctor Manuel Bernal Quintero la de noventa y cuatro (94) meses. En todo lo demás confirmó dicha sentencia que había sido proferida contra las dos personas mencionadas a quienes se ha venido considerando responsables en calidad de cómplices de la muerte del dicho Peralta Romero, hecho ocurrido en la población de Sutatenza, el domingo once (11) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

Contra dicha providencia interpusieron, en tiempo oportuno el recurso extraordinario de casación ambos procesados. Se les concedió y fue admitido por esta Sala en donde el apoderado de ambos presentó, también en su debida oportunidad, la pertinente demanda que se declaró ajustada a derecho y de la cual se dio traslado al Procurador Tercero Delegado Penal, quien la respondió en la forma que se verá más adelante.

Agotado el trámite del recurso, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal:

Aquéllos pueden resumirse diciendo que el día atrás mencionado, o sea el once (11) de noviembre de 1979, se encontraban varias personas, entre ellas Víctor Manuel Bernal Quintero, Daniel Peralta Romero y Félix Hernando Quintero en la tienda de Tiberio Heredia en la ya también citada población de Sutatenza tomando unas cervezas que empezaron a consumir en el interior del establecimiento y luego siguieron ingiriendo en la parte de fuera, esto es, en el andén. Hallándose allí se acercó un individuo a quien invitaron a tomar, pero en ese momento dicho sujeto sacó un revólver y procedió a disparar contra Peralta, yéndose después hacia un "Jeep" estacionado a poca distancia y manejado por Raúl Eduardo Domínguez, vehículo en el cual se alejaron ambos individuos, en tanto que Peralta moría de inmediato a consecuencia de los disparos recibidos.

El sujeto que los hizo fue identificado como Jairo N., quien no pudo ser capturado y cuyo paradero se desconoce hasta el momento.

Llevada a cabo la investigación en la cual se indagaron, a más de los mencionados Domínguez y Bravo, a Víctor Manuel Bernal Quintero, Félix Hernando Quintero Quintero y Guillermo o Eliseo Muñoz, se calificó por el juez atrás mencionado, mediante auto de 23 de agosto de 1980, en que llamó a responder en juicio por el delito de homicidio a Jairo N., Raúl Eduardo Domínguez Quintero y Víctor Manuel Bernal Quintero, al tiempo que sobreseyó temporalmente en favor de Félix Hernando Quintero y Guillermo o Eliseo Muñoz Dueñas.

Apelaron de esa decisión los enjuiciados, pero desistieron los dos últimos de la alzada. El Tribunal siguió, empero, conociendo del recurso que culminó el 9 de febrero de 1981, por auto en que se modificó el apelado en el sentido de sobreseer temporalmente en favor de Jairo N. por no estar plenamente esclarecida su identidad y además, se consideró como agravado el homicidio.

En tal oportunidad los dos enjuiciados Domínguez y Bernal, designaron como defensor al doctor Marco Tulio Bravo, a quien no se le confirió la facultad de sustituir, pese a lo cual y luego de que se terminó la apelación, lo hizo en la persona del doctor Heraclio Hernández Sandoval, quien, posteriormente y no obstante que el doctor Bravo le había sustituido con las mismas facultades que se le habían otorgado en el poder a él conferido, también sustituyó en el doctor Fernando Espitia Montero, quien se posesionó y continuó asistiendo a los dos procesados en mención hasta el final del juicio.

Llevada a cabo la audiencia el 9 de junio de 1981 y sometidos durante ella a la consideración de los jurados de conciencia los cuestionarios de rigor, los contestaron afirmativamente.

La Juez Quinta Superior de Tunja, en la sentencia ya mencionada, condenó a Domínguez Quintero y a Bernal Quintero a las penas precitadas, como cómplices del homicidio.

El Tribunal, al desatar el recurso de alzada, interpuesto por los procesados contra la sentencia de primera instancia, la encontró fundada en cuanto a la condenación, en sí misma, pero discrepó del *a quo* en lo referente a la dosificación de la pena imputada a Bernal Quintero, respecto al cual obraba una anterior sentencia condenatoria, razón por la cual, como se deja dicho, la aumentó en cuatro meses.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría:

Un solo cargo dirige el actor a la providencia recurrida, enmarcándolo en la causal cuarta de casación por considerar que se incurrió en nulidad de rango constitucional por violación de las formas propias del juicio y, en particular, de la garantía de defensa de los procesados.

Lo hace consistir fundamentalmente en que, según dice, "la personería de la defensa, a partir de la posesión del doctor Heraclio Hernández Sandoval es ilegítima y por consiguiente se adelantó el juicio con violación de las normas que le son propias, pues los encausados no contaron con una legal asistencia jurídica durante el juicio, como que no se puede ejercer el cargo de defensor sin nombramiento eficaz. El juzgador de primera instancia, al reconocer y posesionar a los doctores Fernández Sandoval y Espitia Montero, violó el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal y consecuencialmente el instituto de la defensa, que obliga a que el enjuiciado cuenta (sic) con defensor que le asista hasta la terminación del proceso".

Al sustentar el cargo, haciendo hincapié en la norma citada, dice, en lo esencial, que no puede el abogado cumplir con las funciones de defensor cuando no se ha creado el vínculo jurídico que lo une al procesado. "Su gestión, en tal caso, expresa el censor, es como si no hubiera tenido ocurrencia, pues lo que es ilegal, lo que resulta contrario a la ley, lo que se toma sin que jurídicamente se pueda tomar, como esa sustitución reiterada en este proceso, sin facultad alguna para sustituir el mandato, no pueden nacer a la vida jurídica, no puede producir los efectos procesales que se pretendieron llenar y concretamente el de asistencia jurídica que debe tener el enjuiciado durante la causa".

Agrega que cuando no se faculta al defensor para sustituir el mandato, no puede traspasarlo a otra persona, "pues viola con ello el derecho de defensa, concretamente en la facultad que tiene el acusado de escoger el profesional que lo defienda".

Finalmente, niega que el silencio de los procesados sobre las sustituciones de poder validen estas actuaciones por cuanto considera que tal vicio es insubsanable por ser, en su concepto, cuestión de orden público y no estar a discusión de la voluntad de las partes.

Replica el Procurador Tercero Delegado Penal que si bien es cierto que la sustitución del poder debe hacerse con facultad para ello, que falta en este caso en forma expresa, ocurre em-

pero que al apoderado se le otorgó la de "reasumir" el poder, la cual supone la primera.

Agrega que los procesados tuvieron conocimiento de tales sustituciones y no las objetaron, lo que representa "un consentimiento tácito al ejercicio de su mandato, en este caso el profesional que llevó su defensa, que convalida y subsana la irregularidad, en cuanto implica su voluntad de tal representación".

Acudo, además, a las normas del derecho civil, en particular lo dispuesto por el artículo 2149 del ordenamiento de la materia que permita la representación "por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra ...".

Y finalmente, hacer ver que el actor no demostró la existencia de graves perjuicios para los procesados por el proceder que tacha de inválido y que, por el contrario, del proceso aparece que los defensores ejercieron su función sin limitaciones de ningún género "por manera que tal defensa no resulta afectada en forma alguna y por el contrario debe entenderse que se ejerció suficientemente y con plena voluntad de los representados, así no obtuviera los resultados que con la misma se perseguía".

En con secuencia, solicita que se declare infundado el cargo.

Consideraciones de la Corte

Examinando el cargo único que el censor ha hecho a la sentencia y que consiste, en resumen, en haber incurrido en nulidad constitucional, según él, por desconocimiento del derecho consagrado en el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, de que "el apoderado o defensor no podrá ser sustituido, sino con expresa autorización del procesado", la Sala observa que *el demandante ha confundido la facultad que el sujeto pasivo de la acción penal tiene, ciertamente, de designar a quien haya de representarlo en el proceso y a que no sea cambiado sino con su consentimiento, o sea a que se mantenga esa representación hasta tanto el representado no disponga otra cosa o renuncie el representante, con el derecho de tener defensa durante el tiempo que se ejercita, por el Estado, la acción penal.*

Esas dos situaciones hacen referencia a dos aspectos de un mismo concepto, el de defensa, pero no están en el mismo plano ni pueden confundirse. El derecho de defensa, genéricamente considerado, es la facultad que tiene el sindicado de oponerse a la pretensión punitiva del Estado, ya en su totalidad ora en sus formas más severas, buscando, bien sea su absolución o bien una condenación menos rigurosa.

Ese derecho, al decir de algún autor (Manzini) se desdobla en dos aspectos: la defensa material y la defensa técnica. Aquella es la que se denomina "genérica". Puede ser ejercida por el mismo procesado y se manifiesta en múltiples circunstancias, v. gr. derecho a ser notificado de las decisiones fundamentales del proceso, particularmente de la acusación, derecho a pedir pruebas, derecho a impugnar las decisiones desfavorables, etc.

La segunda, llamada también "formal" consiste en la posibilidad de hacerse representar por un letrado o por una persona honesta o por alguien que sea ambas cosas a la vez.

Sin entrar, por el momento, en la dilucidación del problema de si esa representación es un mandato común y corriente, por ejemplo, el reglamento en el derecho civil, o una nunciatura, como la llama Leone, o la titularidad de un oficio, o una relación de intereses subordinados, etc., es preciso decir que constituye un derecho de menor importancia que el genérico de defensa.

A este último, no al primero, es al que se refiere la Carta Política para incluirlo entre las garantías fundamentales del proceso.

Este derecho primario de defensa sí tiene el carácter de entidad de orden público. No el otro, como lo pretende el actor.

A aquél no se puede renunciar, como sí puede el acusado renunciar a designar un defensor de confianza y pedir que se lo nombre el Estado.

Ciertamente constituye irregularidad, que no debe cometerse en el proceso, que el defensor que no tiene facultad para sustituir, lo haga, pero si se presenta esta situación, no constituye nulidad constitucional ni siquiera procesal.

No lo primero porque no viola, como se deja demostrado, ningún derecho amparado por la Constitución. Ni lo segundo porque no está enumerada entre las que menciona el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, el carácter de la defensa técnica, a la que, como se ha dicho, se llama también "formal" recibe esos nombres porque permite manifestar, en forma adecuada, vale decir, conforme a las leyes y a los principios del derecho,

la pretensión defensiva del acusado, dándole la forma que las normas exigen y actuándola en las oportunidades que ella prescribe. Ese carácter, se repite, permite que se actúe de oficio y además, hace posible la aquiescencia, expresa o tácita, a las actuaciones de un apoderado o defensor no designado expresamente por el sindicado.

Por eso dice un autor (Leone), que "el ejercicio de actividad inherente a la función de defensor por parte de un sujeto para ella habilitado cuando haya sido cumplido en presencia de la parte o con la clara connivencia con ella, equivale al acto formal de nombramiento" (Tratado de Derecho Procesal Penal, Vol. I, Pág. 570).

Es decir, que cuando el defensor ha actuado sin poder suficiente para representar al acusado, pero éste no protesta en su debida oportunidad para rechazar esa representación o cuando la ratifica expresamente, tal defensa es válida siempre que, como dice el autor citado, se ejerza por persona habilitada, esto es, apta legalmente para ello.

Eso es lo que ha sucedido en el caso de autos en que el, en verdad, el primer apoderado sustituyó en el segundo y éste en el tercero sin que aquél estuviera facultado para ello.

Pero los procesados no sólo no protestaron, sino que aceptaron la defensa y, con ella, la representación que implicaba y como no hay duda sobre la capacidad legal de los defensores para ejercer sus funciones, puede hablarse de una ratificación tácita de ellas, por lo que no puede hablarse de nulidad por este aspecto, que pudiera llamarse "formal" de la defensa.

Tampoco por el aspecto material, esto es, la amplitud, cuidado y eficacia de la defensa, pues basta repasar las intervenciones de los apoderados y del defensor para percatarse de que ejercieron sus funciones a conciencia y en la medida de sus capacidades.

De todo lo anterior se desprende que, como lo anota la Procuraduría, con cuyos razonamientos está de acuerdo la Sala, no se haya incurrido en el vicio de nulidad alegado y deba, por lo tanto, rechazarse el cargo aducido contra 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,

Resuelve

No CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. Principios generales de derecho procesal, obligaciones solemnemente contraídas por la Nación en convenios internacionales y la propia ley procesal penal colombiana señalan, según la fuente de la investidura, dos formas únicas válidas de constitución de defensor, *la contractual o de confianza,* cuando es designado directa o indirectamente por el procesado y *la judicial u oficial,* cuando es escogido por le correspondiente funcionario en los casos y con el lleno de los requisitos exigidos por la ley.

La facultad de designar directamente al defensor de confianza o, indirectamente, a un sustituto suyo, es derecho personal e inalienable del procesado que no le puede ser arrebatado o vulnerado sin quebrantar principios fundamentales del proceso, que desconocidos una vez, como en ésta, puede resultar gravísimo precedente y dar lugar, en lo sucesivo, a toda suerte de arbitrariedades.

Esta facultad del procesado no admite sino una excepción, en caso de renuencia o de imposibilidad suya para designarlo él mismo, único en el cual puede intervenir y actuar en el proceso —tanto en el sumario como en la causa—, uno cuya investidura no emana del acusado, sino del propio juez.

Gustavo Rendón Gaviria, en su Curso de Procedimiento Penal Colombiano (Temis, 2ª Edic., 1962, Págs. 116 a 117), sostiene a este respecto:

"... Consecuencia del carácter público que el procedimiento penal da al cargo de apoderado o defensor, de acuerdo con las disposiciones que ya estudiamos, es la prohibición contenida en el

artículo 110 (hoy 121), que impide la sustitución de poderes sin una autorización expresa del procesado ...".

"... El nombramiento de apoderado o defensor, a más de implicar para el designado un deber social ineludible, lo hace el procesado generalmente en atención a consideraciones de orden personal, por el conocimiento del abogado, su especialización, sus relaciones con él, su prestigio, etc., que quedarían burladas si el nombrado pudiera por su sola voluntad sustituir en otro el cargo conferido. Distinta cosa es si el procesado autoriza la sustitución, porque este acto equivale a una nueva designación de su parte. Lo mismo cabe afirmar tratándose de procesados menores en que la autorización, en nuestro concepto, debe darse por el curador ...".

La Ley 74 de 1968, "Por la cual se aprueban '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', señala, entre otras, las siguientes garantías *mínimas* de los procesados:

"... Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas ...".

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

"... A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección...".

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

"... A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo ...".

El Código de Procedimiento Penal, por último, reconoce al procesado el derecho a designar tanto a su apoderado como a su defensor, establece la prohibición perentoria de que éstos puedan sustituir sin autorización expresa de aquél y regula los únicos casos en los que quienes han de asistirlo, en el sumario o en el juicio, no son designados por él:

"... Artículo 431. *Derecho de defensa desde la captura.* El funcionario ante quien fuere llevada la persona capturada, pondrá inmediatamente en conocimiento de ésta el derecho que tiene de nombrar un apoderado para que le asista en todas las diligencias subsiguientes, dejando constancia escrita de ello. Si no quiere o no puede designar apoderado, el instructor se lo nombrará de oficio. Tan pronto sea nombrado, deberá dársele posesión y a partir de la diligencia de indagatoria podrá intervenir en el proceso ...".

"... Artículo 485. *Nombramiento de defensor.* Al notificarse el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare, lo designará el juez ...".

"... El defensor nombrado será reconocido por el juez si reuniere las condiciones para desempeñar el cargo ...".

"... Artículo 386. *Reglas para recepción de indagatoria* ... ...".

"... Si el sindicado fuere menor de dieciocho años, el nombramiento de apoderado deberá hacerlo su representante legal. A falta de éste, el nombramiento lo hará un curador, que será designado por el juez ...".

"... Si el representante legal o curador no nombraren el apoderado, éste será designado de oficio por el juez ...".

"... Artículo 121. *Sustitución del poder.* El apoderado o defensor no podrá sustituir, sino con expresa autorización del procesado ...".

"... Artículo 382. *Emplazamiento para indagatoria.* Cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante diez días en la secretaría del juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, y se le nombrará apoderado de oficio para que lo represente durante las diligencias ...".

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

"... Artículo 401. *Continuación del proceso sin indagatoria.* La indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar, después de prac-

ticadas las diligencias a que se refiere el artículo 382, no es necesario para continuar el sumario ni para calificar su mérito ...".

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

"... Artículo 484. *Notificación.* Dictado auto de proceder, el juez ordenará citar al procesado para que se le notifique personalmente, y si fuere el caso, se hará saber a las autoridades de policía para su captura. Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la secretaría del juzgado; si transcurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación ...".

2. La Corte, en reiterada doctrina, ha sostenido que carece de valor y anula el procedimiento, la designación y actuación de un defensor de oficio cuando el procesado ha nombrado previamente o escoge con posterioridad a uno de su confianza y la misma razón y las mismas consecuencias deben predicarse cuando el escogido por el procesado, sin autorización expresa de éste y, por tanto, rompiendo el vínculo de causalidad entre acusado y defensor, elige a otro para el cargo.

En conclusión, tan arbitrario y sin valor es el nombramiento hecho por el juez cuando el procesado ha designado o designa posteriormente a un defensor de su confianza, como el cumplido por éste sin autorización expresa para hacerlo, vale decir, delegando un encargo que a él y sólo a él ha sido conferido:

"... No habiendo señalado la ley término para que el procesado nombre libremente su defensor, y si en la diligencia de notificación del auto de proceder, no renuncia al derecho de elegir su defensor, ni se niega a ejercitar dicho derecho, sino que únicamente anuncia que hará el nombramiento dentro de un plazo, corresponde al funcionario del conocimiento, ante esa manifestación señalarle un término prudencial en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal. Este es el camino a seguir y no el de nombrar inmediatamente defensor de oficio, nombramiento que en dichas circunstancias resulta ilegítimo. Al obrar así se menoscaba el derecho de defensa y habría que restablecer la actuación al estado en que ese derecho pueda ejercerse con la libertad y la eficiencia que tutelan la Constitución y la ley...".

(Autos, 19 de enero de 1960, XCIII, 10; 5 de febrero de 1960, XCIII, 16).

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

"... La designación de defensor por parte del incriminado es una de las primeras expresiones del derecho de defensa, porque es el sujeto pasivo de la acción penal, quien está en mejores condiciones para escoger la persona que crea más preparada en la ciencia del derecho y que le inspire más confianza en la protección de sus intereses dentro de la respectiva causa. Tan esencial es esta prerrogativa del procesado que algunas constituciones, como la mexicana, la han elevado a canon fundamental ...".

(Auto, 5 de febrero de 1960, XCIII, 15).

3. Es necesario precisar, por último, que el procedimiento penal colombiano no admite la convalidación de las actuaciones ilegítimamente cumplidas por el defensor arbitrariamente designado por el juez o por el sustituto no autorizado previa y expresamente por el procesado, pues en uno y otro caso los así designados no tienen realmente el carácter de defensores, sino el de simples gestores o agentes oficiosos, que es institución ajena al procedimiento penal y cuyos actos, por consiguiente, no pueden ser ratificados ni aún por el propio procesado.

A este respecto, Leone, en su Tratado de Derecho Procesal Penal (Edit. EJEA, 1963, t. I, Pág. 251), sostiene:

"... que puede ser rehusado cualquier acto puesto en existencia por un gestor negocial, y que, en el caso del cumplimiento del acto, éste queda inválido, sin posibilidad de convalidación, mediante el acto posterior que se denomina ratificación. Se rehusa, por tanto, aplicación al principio *ratihabitio mandato comparatur* 'la ratificación se equipara al mandato' en el proceso penal ...".

Estas breves consideraciones son tanto más atendibles, cuanto que en el asunto fallado por la mayoría se convalida la actuación cumplida por el sustituto de un sustituto, sin que el procesado haya conferido la facultad de sustituir ni siquiera en el primero.

Por tales consideraciones, muy respetuosamente, salvamos el voto.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez.

11 de agosto de 1982.

CASACION. CAUSAL 4ª. NULIDAD

La competencia, cuando se trata de juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional la da la vinculación que a estas entidades tiene el agente del ilícito en el momento de cometerlo, no su suerte posterior

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 3 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 54.

Vistos

El Tribunal Superior Militar, en sentencia de nueve (9) de diciembre de 1980, confirmó la de veintidós (22) de julio del mismo año, por medio de la cual el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, en su calidad de juez de primera instancia, condenó al agente (r) de la Policía, Pablo Alfonso Olaya Palacios, a la pena principal de ocho (8) años de presidio más las accesorias del caso, como autor del delito de homicidio cometido en el perímetro urbano de Zipaquirá el día treinta (30) de junio de 1979 y del que aparece como víctima Luis Enrique Garnica.

Contra dicha providencia interpuso el procesado, en tiempo oportuno, recurso extraordinario de casación, que, habiéndole sido concedido, y por esta Sala, declarado admisible, se tramitó en debida forma habiendo llegado el momento de fallar, a lo cual se procede previo el relato de los hechos, examen de la demanda y consideraciones del caso.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que el día ya mencionado y en horas de la noche se encontraba el agente de la Policía Nacional, Pablo Alfonso Olaya Palacios, con otros amigos en una cantina ubicada en la carrera 12 con calle 18 del sector urbano de Zipaquirá, cuando llegó Luis Enrique Garnica, a quien apodaban "El Loco", el cual cogió la cerveza que tenía ante sí el agente y al volverla a colocar en la mesa lo salpicó, cosa que no gustó a éste, quien protestó por ello, lo que fue motivo para que el dueño del establecimiento les pidiera a todos que salieran, pues no quería problemas. Así lo hicieron pero, al salir, Olaya Palacios echó mano de su revólver de dotación y comenzó a disparar habiendo hecho blanco uno de los tiros en José Manuel Padilla, aunque sin lesionarlo y otro en Luis Enrique Garnica a quien la bala le penetró por la frente causándole la muerte en forma instantánea.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal, pasando luego, por competencia, al Juzgado Veinte Superior de Bogotá, que dispuso perfeccionarla por medio de comisionado, hecho lo cual la cerró y, por auto de 23 de enero de 1980 llamó a juicio a Olaya Palacios por el delito de homicidio simplemente voluntario.

Empero, cuando el asunto subió, por apelación del auto de proceder al Tribunal Superior, éste, por providencia de 28 de mayo de 1980 decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación por considerar que, estando el país en estado de sitio cuando fue cometido el ilícito materia del proceso, correspondía a la justicia penal militar y no a la ordinaria el juzgamiento del procesado.

Fue así como el asunto pasó a la castrense y habiéndole correspondido, por competencia, al Comando del Departamento de Policía "Cundinamarca" como juez de primera instancia se convocó, por medio de Resolución número 226 de 11 de julio de 1980, Consejo Verbal de Guerra que se llevó a cabo el 18 del mismo mes y año y que concluyó por la sentencia atrás mencionada.

En él se sometió a conocimiento de los vocales el cuestionario en que se interrogaba sobre un homicidio intencional y que fue contestado, por mayoría de votos (dos afirmativos y uno negativo) con un "es responsable".

Esta respuesta fue hallada por el Presidente del Consejo de Guerra como ajustada a los hechos y por tal motivo procedió a desarrollarla en la providencia de que se ha hecho mención al comienzo de la presente.

Lo mismo ocurrió con el Tribunal Superior Militar en la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Varios cargos, que a continuación se resumen, lo mismo que la réplica del Procurador Delegado para la Policía Nacional, hizo el actor a la sentencia recurrida, todos ellos, a excepción del último dentro de la causal primera de casación, unos por violación directa, otros por indirecta. El séptimo, o sea el último y que debió ser el primero atendiendo una adecuada técnica de casación, lo propuso el recurrente en el ámbito de la causal cuarta de casación, por lo cual será examinado en primer término.

Cargo por nulidad. Lo hace consistir en que el Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal solicitó y obtuvo del Comando de Policía "Cundinamarca" el retiro del agente Olaya Palacios y, no obstante haber quedado éste separado de esa institución, el Tribunal de Bogotá dispuso que la competencia para juzgarlo la tenía la justicia castrense, pese a que, a juicio del censor, ya la había perdido por no pertenecer en forma activa, a la Policía.

Recuerda a este respecto la Procuraduría que esta Sala ha venido sosteniendo en forma reiterada que cuando el país se halla en estado de sitio, los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional son de conocimiento de la justicia penal militar a virtud de lo dispuesto por el artículo 308, numeral 2º y artículo 309 del Código de Justicia Penal Militar.

En consecuencia, solicita que se deseche este cargo.

Cargo por violación directa:

Primer cargo. Alega el censor que en la sentencia se dejó de aplicar el artículo 370 del anterior Código Penal porque, en su concepto, se trataba de un homicidio culposo, ya que, según el Tribunal Militar el procesado causó la muerte a Garnica "con dolo indeterminado o eventual, entendiendo por esto como la intención dirigida indiferentemente a varios resultados", a más de lo cual hizo suya la manifestación del Fiscal de que el procesado "disparó indeterminadamente su arma", por lo cual, concluye el actor, se está frente a un homicidio culposo que no fue reconocido en la sentencia.

Responde el Procurador que no existió en el presente caso el fenómeno de la culpa y que el Tribunal discurrió correctamente al considerar que se trataba de un homicidio voluntario, por lo cual no resulta cierto que se hubiera infringido la disposición que el demandante cita como violada y no debe accederse a reconocer el cargo que, al amparo de la causal primera, parte primera, le hace a la sentencia.

Segundo cargo. La alegación del actor en este paso de su demanda consiste en decir que se violó, de modo directo la ley por haberse dejado de aplicar el artículo 28 del anterior ordenamiento de las penas que era, según él, pertinente en el caso de autos, porque así resultaba de lo que dicen varios declarantes, cuyos nombres menciona para corroborar su aseveración.

Dice a esto el Ministerio Público que el censor ha incurrido en falla técnica al pretender alegar como violación directa lo que, según la forma como fundamenta su censura, resultaría ser de carácter indirecto, ya que la apoya en pruebas para demostrar que los hechos ocurrieron en forma diferente a como los aceptó el Tribunal, siendo así que para poder alegar en el marco de la parte primera de la causal primera de casación, esto es, por violación directa de la ley, se necesita reconocer la acertada apreciación de los hechos por parte del juzgador y rebatir únicamente la forma como aplicó o dejó de aplicar las normas sustanciales pertinentes.

Cargo por violación indirecta:

Primer cargo. Lo hace consistir en que, según el demandante, el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley por haber ignorado pruebas existentes en el proceso. Cita entre ellas la diligencia de inspección judicial, varios testimonios y la reconstrucción de los hechos de todas las cuales dice que si hubieran sido valoradas racionalmente hubieran llevado al juzgador a una conclusión distinta a la asentada en la sentencia sobre la responsabilidad del procesado.

Segundo cargo. Lo radica en que, de acuerdo a su entender, el juzgador dejó de apreciar algunos testimonios que, de haber sido valorados, habrían demostrado que se trataba de un homicidio culposo y no doloso como aparece en la sentencia.

Tercer cargo. También, como los dos anteriores, por pretendida violación indirecta de la ley sustancial, lo hace consistir el demandante en que, según él, el Tribunal cometió error de derecho manifiesto al valorar la confesión del procesado, desconociendo la presunción de veracidad que, en su concepto, ampara a la indagatoria.

Se refiere concretamente al rechazo que los juzgadores de instancia hicieron de la manifestación de éste consistente en que había disparado al aire, sin apuntar su arma a persona determinada, aseveración que, dice el demandante, el Tribunal no podía desconocer sin violar la ley que manda aceptar la confesión del reo, tanto en lo favorable como en lo desfavorable.

Cuarto cargo. Reitera que el juzgador se equivocó en la apreciación de las pruebas, pues en lugar de tomar como fundamento de su decisión las favorables al procesado, tomó las de cargo, especialmente por lo que hace a la testimonial, a propósito de lo cual vuelve a citar los nombres de los declarantes que, según él, deponen en favor de su defendido. Y transcribe los apartes de dichas declaraciones que debieron ser apreciados, y no lo fueron, por el sentenciador.

A todos los cargos por violación indirecta responde conjuntamente la Procuraduría para la Policía Nacional diciendo que la crítica a las pruebas no es admisible, en sede de casación, cuando se trata de procesos que han sido juzgados en Consejos Verbales de Guerra, ni en los de competencia de los jueces superiores, a propósito de lo cual transcribe apartes de una sentencia de esta Sala en que se hace análisis de esa situación procesal, todo ello para concluir que deben rechazarse las censuras que se encuadran en el segundo aparte de la causal primera de casación.

Consideraciones de la Corte

Se examinan, a continuación, los cargos formulados contra la sentencia recurrida, en el orden que se les ha dado en los anteriores apartes de esta providencia, es decir, comenzando por el de nulidad, ya que si éste prospera, no sería necesario ocuparse de los demás.

Cargo por nulidad. La alegación que hace el actor de no ser competente la justicia castrense para conocer del presente proceso por cuanto apenas iniciado, se desvinculó, al procesado de la entidad policiva, carece de fundamento porque la competencia, en estos casos, o sea cuando se trata de juzgar a miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional la da la vinculación que a estas entidades tiene el agente del ilícito en el momento de cometerlo, no su suerte posterior. Es decir, que no obsta el haber sido desvinculado de aquéllas, con posterioridad al hecho que se juzga para que, si tenía el carácter de agente o miembro de las fuerzas armadas en ese momento, se entienda que debe ser juzgado por la justicia penal militar.

Una vez asentado esto, que es lo que la Sala ha venido sosteniendo en forma invariable, queda por ver si, pese a su vinculación castrense lo juzga la justicia ordinaria o la militar.

Sobre este particular, también se ha sostenido por la Sala, por mayoría de votos, que cuando el país se encuentra en estado de sitio, como lo estaba cuando se cometió el hecho juzgado en el presente proceso, son competentes las autoridades militares para juzgar no sólo los delitos propios de quienes componen las Fuerzas Armadas, sino aun los comunes. Esto en virtud de lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Y que igual regla debe seguirse en los casos de que quienes cometan tales delitos, militares o comunes, sean agentes de la Policía, pues este cuerpo está asimilado, para los fines del juzgamiento, a las Fuerzas Armadas en virtud de lo dispuesto por el mismo ordenamiento que se acaba de mencionar.

Así, pues, en el presente caso era competente para conocer del proceso, el Comandante del cuerpo de Policía a que pertenecía el infractor de la ley penal, o sea el del Departamento de Policía "Cundinamarca" que fue precisamente quien hizo el juzgamiento en primera instancia, o sea que no se incurrió en la pretendida nulidad que alega el demandante.

Primer cargo por violación directa. Incurre en grave error el demandante cuando pretende que por haberse reconocido en los autos por parte de los juzgadores de instancia la existencia de un dolo eventual, no debió condenarse a su defendido por homicidio voluntario, sino que debió calificarse el acto de culposo.

El dolo eventual, que la doctrina ha considerado, frecuentemente, como una modalidad del llamado "dolo indirecto" limita, en verdad, con la denominada "culpa con previsión" en cuanto, en ambos casos el agente prevé el resultado lesivo como consecuencia posible de su conducta, sin que su intención esté enderezada en forma directa a conseguirlo.

Pero en tanto que en la culpa con previsión, llamada también imprudencia, el agente espera evitar el resultado, o, por lo menos, confía en que éste no se produzca, para el que obra con dolo eventual, le es indiferente que el resultado se produzca o no. O, mejor aún: asume el riesgo de que haya un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser.

Hay autores que, para aceptar la existencia del dolo eventual ni siquiera exigen la asunción del riesgo, lo cual vendría a ser, en cierto modo, una forma de quererlo. Les basta que el agente obre en una situación de indiferencia respecto al resultado.

La Sala considera que en esta última posición resulta muy difícil distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o culpa con previsión o imprudencia y que se requiere para la existencia de aquél un elemento subjetivo más calificado que la mera indiferencia y éste sería el ya mencionado de la asunción del riesgo, vale decir, cuando el agente no obstante no querer en forma directa el resultado, está dispuesto a admitirlo como una consecuencia de su acción.

Se dice lo anterior para reforzar la afirmación ya consignada de que existe diferencia entre dolo eventual y culpa y que cuando se encuadra un hecho dentro de la primera forma de culpabilidad no se puede pretender error por confundirla con la segunda, ya que son diferenciables como se acaba de demostrar.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. La aplicación del artículo 28, es decir, el reconocimiento de una situación atenuante de la responsabilidad, como era la consagrada por esa norma en el anterior Código Penal, bajo cuya vigencia fue cometido el delito, o en el artículo 60 del actual estatuto de las penas, debe ser, en aquellos casos que se juzgan con intervención de jurados o vocales, reconocida por éstos en el veredicto.

Esto porque, tratándose no de una simple atenuación punitiva, sino de una modalidad de la responsabilidad penal, debe aparecer en el auto de proceder, cuando se trata del juzgamiento por jurados, o en el cuestionario, si intervienen en el mismo vocales. O ser reconocida por éstos en el veredicto.

No ocurrió así en el presente caso, pues ni en el cuestionario, ni en el veredicto se menciona para nada dicho estado emocional, por lo que no podía el juzgador de derecho, como lo pretende el censor, reconocerlo.

Se rechaza, por lo tanto, esta censura.

Cargos por violación indirecta. (Primero, segundo, tercero y cuarto).

La Sala, al igual que la Procuraduría, cuyos argumentos acoge en su integridad, no se va a detener en el examen particularizado de cada uno de estos cargos, pues, fuera de que es una contradicción alegar simultáneamente, como lo ha hecho el censor, las dos formas, modalidades o apartes de la causal primera, basándose, para las que se dicen violaciones directas de la ley sustancial penal, en análisis de las pruebas, por cuanto quien se acoge a dicha modalidad de casación debe aceptar que el juzgador consignó debidamente los hechos y que en consecuencia se acepta el relato que de ellos hizo, censurándose sólo la aplicación a ellos del derecho, bien sea por haber dejado de aplicar normas pertinentes, o haberlo hecho en forma inadecuada o haber subsumido los hechos en normas que no correspondían al caso juzgado, a más de ese error, se repite, el demandante cometió otro consistente en haber alegado violación indirecta en un caso que fue sometido a vocales, esto es, a jueces de hecho, cuyo veredicto, en materia de pruebas es incontrovertible en sede de casación, pues la única forma de apartarse de él es declarándolo contraevidente y esta facultad sólo la tienen, como tantas veces lo ha dicho la Corte, los juzgadores de instancia pero no la Sala de Casación Penal, que no podría entrar a dictar sentencia, como lo pretende el censor, sin pretermitir un importante episodio del proceso, como es el juzgamiento por jurados o, en su caso, por los vocales que componen el Consejo Verbal de Guerra.

Doble motivo, pues, para rechazar estas censuras, todas las cuales adolecen de la misma falla.

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.

Dante L. Fiorillo Porras, salvo voto; *Fabio Calderón Botero; Gustavo Gómez Velásquez,* salvo voto; *Alvaro Luna Gómez,* salvo voto; *Alfonso Reyes Echandía,* salvo voto; *Luis Enrique Romero Soto; Pedro Elías Serrano Abadía; Darío Velásquez Gaviria; Julio Roncallo Acosta,* Conjuez.

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 reúne 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 (Arts. 21, 166, y 157 C. N.; Código Nacional de Policía, Arts. 1, 2, 34, 47; y Dtos. 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 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, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

Salvedad de voto de los Magistrados Dante L. Fiorillo Porras y Alvaro Luna Gómez

Las constancias procesales indican que para la fecha de los hechos, si bien en el procesado concurría la calidad de agente de la Policía Nacional en servicio activo, las infracciones cometidas por éste, materia de la condena, no lo fueron ni por causa del servicio, ni con ocasión del mismo, ni por razón de las funciones inherentes a su cargo, lo que quiere decir que al momento de cometer los hechos el ahora condenado no actuaba como agente de la Policía Nacional, sino como cualquier particular y, por consiguiente, al margen de la disposición del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, que era la norma para entonces vigente y la que, sólo en caso de reunirse los presupuestos en ella señalados, habría permitido su juzgamiento por la justicia castrense.

La tesis, hasta hace poco sostenida por seis de los Magistrados de la Sala, conforme a la cual el juzgamiento de los agentes de la policía se regía por dos leyes simultáneas, de disposiciones encontradas, una de ellas para tiempo de turbación del orden público y de estado de sitio (artículo 308 del Decreto 250 de 1958) y otra para cuando aquél se restablecía y éste se levantaba (artículo 8º del Decreto 2347 de 1971), fue luego abandonada por dos de sus sostenedores, los que suscribimos este salvamento de voto, produciéndose con ello un empate que en cada caso ha sido resuelto, como en éste, mediante el sorteo de un conjuez.

La mayoría, en este caso, estima que pueden coexistir, esto es, regir simultánea o alternativamente, dos normas legales de igual categoría, una de ellas de carácter general (el artículo 308 del Decreto 250 de 1958), que disponía la condición, también general, de que el país estuviera en estado de sitio para que pudiera juzgarse a los militares, incluso a los agentes de la Policía, por la justicia castrense, y la otra, muy posterior, de carácter especial (el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971), que establecía otras condiciones, específicas éstas, para que los últimos pudieran

sustraerse de su juzgamiento por la justicia ordinaria.

Nosotros consideramos, por el contrario, que se está en presencia de dos leyes antagónicas, una de las cuales deroga o modifica la anterior y es, por consiguiente, la única actualmente vigente.

La prevalencia del Decreto 2347 sobre el 250 se funda, a nuestro juicio, en las normas que sobre derogación de unas leyes por otras se precisan con admirable sabiduría en los artículos 1º a 3º de la Ley 153 de 1887, cuyo texto resulta conveniente recordar:

"... Artículo 1º Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo o derecho nuevo, las autoridades de la República y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes: ...".

"... *Ibidem,* artículo 2º La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior ...".

"... *Ibidem,* artículo 3º Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería...".

Con apoyo en tales premisas legales reiteramos, en esta oportunidad, las consideraciones expuestas en la siguiente providencia, por medio de la cual la Sala sostuvo, por mayoría, que la única norma aplicable al juzgamiento de los agentes de la Policía es la del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971:

"... El Código de Justicia Penal Militar, Decreto 250 de 1958, dentro de su especialidad, es un estatuto de orden genérico que fue promulgado en los *Diarios Oficiales* números 29824 y 29825, de fechas 25 y 26 de noviembre de 1958, respectivamente ...".

"... En tanto que el Decreto 2347, 'Por el cual se reorganiza la Policía Nacional', de una parte es muy posterior al estatuto castrense, como que fue expedido en 1971, fecha desde la cual dispuso su artículo 123, que empezaba a regir y que fue promulgado en el *Diario Oficial* número 33519 de 15 de febrero de 1972 ...".

"... Y, de otra parte, por ser de una muy marcada y notoria especialidad, aún con relación al Código de Justicia Penal Militar, reglamenta de manera íntegra la materia sobre organización de la Policía Nacional, lo cual de por sí hace que sus normas, en cuanto tienen ese particularísimo grado de especialidad, sean aplicables de preferencia a las del Código Castrense, en cuanto reglamentan esas mismas materias ...".

"... Finalmente el Decreto 2347, por medio de su artículo 123 'deroga el Decreto 1667 de 1966, adoptado por la Ley 48 de 1967 y demás disposiciones que le sean contrarias'. Y evidentemente que es contrario a las normas del 2347, el que los sujetos activos precisados por su artículo 8º sean juzgados por la justicia castrense cuando aparecen sindicados por delitos comunes no cometidos 'con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo' ...".

"... De todo lo cual se concluye que, para fijar la competencia en el caso concreto que se viene considerando, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, el cual conviene repetir en lo pertinente: 'Los ... 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' ...".

"... Entonces, se tiene: Para que un Agente de la Policía Nacional pueda ser juzgado de acuerdo con el Código Castrense, es necesario que el delito por el cual se le sindica, haya sido cometido 'con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo', requisito especialísimo que no exige el Código de Justicia Penal Militar ...".

"... Lo cual concuerda en líneas generales con lo dispuesto en la regla 170 de la Constitución que exige para la intervención de las cortes marciales o tribunales militares el que el delito haya sido cometido por el militar 'en servicio activo y en relación con el mismo servicio' ...".

Por las anteriores breves consideraciones nos apartamos, muy respetuosamente, del fallo de la mayoría.

Alvaro Luna Gómez, Dante L. Fiorillo Porras.

6 de agosto de 1982

DOLO EVENTUAL. CULPA CON PREVISION

En tanto que en la culpa con previsión, llamada también imprudencia, el agente espera evitar el resultado, o, por lo menos, confía en que éste no se produzca, para el que obra con dolo eventual, le es indiferente que el resultado se produzca o no. O, mejor aún: asume el riesgo de que haya un resultado lesivo, que él ya sabe cuál puede ser.

RECONOCIMIENTO DE UNA ATENUACION DE LA RESPONSABILIDAD

En aquellos casos que se juzga con intervención de jurados o vocales, debe ser reconocida por éstos el veredicto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 3 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 54.

Vistos

El Tribunal Superior Militar, en sentencia de nueve (9) de diciembre de 1980, confirmó la de veintidós (22) de julio del mismo año, por medio de la cual el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, en su calidad de juez de primera instancia, condenó al agente (r) de la policía, Pablo Alfonso Olaya Palacios, a la pena principal de ocho (8) años de presidio más las accesorias del caso, como autor del delito de homicidio cometido en el perímetro urbano de Zipaquirá, el día treinta (30) de junio de 1979 y del que aparece como víctima Luis Enrique Garnica.

Contra dicha providencia interpuso el procesado, en tiempo oportuno, recurso extraordinario de casación, que, habiéndole sido concedido y, por esta Sala, declarado admisible, se tramitó en debida forma habiendo llegado el momento de fallar, a lo cual se procede previo el relato de los hechos, examen de la demanda y consideraciones del caso.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que el día ya mencionado y en horas de la noche se encontraba el agente de la Policía Nacional, Pablo Alfonso Olaya Palacios, con otros amigos en una cantina ubicada en la carrera 12 con calle 18 del sector urbano de Zipaquirá, cuando llegó Luis Enrique Garnica, a quien apodaban "El Loco", el cual cogió la cerveza que tenía ante sí el agente y al volverla a colocar en la mesa lo salpicó, cosa que no gustó a éste, quien protestó por ello, lo que fue motivo para que el dueño del establecimiento les pidiera a todos que salieran, pues no quería problemas. Así lo hicieron pero, al salir, Olaya Palacios echó mano de su revólver de dotación y comenzó a disparar habiendo hecho blanco uno de los tiros en José Manuel Padilla, aunque sin lesionarlo y otro en Luis Enrique Garnica, a quien la bala le penetró por la frente causándole la muerte en forma instantánea.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal pasando luego, por competencia, al Juzgado Veinte Superior de Bogotá, que dispuso perfeccionarla por medio de comisionado, hecho lo cual la cerró y, por auto de 23 de enero de 1980 llamó a juicio a Olaya Palacios por el delito de homicidio simplemente voluntario.

Empero, cuando el asunto subió, por apelación del auto de proceder al Tribunal Superior, éste, por providencia de 28 de mayo de 1980 decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación por considerar que, estando el país en estado de sitio cuando fue cometido el ilícito materia del proceso

correspondía a la justicia penal militar y no a la ordinaria el juzgamiento del procesado.

Fue así como el asunto pasó a la castrense y habiéndole correspondido, por competencia, al Comando del Departamento de Policía "Cundinamarca" como juez de primera instancia se convocó, por medio de Resolución número 226 de 11 de julio de 1980, Consejo Verbal de Guerra que se llevó a cabo el 18 del mismo mes y año y que concluyó por la sentencia atrás mencionada.

En él se sometió a conocimiento de los vocales el cuestionario en que se interrogaba sobre un homicidio intencional y que fue contestado, por mayoría de votos (dos afirmativos y uno negativo) con un "es responsable".

Esta respuesta fue hallada por el Presidente del Consejo de Guerra como ajustada a los hechos y por tal motivo procedió a desarrollarla en la providencia de que se ha hecho mención al comienzo de la presente.

Lo mismo ocurrió con el Tribunal Superior Militar en la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Varios cargos, que a continuación se resumen lo mismo que la réplica del Procurador Delegado para la Policía Nacional, hizo el actor a la sentencia recurrida, todos ellos, a excepción del último dentro de la causal primera de casación, unos por violación directa, otro por indirecta. El séptimo, o sea el último y que debió ser el primero atendiendo una adecuada técnica de casación, lo propuso el recurrente en el ámbito de la causal cuarta de casación, por lo cual será examinado en primer término.

Cargo por nulidad. Lo hace consistir en que el Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal solicitó y obtuvo del Comando de Policía "Cundinamarca" el retiro del agente Olaya Palacios y, no obstante haber quedado éste separado de esa institución, el Tribunal de Bogotá dispuso que la competencia para juzgarlo la tenía la justicia castrense, pese a que, a juicio de censor, ya la había perdido por no pertenecer en forma activa, a la Policía.

Recuerda a este respecto la Procuraduría que esta Sala ha venido sosteniendo en forma reiterada que cuando el país se halla en estado de sitio, los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional son de conocimiento de la justicia penal militar a virtud de lo dispuesto por el artículo 308, numeral 2º y artículo 309 del Código de Justicia Penal Militar.

En consecuencia, solicita que se deseche este cargo.

Cargos por violación directa:

Primer cargo. Alega el censor que en la sentencia se dejó de aplicar el artículo 370 del anterior Código Penal porque, en su concepto, se trataba de un homicidio culposo, ya que, según el Tribunal Militar el procesado causó la muerte a Garnica "con dolo indeterminado o eventual, entendiendo por esto como la intención dirigida indiferentemente a varios resultados", a más de lo cual hizo suya la manifestación del Fiscal de que el procesado "disparó indeterminadamente su arma", por lo cual, concluye el actor, se está frente a un homicidio culposo que no fue reconocido en la sentencia.

Responde el Procurador que no existió en el presente caso el fenómeno de la culpa y que el Tribunal discurrió correctamente al considerar que se trataba de un homicidio voluntario, por lo cual no resulta cierto que se hubiera infringido la disposición que el demandante cita como violada y no debe accederse a reconocer el cargo que, al amparo de la causal primera, parte primera, le hace a la sentencia.

Segundo cargo. La alegación del actor en este paso de su demanda consiste en decir que se violó, de modo directo, la ley por haberse dejado de aplicar el artículo 28 del anterior ordenamiento de las penas que era, según él, pertinente en el caso de autos, porque así resultaba de lo que dicen varios declarantes, cuyos nombres menciona para corroborar su aseveración.

Dice a esto el Ministerio Público que el censor ha incurrido en falla técnica al pretender alegar como violación directa lo que, según la forma como fundamenta su censura, resultaría ser de carácter indirecto, ya que la apoya en pruebas para demostrar que los hechos ocurrieron en forma diferente a como los aceptó el Tribunal, siendo así que para poder alegar en el marco de la parte primera de la causal primera de casación, esto es, por violación directa de la ley, se necesita reconocer la acertada apreciación de los hechos por parte del juzgador y rebatir únicamente la forma como aplicó o dejó de aplicar las normas sustanciales pertinentes.

Cargos por violación indirecta:

Primer cargo. Lo hace consistir en que, según el demandante, el Tribunal incurrió en violación

indirecta de la ley por haber ignorado pruebas existentes en el proceso. Cita entre ellas la diligencia de inspección judicial, varios testimonios y la reconstrucción de los hechos, de todas las cuales dice que si hubieran sido valoradas racionalmente hubieran llevado al juzgador a una conclusión distinta a la asentada en la sentencia sobre la responsabilidad del procesado.

Segundo cargo. Lo radica en que, de acuerdo a su entender, el juzgador dejó de apreciar algunos testimonios que, de haber sido valorados, habrían demostrado que se trataba de un homicidio culposo y no doloso como aparece en la sentencia.

Tercer cargo. También, como los dos anteriores, por pretendida violación indirecta de la ley sustancial, lo hace consistir el demandante en que, según él, el Tribunal cometió error de derecho manifiesto al valorar la confesión del procesado, desconociendo la presunción de veracidad que, en su concepto, ampara a la indagatoria.

Se refiere concretamente al rechazo que los juzgadores de instancia hicieron de la masifestación de éste consistente en que había disparado al aire, sin apuntar su arma a persona determinada, aseveración que, dice el demandante, el Tribunal no podía desconocer sin violar la ley que manda aceptar la confesión del reo tanto en lo favorable como en lo desfavorable.

Cuarto cargo. Reitera que el juzgador se equivocó en la apreciación de las pruebas, pues en lugar de tomar como fundamento de su decisión las favorables al procesado, tomó las de cargo, especialmente por lo que hace a la testimonial, a propósito de lo cual vuelve a citar los nombres de los declarantes que, según él, deponen en favor de su defendido. Y transcribe los apartes de dichas declaraciones que debieron ser apreciados, y no lo fueron, por el sentenciador.

A todos los cargos por violación indirecta responde conjuntamente la Procuraduría para la Policía Nacional diciendo que la crítica a las pruebas no es admisible, en sede de casación, cuando se trata de procesos que han sido juzgados en Consejos Verbales de Guerra, ni en los de competencia de los jueces superiores, a propósito de lo cual transcribe apartes de una sentencia de esta Sala en que se hace análisis de esa situación procesal, todo ello para concluir que deben rechazarse las censuras que se encuadran en el segundo aparte de la causal primera de casación.

Consideraciones de la Corte

Se examinan, a continuación, los cargos formulados contra la sentencia recurrida, en el orden que se les ha dado en los anteriores apartes de esta providencia, es decir, comenzando por el de nulidad, ya que si éste prospera, no sería necesario ocuparse de los demás.

Cargos por nulidad:

1º *La alegación que hace el actor de no ser competente la justicia castrense para conocer del presente proceso por cuanto apenas iniciado, se desvinculó, al procesado de la entidad policiva, carece de fundamento porque la competencia, en estos casos, o sea cuando se trata de juzgar a miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, la de la vinculación que a estas entidades tiene el agente del ilícito en el momento de cometerlo, no su suerte posterior. Es decir, que no obsta el haber sido desvinculado de aquéllas, con posterioridad al hecho que se juzga para que, si tenía el carácter de agente o miembro de las Fuerzas Armadas en ese momento, se entienda que debe ser juzgado por la justicia penal militar.*

Una vez asentado esto, que es lo que la Sala ha venido sosteniendo en forma invariable, queda por ver si, pese a su vinculación castrense lo juzga la justicia ordinaria o la militar.

Sobre este particular, también se ha sostenido por la Sala, por mayoría de votos, que cuando el país se encuentra en estado de sitio, como lo estaba cuando se cometió el hecho juzgado en el presente proceso, son competentes las autoridades militares para juzgar no sólo los delitos propios de quienes componen las Fuerzas Armadas, sino aun los comunes. Esto en virtud de lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Y que igual regla debe seguirse en los casos de que quienes cometan tales delitos, militares o comunes, sean agentes de la Policía, pues este cuerpo está asimilado, para los fines del juzgamiento, a las Fuerzas Armadas en virtud de lo dispuesto por el mismo ordenamiento que se acaba de mencionar.

Así, pues, en el presente caso era competente para conocer del proceso, el Comandante del cuerpo de policía a que pertenecía el infractor de la ley penal, o sea el del Departamento de Policía "Cundinamarca" que fue precisamente quien hizo el juzgamiento en primera instancia, o sea que no se incurrió en la pretendida nulidad que alega el demandante.

Primer cargo por violación directa. Incurre en grave error el demandante cuando pretende que por haberse reconocido en los autos por parte de los juzgadores de instancia la existencia de un dolo eventual, no debió condenarse a su defendido por homicidio voluntario, sino que debió calificarse el acto de culposo.

2º *El dolo eventual, que la doctrina ha considerado, frecuentemente, como una modalidad del llamado "dolo indirecto" limita, en verdad, con la denominada "culpa con previsión" en cuanto, en ambos casos el agente prevé el resultado lesivo como consecuencia posible de su conducta, sin que su intención esté enderezada en forma directa a conseguirlo.*

Pero en tanto que en la culpa con previsión, llamada también imprudencia, el agente espera evitar el resultado, o, por lo menos, confía en que éste no se produzca, para el que obra con dolo eventual, le es indiferente que el resultado se produzca o no. O, mejor aún: asume el riesgo de que haya un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser.

Hay autores que, para aceptar la existencia del dolo eventual ni siquiera exigen la asunción del riesgo, lo cual vendría a ser, en cierto modo, una forma de quererlo. Les basta que el agente obre en una situación de indiferencia respecto al resultado.

La Sala considera que en esta última posición resulta muy difícil distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o culpa con previsión o imprudencia y que se requiere para la existencia de aquél un elemento subjetivo más calificado que la mera indiferencia y éste sería el ya mencionado de la asunción del riesgo, vale decir, cuando el agente no obstante no querer en forma directa el resultado, está dispuesto a admitirlo como una consecuencia de su acción.

Se dice lo anterior para reforzar la afirmación ya consignada de que existe diferencia entre dolo eventual y culpa y que cuando se encuadra un hecho dentro de la primera forma de culpabilidad no se puede pretender error por confundirla con la segunda, ya que son diferenciables como se acaba de demostrar.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo:

3º *La aplicación del artículo 28, es decir, el reconocimiento de una situación atenuante de la responsabilidad, como era la consagrada por esa norma en el anterior Código Penal, bajo cuya vigencia fue cometido el delito, o en el artículo 60 del actual estatuto de las penas, debe ser, en aquellos casos que se juzgan con intervención de jurados o vocales, reconocida por estos en el veredicto.*

Esto porque, tratándose no de una simple atenuación punitiva, sino de una modalidad de la responsabilidad penal, debe aparecer en el auto de proceder, cuando se trata del juzgamiento por jurados, o en el cuestionario, si intervienen en el mismo vocales. O ser reconocida por éstos en el veredicto.

No ocurrió así en el presente caso, pues ni en el cuestionario, ni en el veredicto se menciona para nada dicho estado emocional, por lo que no podía el juzgador de derecho, como lo pretende el censor, reconocerlo.

Se rechaza, por lo tanto, esta censura.

Cargos por violación indirecta. (Primero, segundo, tercero y cuarto).

La Sala, al igual que la Procuraduría, cuyos argumentos acoge en su integridad, no se va a detener en el examen particularizado de cada uno de estos cargos, pues, fuera de que es una contradicción alegar simultáneamente, como lo ha hecho el censor, las dos formas, modalidades o apartes de la causal primera, basándose, para las que se dicen violaciones directas de la ley sustancial penal, en análisis de las pruebas, por cuanto quien se acoge a dicha modalidad de casación debe aceptar que el juzgador consignó debidamente los hechos y que en consecuencia se acepta el relato que de ellos hizo, censurándose sólo la aplicación a ellos del derecho, bien sea por haber dejado de aplicar normas pertinentes, o haberlo hecho en forma inadecuada o haber subsumido los hechos en normas que no correspondían al caso juzgado, a más de ese error, se repite, el demandante cometió otro consistente en haber alegado violación indirecta en un caso que fue sometido a vocales, esto es, a jueces de hecho, cuyo veredicto, en materia de pruebas es incontravertible en sede de casación, pues la única forma de apartarse de él es declarándolo contraevidente y esta facultad sólo la tienen, como tantas veces lo ha dicho la Corte, los juzgadores de instancia, pero no la Sala de Casación Penal, que no podría entrar a dictar sentencia, como lo pretende el censor, sin pretermitir un importante episodio del proceso, como es el juzgamiento por jurados o, en su caso, por los vocales que componen el Consejo Verbal de Guerra.

Doble motivo, pues, para rechazar estas censuras, todas las cuales adolecen de la misma falla.

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.

Dante L. Fiorillo Porras, salvó voto; *Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez,* salvó voto; *Alvaro Luna Gómez,* salvó voto; *Alfonso Reyes Echandía,* salvó voto; *Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria; Julio Roncallo Acosta,* conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvedad de voto de los Magistrados Dante L. Fiorillo Porras y Alvaro Luna Gómez

Las constancias procesales indican que para la fecha de los hechos, si bien en el procesado concurría la calidad de agente de la Policía Nacional en servicio activo, las infracciones cometidas por éste, materia de la condena, no lo fueron ni por causa del servicio, ni con ocasión del mismo, ni por razón de las funciones inherentes a su cargo, lo que quiere decir que al momento de cometer los hechos el ahora condenado no actuaba como agente de la Policía Nacional, sino como cualquier particular y, por consiguiente, al margen de la disposición del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, que era la norma para entonces vigente y la que, sólo en caso de reunirse los presupuestos en ella señalados, habría permitido su juzgamiento por la justicia castrense.

La tesis, hasta hace poco sostenida por seis de los Magistrados de la Sala, conforme a la cual el juzgamiento de los agentes de la policía se regía por dos leyes simultáneas, de disposiciones encontradas, una de ellas para tiempo de turbación del orden público y de estado de sitio (artículo 308 del Decreto 250 de 1958) y otra para cuando aquél se restablecía y éste se levantaba (artículo 8º del Decreto 2347 de 1971), fue luego abandonada por dos de sus sostenedores, los que suscribimos este salvamento de voto, produciéndose con ello un empate que en cada caso ha sido resuelto, como en éste, mediante el sorteo de un conjuez.

La mayoría, en este caso, estima que pueden coexistir, esto es, regir simultánea o alternativamente, dos normas legales de igual categoría, una de ellas de carácter general (el artículo 308 del Decreto 250 de 1958), que disponía la condición, también general, de que el país estuviera en estado de sitio para que pudiera juzgarse a los militares, incluso a los agentes de la policía, por la justicia castrense, y la otra, muy posterior, de carácter especial (el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971), que establecía otras condiciones, específicas éstas, para que los últimos pudieran sustraerse de su juzgamiento por la justicia ordinaria.

Nosotros consideramos, por el contrario, que se está en presencia de dos leyes antagónicas, una de las cuales deroga o modifica la anterior y es, por consiguiente, la única actualmente vigente.

La prevalencia del Decreto 2347 sobre el 250 se funda, a nuestro juicio, en las normas que sobre derogación de unas leyes por otras se precisan con admirable sabiduría en los artículos 1º a 3º de la Ley 153 de 1887, cuyo texto resulta conveniente recordar:

"... Artículo 1º Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes: ...".

"... *Ibidem,* artículo 2º La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior ...".

"... *Ibídem,* artículo 3º Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería...".

Con apoyo en tales premisas legales reiteramos, en esta oportunidad, las consideraciones expuestas en la siguiente providencia, por medio de la cual la Sala sostuvo, por mayoría, que la única norma aplicable al juzgamiento de los agentes de la policía es la del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971:

"... El Código de Justicia Penal Militar, Decreto 250 de 1958, dentro de su especialidad, es un estatuto de orden genérico que fue pro-

mulgado en los *Diarios Oficiales* números 29824 y 29825, de fechas 25 y 26 de noviembre de 1958, respectivamente ...".

"... En tanto que el Decreto 2347, 'Por el cual se reorganiza la Policía Nacional', de una parte es muy posterior al Estatuto Castrense, como que fue expedido en 1971, fecha desde la cual dispuso su artículo 123 que empezaba a regir y que fue promulgado en el *Diario Oficial* número 33519 de 15 de febrero de 1972 ...".

"... Y, de otra parte, por ser de una muy marcada y notoria especialidad, aún con relación al Código de Justicia Penal Militar, reglamenta de manera íntegra la materia sobre organización de la Policía Nacional, lo cual de por sí hace que sus normas, en cuanto tienen ese particularísimo grado de especialidad, sean aplicables de preferencia a las del Código Castrense, en cuanto reglamentan esas mismas materias ...".

"... Finalmente el Decreto 2347, por medio de su artículo 123, 'deroga el Decreto 1667 de 1966, adoptado por la Ley 48 de 1967 y demás disposiciones que le sean contrarias'. Y evidentemente que es contrario a las normas del 2347, el que los sujetos activos precisados por su artículo 8º sean juzgados por la justicia castrense cuando aparecen sindicados por delitos comunes no cometidos 'con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo' ...".

"... De todo lo cual se concluye que, para fijar la competencia en el caso concreto que se viene considerando, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, el cual conviene repetir en lo pertinente: 'Los ... 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' ...".

"... Entonces, se tiene: Para que un Agente de la Policía Nacional pueda ser juzgado de acuerdo con el Código Castrense, es necesario que el delito por el cual se le sindica, haya sido cometido 'con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo', requisito especialísimo que no exige el Código de Justicia Penal Militar ...".

"... Lo cual concuerda en líneas generales con lo dispuesto en la regla 170 de la Constitución que exige para la intervención de las cortes marciales o tribunales militares el que el delito haya sido cometido por el militar 'en servicio activo y en relación con el mismo servicio' ...".

Por las anteriores breves consideraciones nos apartamos, muy respetuosamente, del fallo de mayoría.

Alvaro Luna Gómez, Dante L. Fiorillo Porras.
6 de agosto de 1982.

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 21/80), 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 sirven 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 (Arts. 21, 166, y 157 C. N.; Código Nacional de Policía, Arts. 1, 2, 34, 47; y Dtos. 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la que 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 no 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, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

COHECHO

Para que se configure la infracción es indispensable que la dádiva tenga la virtualidad de mover la voluntad del funcionario hacia la realización de un acto que está en condiciones de poder efectuar por hallarse en ejercicio del cargo

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. LEY APLICABLE

Como la prescripción es fenómeno jurídico dependiente de la sanción, el tiempo requerido para que se produzca es el señalado en la ley vigente a tiempo de la comisión del hecho, salvo que la nueva señale uno más favorable

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 3 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 54.

Vistos

La señora Consuelo Araújo de Molina puso en conocimiento de la Corte, una relación de hechos atribuidos al Contralor General de la República, doctor Aníbal Martínez Zuleta, de los que ella se enteró en ejercicio de su profesión de periodista.

En la ratificación de su denuncia reiteró el hecho de haber recibido toda esa información de diversas fuentes que estimaba serias, pero que no podía afirmar que todo ello fuera absolutamente cierto (Fl. 12).

Esta Sala, mediante auto de 26 de octubre de 1980, ordenó la práctica de diligencias preliminares respecto de algunos de esos hechos, a la vez que, por otros, abrió investigación penal y en relación con los demás se inhibió para investigar por no ser constitutivos de delito.

Entre los que fueron objeto de indagación preliminar está el referente a una información aparecida en la revista "Alternativa", concebida en los siguientes términos:

"En 'Alternativa' (Nº 114) se dijo que el Contralor había recibido múltiples beneficios económicos de un miembro del Congreso y que aquél, una vez obtenida la alta posición, se había dedicado a retribuirle con puestos oficiales. Este delito contra la Administración Pública no se ha investigado, no conozco rectificación o denuncia formulada por el Contralor" (Fls. 18, 26 y 28).

Repartido este aspecto de la acusación al suscrito Magistrado como sustanciador, ordenó, mediante autos de 2 de abril y 16 de noviembre de 1981 (Fls. 32, 33, 143 y 144) la práctica de diligencias preliminares, las que fueron cumplidas mediante juez comisionado.

Es el caso de analizar estos elementos de juicio, para saber si prestan fundamento para abrir investigación penal, o si se debe adoptar decisión diferente.

En primer término conviene anotar que en la ampliación de denuncia precisó la señora de Molina que el congresista a quien ella y la revista "Alternativa" se referían es el doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, Senador suplente por la circunscripción electoral del Cesar, y que las manifestaciones de favorecimiento del señor Contralor respecto de él, y que constituyeron la contraprestación de aquél a éste por su cooperación para obtener la designación como Contralor, fueron las siguientes:

a) Haberle retribuido a Marulanda sus favores "dándole una cuota de poder bastante no-

table en la burocracia'' de la Contraloría;

b) Haber tardado en atender la solicitud de destitución del Auditor ante la Administración de Impuestos Nacionales, Horacio Arenas Parra, formulada por la Procuraduría General de la Nación, como resultado de una investigación de carácter administrativo, o haberlo promovido a otro cargo, no obstante estar pedida su desvinculación del anterior;

c) No haber promovido la correspondiente investigación contra Marulanda Ramírez por la devolución de impuestos en cuantía de cinco millones cuatrocientos sesenta y ocho mil novecientos veintiocho pesos ($ 5.468.928), que la administración hizo a ''Frigorífico La Gloria S. A.'', empresa de propiedad de éste;

d) Haber colaborado públicamente a principios del año de 1978, con la candidatura al Senado del doctor Marulanda Ramírez.

En esta ocasión, como en la ratificación inicial de su denuncia, puso de presente la señora de Molina que aporta o indica el material informativo que le sirvió de fundamento para formularla, pero que no puede responder en cuanto a que su contenido sea absolutamente cierto, pues ella no lo confeccionó.

Se considera

Con fundamento en los elementos de prueba recaudados se analizará, por separado, cada uno de esos cargos:

a) *Contraprestación burocrática por los favores recibidos del doctor Marulanda para obtener la designación como Contralor.*

La señora Araújo de Molina lo relacionó de la siguiente manera en su escrito-denuncia dirigido a la Corte:

''En el ejemplar número 114 de 'Alternativa' se dijo que el señor Contralor había recibido múltiples beneficios económicos de un miembro del Congreso y que aquél, una vez obtenida la alta posición, se había dedicado a retribuirle con puestos oficiales'' (Fl. 1).

Y en la mencionada revista se hace alusión al cargo, de esta forma:

''Porque el generoso terrateniente (se refiere al doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez), no se limitó a financiar la curul de Aníbal Martínez a la Cámara, cosa que éste agradeció públicamente en Valledupar en 1974, sino que corrió luego con los gastos de la espectacular campaña que lo llevó a la Contraloría General de la República. Todo el mundo recuerda la 'suite' del Hotel Dann de Bogotá, que durante cuatro meses repartió comida y trago gratis a los congresistas en una millonaria ofensiva de relaciones públicas que cumplió su cometido. Y Aníbal, desde la Contraloría, retribuyó: Auditorías del ICEL, Idema, Telecom, han sido entregadas a fichas de Marulanda y claro está retribuyó también en la Administración de Impuestos: el auditor de esa entidad para impuestos a las ventas, Henry Ararat, pasa más tiempo en la empresa de Marulanda que en su oficina. 'Somos muy buenos amigos', ha explicado con tierna candidez Marulanda. Y como si esto no bastara, el propio asistente del Contralor, Luis Eduardo Vides, es un antiguo empleado de Frigorífico La Gloria'' (Fl. 55).

El doctor Aníbal Martínez Zuleta fue elegido Contralor General de la República por primera vez el día 1º de octubre de 1975, para el resto del período que habría de concluir el 7 de agosto de 1978, y después fue reelegido el día 1º de agosto de 1978 para el período 1978-1982 (Fls. 34, 35, 36).

Del contexto de la información contenida en la revista ''Alternativa'', así como de las explicaciones dadas al respecto por la señora Araújo de Molina en la ampliación de su denuncia, se colige que ese apoyo de carácter económico que le atribuyen al doctor Marulanda respecto del empeño del doctor Martínez Zuleta por ser nombrado Contralor se refiere a su aspiración inicial. Y debe agregarse que esa candidatura se constituyó en un propósito regional que recibió la cooperación de muchas personas de Valledupar, entre ellas la propia denunciante, sólo que el doctor Marulanda los superó en generosidad o interés.

A este respecto se lee en la ratificación de la denuncia:

''Pues según dice la voz del pueblo, que es la voz de Dios, se estableció de hecho una corriente mutua de ayuda cuando, primero el doctor Marulanda Ramírez, según comentarios hechos públicamente en los medios vallenatos colaboró, como ya lo dije arriba, y tal como lo hicimos muchos, muchas otras personas, sufragando los costos de la campaña del doctor Martínez para acceder a la Contraloría y luego, el doctor Martínez, retribuyó estos favores dándole una cuota de poder bastante notable en la burocracia de esta entidad al doctor Marulanda Ramírez'' ... ''La gente de Valledupar en su casi totalidad,

yo entre ellas, tomamos la aspiración del doctor Martínez de ser Contralor General de la República como una cosa propia, yo personalmente fui de las personas que recogió entre varios ciudadanos del Cesar cuotas voluntarias en efectivo unas, y otras en especie (licores) para enviarle al doctor Martínez y a sus amigos que, instalados en una habitación del Hotel Dann dirigía la campaña promocional entre los parlamentarios que eran y que fueron al fin de cuentas los electores del actual Contralor. Nadie en Valledupar negó ninguna clase de colaboración, de ayuda, de apoyo, de estímulo a esto que en ese momento para nosotros era una aspiración justa y legítima de, más que de una persona, de toda una sociedad representada por esa persona. En el curso y al final de esta campaña los comentarios de las anécdotas, de los sucesos, de los hechos van y vienen públicamente y circulan por todas partes; una de ellas fue la generosidad con que el doctor Marulanda Ramírez había en últimas cancelado al Hotel las cuentas o mejor, algunas cuentas que quedaban pendientes como resultado de los gastos de esa campaña. Esto obviamente yo no tengo capacidad ni pruebas para demostrar contundentemente, pero lo relato porque así se comentó, y así se dijo, y cuando se comentó, todo el mundo elogiaba la actitud del doctor Marulanda para con el doctor Martínez que en ese momento era un ciudadano bastante pobre'' (Fls. 67, 68, 69 y 70).

Se tiene, entonces, que esa generosidad del doctor Marulanda con el aspirante a la Contraloría se presentó antes de que éste fuera nombrado para ese cargo y como parte del entusiasmo mancomunado de la ciudadanía de Valledupar por tener a un hijo de esa tierra en tan elevada posición.

Esa colaboración en la aspiración común de contribuir con el doctor Martínez Zuleta en su propósito de buscar ser elegido Contralor General de la República no es constitutiva, en sí, de ilicitud de carácter penal.

La recóndita intención que ha querido verse en ella, en lo que toca con el doctor Marulanda, de obtener prebendas futuras en la Contraloría, así como la retribución burocrática que se atribuye al Contralor en relación con aquél, no configuran elemento de ningún delito contra la Administración Pública, particularmente del de cohecho, porque ellos exigen que se tenga el carácter de empleado oficial, pues son delitos de sujeto calificado, y que como tal se actúe indebidamente al ejercer las funciones propias del cargo.

Distinto puede ser el caso de quien, siendo empleado oficial, pacta la actuación indebida, aunque la contraprestación se convenga en recibirla una vez desvinculado del cargo.

Cuando el doctor Marulanda Ramírez contribuyó económicamente respecto de la aspiración del doctor Martínez Zuleta para ser Contralor, no solamente no lo era, sino que estaba de por medio la posibilidad de que no llegara a serlo, lo cual convertía en condicional la relación entre la ayuda de entonces y la retribución que se esperaba en un futuro, si es que efectivamente se convino esa vinculación entre lo uno y lo otro.

* * *

Conviene anotar que al Contralor no se le acusa de recibir dádivas al momento de hacer los nombramientos que se dice recayeron en personas amigas del doctor Marulanda, sino por haberlas recibido antes de ser Contralor, con lo cual se trata de establecer una relación de causalidad entre actuaciones en parte cobijadas por la función, pero en otra parte no amparadas por ésta, relación que no es la que gobierna la estructura del delito de cohecho, pues en éste la dádiva debe tener la virtualidad de mover la voluntad del funcionario hacia la realización de un acto que está en condiciones de poder efectuar por ser de su incumbencia.

Pero es más, también la competencia de la Corte estaría en entredicho para conocer de este caso, pues como se supone que la promesa de retribuir posteriormente con cargos oficiales al doctor Marulanda sus favores de ese momento, fue hecha cuando el doctor Martínez Zuleta era apenas un aspirante a Contralor, el delito habría que entenderlo cometido entonces, y se estaría frente a una persona no justiciable por la Corte.

Agréguese a lo anterior la consideración sobre el tiempo transcurrido desde la posible época de ocurrencia del hecho (octubre de 1975 hacia atrás) y se tendrá que el fenómeno de la prescripción operó ya, de acuerdo con la tesis que sobre esa materia sostiene la mayoría de la Sala y que se transcribirá más adelante.

Por todas esas apreciaciones, el pronunciamiento respecto de este punto habrá de ser de carácter inhibitorio.

b) *Mora en la destitución del Auditor Horacio Arenas Parra, solicitada por la Procuraduría*

General de la Nación como resultado de una investigación de índole administrativa.

En la ampliación de la denuncia se presenta de la siguiente forma la actuación por este hecho:

"En el recorte de 'El Siglo' ... consta la destitución que la Procuraduría General de la Nación ordenó hacerle a un auditor ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, señor Horacio Arenas Parra, por este mismo problema del desfalco en la Administración de Impuestos Nacionales. Esto no me consta, pero se me informó que el dicho señor Arenas Parra, no obstante esa destitución ordenada por la Procuraduría, dizque había sido dejado en el cargo un tiempo más, o promovido a otra parte" (Fl. 66).

En relación con este punto se practicó una diligencia de inspección judicial en el Archivo de la Contraloría (Fls. 166 y 167), y del examen de la carpeta de la hoja de vida del ex empleado José Horacio Arenas Parra se dedujo lo siguiente:

1º Que fue nombrado Revisor de Documentos III de la Auditoría General ante la Dirección General de Impuestos Nacionales, mediante Resolución número 01532 de 29 de marzo de 1974 y tomó posesión el 19 de abril de 1974.

2º Por Resolución número 03937 de 23 de agosto de 1974 fue promovido al cargo de Jefe de Grupo V de la Auditoría General ante la Administración de Impuestos Nacionales, y lo fue, como se anota en la diligencia de inspección judicial, "según recomendación hecha por el doctor Alberto Santofimio B., para ese entonces Ministro de Justicia, y a quien se le comunicó tal promoción".

3º Por Resolución número 06075 de noviembre 27 de 1975, fue nombrado Auditor General VII ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y se agrega en la diligencia: "nuevamente por recomendación del doctor Alberto Santofimio Botero", entonces Presidente de la Cámara de Representantes.

4º Mediante Resolución número 03772 de 8 de octubre de 1976 fue trasladado, con el mismo cargo de Auditor General, a la Caja de Previsión de Comunicaciones ("Caprecom").

5º Por Oficio número 2045 de 20 de diciembre de 1976, solicitó el Juez Trece de Instrucción Criminal de Bogotá la suspensión de José Horacio Arenas Parra en el cargo que desempeñaba, por haberse proferido en su contra auto de detención en el sumario número 02002 por el delito de falsedad.

6v Por Resolución número 04854 de 22 de diciembre (debe ser del año de 1976), se le aceptó la renuncia a Arenas Parra del Cargo de Auditor General VII ante Caprecom.

7º Mediante Resolución número 04877 de 27 de diciembre de 1976, se le suspendió en el ejercicio del cargo para atender la solicitud del Juez Trece de Instrucción Criminal.

8º Por oficio de 10 de agosto de 1978, solicitó la Procuraduría Primera Regional para la Vigilancia Administrativa la destitución de Horacio Arenas Parra del cargo que allí desempeñara.

9º Por Resolución número 04457 de 25 de agosto de 1978 Arenas Parra fue destituido por el Contralor General de la República del cargo de Auditor General de la Auditoría ante la Caja de Previsión Social de Comunicaciones de Bogotá ("Caprecom").

10. Por Resolución número 0109 de 7 de febrero de 1979, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, al parecer al confirmar la decisión de la Procuraduría Primera Regional, sancionó a Horacio Arenas Parra con "solicitud de destitución del cargo de Auditor General de la Contraloría General de la República ante la Administración de Impuestos Nacionales". El acta de la diligencia de inspección anota que para esa fecha ya había sido destituido en consideración de la anterior solicitud.

De este resumen de la hoja de vida de Horacio Arenas Parra se concluye que cuando fue trasladado de la Administración de Impuestos Nacionales a la Caja de Previsión de Comunicaciones ("Caprecom"), no había sido formulada aún la petición judicial de suspensión en el cargo. Que, aunque se le aceptó en esas condiciones la renuncia, lo que no debió haberse hecho, pues mediaba una orden de suspensión, parece que esa decisión no tuvo efectividad, pues poco después se decretó la suspensión. Que cuando la Procuraduría solicitó en el año de 1978 su destitución, ella se produjo efectivamente, aunque hubiera sido con una tardanza de quince días que puede ser explicable, dados los trámites de la expedición de las resoluciones, tanto para prescindir de él como para reemplazarlo, aparte de que se anotó en la diligencia de inspección la fecha del oficio de la Procuraduría, pero no la de su recibo en la Contraloría y, finalmente, que cuando Arenas Parra se vinculó a la Con-

traloría no era Contralor el doctor Aníbal Martínez Zuleta y que, cuando ya lo era y ascendió a Arenas, lo hizo en virtud de recomendaciones de persona distinta del doctor Marulanda Ramírez.

De tal manera, que también por este hecho habrá de inhibirse la Sala para adelantar una investigación de carácter penal, pues no existe mérito para hacerlo.

c) *Omisión en el cumplimiento del deber de denunciar ante la autoridad competente la devolución presuntamente dolosa de los dineros que, por concepto de sobrante sobre el impuesto a las ventas, ordenó la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá a favor de Frigorífico La Gloria S. A.*

A este respecto se lee en la ampliación de denuncia:

"Quiero enfatizar, señor Juez, que mi denuncia más que de complicidad del Contralor con Marulanda Ramírez, era concretamente de omisión del primero, o sea el Contralor, en su obligación legal de investigar lo sucedido a Marulanda Ramírez en el caso del desfalco a la Administración de Impuestos. Hasta el momento, cuando yo puse esa denuncia ante la honorable Corte, no tenía conocimiento de que la Contraloría hubiese asumido una actitud de control y vigilancia sobre dicho caso. Esa era concretamente mi denuncia" (Fl. 67).

De la documentación aportada durante la etapa de indagación preliminar, se desprende que la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá ordenó la devolución a favor de "Frigorífico La Gloria S. A." de la suma de $ 5.468.928, por concepto de "sobrante del impuesto a las ventas", siendo que, esa empresa, que es de propiedad del doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, era deudora del fisco por valor de $ 4.519.819, en razón de impuestos dejados de pagar desde el año de 1972, según se desprendía de los libros de cuenta corriente, aunque la información del teleproceso fuera diferente (Fl. 105).

La solicitud de devolución aparece firmada por el doctor Marulanda Ramírez como Gerente y la persona autorizada por él recibió el cheque respectivo, el cual fue consignado en una cuenta del Banco Santander, Sucursal Paloquemao de Bogotá, que parece abierta el 7 de abril de 1976 por Carlos Marulanda a nombre de Frigorífico La Gloria (Fls. 91 a 100 y 120).

Estos hechos fueron denunciados penalmente por José Leonidas Cabrera Rojas, funcionario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y por ellos se abrió la investigación en razón de los delitos de falsedad y estafa, la cual cursa en el Juzgado Diecisiete Superior de Bogotá (Fls. 101 a 106 y 160 a 162).

En la diligencia de inspección judicial se comprobó que la iniciativa en cuanto a esa investigación no había corrido a cargo de la Contraloría, ni hubo respecto de ella actuación alguna de significación por parte de ésta. A ese respecto se dejó dicho en el acta de la inspección:

"Dentro del proceso no se encontró alguna actuación especial de la Contraloría General de la República, salvo el envío de aquellos documentos que le eran solicitados por las autoridades respectivas, para ser allegados a la investigación, y referentes a los empleados de dicha dependencia que habían tenido actuación dentro de los hechos investigados" (Fl. 162).

Como en la resolución que ordenó la devolución del "sobrante" de impuestos se dijo expresamente en su artículo 4º, que ello operaría "previo visto bueno del señor Auditor de la Contraloría General de la República" y ese hecho inicialmente irregular y luego enfrentado como delictivo, tuvo que haber trascendido a las entidades de Control, deberá abrirse investigación penal en orden a establecer por qué el señor Contralor General de la República, doctor Aníbal Martínez Zuleta, o la entidad a su cargo, por orden de él, no promovieron la correspondiente investigación penal, si no fuera porque, la acción está ya prescrita, de acuerdo con la tesis que sobre esa materia sostiene la mayoría de la Sala, ya que el término prescriptivo habría de contarse a partir del día 23 de diciembre de 1976 (Fl. 161).

En efecto, *según el criterio predominante, cuando el hecho presuntamente delictivo se cometió bajo la vigencia del anterior Código Penal, como en este caso, los términos extintivos de la acción penal son los que establecía aquel estatuto sin que puedan ser aumentados en la forma en que lo prescribe el artículo 82 del nuevo Código, pues si así sucediese se violarían los principios de preexistencia de la norma y de favorabilidad.*

La tesis está concebida en los siguientes términos:

"El problema que se suscita sobre este punto es el de determinar cuál es la disposición pres-

criptiva aplicable: si la del Código anterior o la del Código vigente al haber sido cometido el delito por empleado oficial en ejercicio de sus funciones.

"La prescripción es un fenómeno jurídico dependiente de la sanción; ésta se encuentra señalada en la norma que subsume en su descripción el hecho punible, al tiempo de su comisión; determinada la norma que tipifica el ilícito, queda pre-determinado el régimen jurídico de su prescripción, salvo ley posterior más favorable. De acuerdo con estos principios, si este caso concreto estuvo regido por el precepto que describe el delito de concusión en el Código anterior (Art. 156), corresponde aplicar el régimen prescriptivo de esa misma codificación, o sea, el artículo 105, por ser, además, mucho más benigno.

"Dicha conclusión se basa en estos dos postulados de orden constitucional *(Art. 26 C. N.) que, sin lugar a dudas, concurren en este proceso:*

"Es la ley sustancial que regía al momento *de cometerse el delito; 2) es la ley* más favorable, *pues no tiene el incremento específico que precisa el artículo 82 del actual Código Penal" (Auto de 28 de junio de 1982).*

Por tanto, en este punto la decisión será de inhibición por haber prescrito la acción penal.

d) *Pública colaboración del señor Contralor con la candidatura al Senado del doctqr Carlos Arturo Marulanda Ramírez en el año de 1978.*

A este hecho se refiere así la señora Araújo de Molina en su ampliación de denuncia:

"Tal como le acabo de decir, pongo en manos suyas unos recortes de prensa de los diarios 'El Espectador', 'El Siglo', 'El Tiempo' y 'La República', con fechas respectivas: enero 27 de 1978, mayo 5 de 1977, septiembre 25 de 1977, octubre 19 de 1977 y agosto 10 de 1978, el primero de los cuales corresponde a una 'Carta Vallenata', en el cual critico sin que nunca hubiese sido rectificada la actitud del Contralor General de la República, a principios del año de mil novecientos setenta y ocho (1978), cuando en plena campaña política del Llerismo y el Turbayismo, según lo digo en este artículo, colaboró públicamente con la candidatura al Senado del doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, quien en esos precisos momentos, según digo en el artículo, tenía orden de captura o auto de detención, mejor dicho, por el problema en los Impuestos Nacionales" (Fl. 66).

Habiéndosele solicitado a la denunciante que precisara la acusación aduciendo, si le era posible, hechos concretos que la denotaran, manifestó la imposibilidad de hacerlo, enfatizando, eso sí, que esa participación era de público conocimiento, aunque de difícil comprobación. Dijo al respecto:

"Bueno, para señalar casos concretos, tendríamos que remontarnos a esas fechas y buscar en los archivos de la Contraloría, en su departamento de personal, los nombres de los amigos o seguidores del doctor Marulanda Ramírez, que estaban o fueron favorecidos con cargos en dicha entidad, obviamente para mí es completamente difícil, por no decir que imposible, por la carencia de acceso a esas dependencias, hacer una lista y señalar los nombres de estas personas, pero de que existen, existen, sin embargo, puedo traer a colación lo que yo llamaría un caso concreto, y que tiene que ver con un juez de la República, y algunos de sus familiares en Valledupar, caso este al que me referí, sin citar nombres o tal vez sí cité algún nombre en mi columna la 'Carta Vallenata' que publiqué para esas fechas con el título de 'La Caravana de la delincuencia'" (Fl. 154).

El caso concreto que aportó, consistente en que "El Contralor había negociado con el Juez Diecisiete Superior el fallo absolutorio de Marulanda, a cambio de hacerle a un hermano del Juez ... un importante nombramiento en el exterior" (Fl. 156), fuera de que remite su conocimiento a fuentes familiares "que obviamente no estoy en condiciones de citar con nombre propio" *(ibidem)*, hay en el proceso constancias, obtenidas en diligencia de inspección judicial, de que tanto el primer sobreseimiento de carácter temporal, el cual fue apelado, como después el segundo, el que fue motivo de consulta, ambos proferidos en favor de Carlos Arturo Marulanda Ramírez, han sido confirmados por el Tribunal Superior de Bogotá (Fls. 161 y 162). En la primera providencia calificatoria fue llamado a juicio Horacio Arenas Parra y los otros presuntos implicados fueron sobreseidos unos en forma temporal (como el doctor Marulanda) y otros en forma definitiva.

De tal manera que debió haber existido razón atendible para ese pronunciamiento favorable y consiguiente excarcelación de Marulanda Ramírez, cuando el Superior impartió su aprobación a la decisión del juez *a quo*.

También en razón de esta parte de la acusación que, entre otras cosas, no fue objeto de la

denuncia inicial, habrá de dictarse auto inhibitorio, pues hasta ahora no se advierte que existe motivo suficiente para abrir investigación penal.

La calidad de Contralor General de la República y el desempeño del cargo por la época de ocurrencia de los hechos que se atribuye al doctor Aníbal Martínez Zuleta están acreditados con las constancias sobre nombramiento, posesión y tiempo de servicio (Fls. 34, 35, 36 y 37).

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

1º ABSTENERSE de iniciar sumario contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta, Contralor General de la República, en relación con los cargos considerados en esta providencia y por los motivos analizados al estudiar cada uno de ellos en la parte motiva de la misma (literales a, b, c y d).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

Al estudiarse la primera de las imputaciones, se afirma la imposibilidad de delitos contra la administración pública, particularmente del de cohecho, "porque ellos exigen que se tenga el carácter de empleado oficial, pues son delitos de sujeto calificado, y como tal se actúe indebidamente al ejercer las funciones propias del cargo".

No estoy de acuerdo con esta explicación.

Se pretende exigir concomitancia de espacio, tiempo y propósito, cubiertos todos estos elementos por la calidad de funcionario, para poderse admitir la eventualidad de uno de los delitos mencionados. De ahí que, v. gr., si el ofrecimiento o la admisión de dinero o utilidad se hace para obtener un nombramiento ("acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones"), el delito no se configura si la primera acción se realiza antes de ostentarse la calidad de empleado público, así la segunda se cumpla cuando ya se posea. Hay en esta apreciación un apego desmedido a la letra de la ley, tan significativo que no pasa de su objetivo y material texto. Además, se escinde un claro *iter criminis,* que exige, por contrario modo, su estimación unitaria y de conjunto. Lo que se advierte en quien así actúa (tanto el que ofrece como el que recibe) es un evidente recorrido criminal, que no tiene por qué ceñirse, ya que la ley no señala esa exigencia, a que todos los actos preparatorios, ejecutivos o de consumación estén regidos por la realidad de ser el cohechado empleado público. El legislador ha querido tutelar el acto oficial y preservarlo de subordinaciones distintas a atender imparcial y limpiamente, el servicio previsto. Cuando su ejecución se aparta de esta causa y finalidad, se está dentro de la esfera delictuosa. El empleado oficial está respondiendo a retribuciones indebidas (dinero, utilidad o promesa remuneratoria). Da igual recibir esos ofrecimientos y ejecutar el acto, teniéndose la calidad de empleado público, que actuar cuando se tiene tal condición en obedecimiento al dinero o utilidad aceptados antes de la investidura oficial. En ambos casos el resultado es el mismo, en cuanto afección al interés jurídicamente protegido, vale decir, la administración pública. Lo que ha ocurrido es que el cohechador ha sido más previsivo, ha iniciado su acción con acelerada anticipación y valorado como más propicio a sus fines delictivos el obrar de este modo. El nexo causal, el aspecto sobresaliente de esta figura, permanece intacto y se revela en forma conspicua. El cohechador ha dado para obtener un acto del empleado oficial; el cohechado se ha comportado en el ejercicio de su función, por lo que ha recibido con anterioridad. En la providencia no se duda, y está bien, de la posibilidad del hecho criminoso cuando la actuación indebida se pacta siendo el cohechado empleado oficial, "aunque la contraprestación se convenga en recibirla una vez desvinculado el cargo". La situación es similar, pero la solución ha sido tratada de manera diferente por la mayoría de la Sala. Lo que permite advertir la consumación del hecho delictuoso, en esa segunda hipótesis, además de la coincidencia de ofrecimiento y calidad de empleado oficial, es principalmente el nexo causal entre lo ofrecido y lo realizado. Hay que insistir en que el empleado oficial que omite o retarda acto propio de su cargo, o ejecuta uno contrario a sus deberes oficiales, o lo realiza en consonancia con los mismos, pero obedeciendo a dinero o utilidad recibidos antes de empezar el ejercicio de sus

funciones, pero con esa destinación y condicionamiento, *revive, sincroniza* o vuelve *actual,* contemporáneo o *coincidente,* la aceptación y el acto ejecutado.

Secundaria trascendencia reviste fijar el momento del ofrecimiento, para deducir si cometió con la calidad de empleado público. La punibilidad surge cuando por ese motivo (ofrecimiento anterior o cumplimiento posterior del ofrecimiento), se ejerce el acto conforme a las funciones o de manera contraria a éstas. La mayoría de la Sala ha puesto más atención en un segmento de la conducta (dinero, utilidad, ofrecimiento), que por su naturaleza proyecta su efecto más allá del momento en que se verifica, y que no constituye, por sí misma, el aspecto decisivo del ilícito, la cual puede no coincidir con la calidad de un empleado público del cohechado.

En cambio se deja de lado el aspecto más fundamental, o sea, la ejecución, que, forzosamente, debe cumplirse por persona revestida de atributos oficiales.

Además, nadie ha dicho que la aceptación debe darse de inmediato, sin solución de continuidad. Se puede diferir. Entonces, la realización del acto oficial comprometido con el ofrecimiento, que demuestra su aceptación, constituye el momento de consumación de esta infracción. Por eso es factible el delito comentado cuando el ofrecimiento se hace a quien está en propincuidad de ser empleado público y realiza el acto cuando ya tiene esta calidad.

De ahí que si la investigación insinúa que el doctor Martínez Zuleta recibió, antes de ser Contralor General de la República, favores del doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, con el propósito de conseguir contraprestaciones burocráticas (Icel, Idema, Telecom) y auditaje en la Administración de Impuestos, con la cual existían problemas fiscales, resultados que se lograron al obtener el implicado esa designación y ejercer sus funciones, tiene que inferirse la probable comisión de conducta delictuosa.

En cuanto al fenómeno prescriptivo no estoy de acuerdo con su mención, porque el mismo no se ha operado. Como el doctor Martínez Zuleta *está en desempeño* de su cargo, entiendo como pertinente lo preceptuado en el artículo 82 del vigente Código Penal. Muy distinta es la solución cuando la prescripción ha surgido en forma integral, simultáneamente con la separación del cargo del inculpado. En este evento las reglas de la prescripción se someten a la legislación antecedente. Pero la permanencia en el cargo público, involucra en el instituto de la prescripción uno de los aspectos considerados por la legislación actual, que no debe dejarse de lado y sí incidir en su estructura, porque persigue, precisamente, superar los obstáculos que a la investigación puede ofrecer el delincuente con el dominio del escenario propio de sus actividades; está, en otros términos, propiciando su impunidad y aportando circunstancias favorables a esta forma de extinción.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

Salvamento de voto

Disentimos del pensamiento mayoritario de nuestros distinguidos compañeros de Sala en el punto referente a la inhibición por haber prescrito la acción penal (literal c) de la providencia).

La razón de nuestro desacuerdo radica en que no habiéndose consolidado el lapso prescriptivo dentro de la vigencia del anterior Código Penal, sino del actual, ya que los cinco años se cumplieron el día 13 de diciembre de 1981, el fenómeno de la prescripción se rige, en este caso, por el nuevo estatuto y no por el derogado, lo que implica aumentar en una tercera parte el lapso extintivo de la acción penal, con lo cual se llegaría a la conclusión de que aún no se ha satisfecho (Art. 82 del C. P.).

Como fundamentación de este planteamiento pasamos a reproducir lo que, en relación con otros casos similares, hemos dicho en otros salvamentos de voto.

"Como el nuevo Código Penal (Decreto 100 de 1980) entró a regir el 29 de enero del año de 1981, síguese de ello que el lapso de los seis años se cumplió en vigencia del actual Código y no del anterior.

"No habiéndose consolidado la situación prescriptiva cuando regía el Código de 1936, bajo cuya vigencia se inició, debe ser analizada a la luz de las nuevas disposiciones, pues la prescripción es un fenómeno que no puede referirse a un determinado y concreto momento, como ocurre respecto de la comisión del delito, sino que es un margen de tiempo que se va cumpliendo sucesivamente y sólo cuando llega a su límite puede decirse que operó la prescripción, aunque se reconozca con posterioridad.

"Frente a situaciones jurídicas pendientes de concreción y en presencia del fenómeno de tránsito de legislación, es indispensable referirlas al momento en que se consolidaron para saber cuál es la ley que las rige, respecto de la cual, en todo caso, hay que comprobar que podía ser aplicada en ese momento.

"Como para el día 9 de abril del año en curso, fecha en que se cumplió el lapso prescriptivo de seis años que para el caso presente establecía el Código Penal de 1936, éste ya no era aplicable porque había dejado de regir desde el 28 de enero del año de 1981, es necesario analizar la situación frente al nuevo estatuto penal que sí estaba en vigor cuando se consolidó el fenómeno de la extinción de la acción.

"Pues bien, este nuevo ordenamiento dispone que la acción penal prescribe en un lapso igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco años ni superior a veinte (Art. 80). Pero para el evento de que el delito hubiese sido cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, aumenta ese término de prescripción en una tercera parte (Art. 82).

"La norma que reprime la concusión (Art. 140) señala como límite máximo de imposición de pena el de seis años, que resulta ser el mismo que establecía el Código derogado.

"Por tratarse de una institución jurídica como es la prescripción, reglamentada en su integridad por el Código Penal, deben serle aplicadas al caso presente la totalidad de las normas pertinentes y no solamente aquellas que se asemejan o equivalen a las que regían cuando se inició el lapso de extinción de la acción.

"Entonces, como el delito fue cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones (Juez Promiscuo Municipal de Tame —Arauca—), aún no se ha cumplido el tiempo necesario para que opere el fenómeno de la prescripción, pues ese término máximo de los seis años ha de ser incrementado en dos años más, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 82.

"La tesis que ahora se propugna para resolver el fenómeno de la prescripción de la acción penal cuando el tiempo a que está sometida empieza a contarse bajo la vigencia de una determinada ley y se completa o consuma bajo el imperio de otra, es, en cierto modo, la misma que aceptó la Sala cuando decidió acerca de la aplicación ultraactiva de la Ley 22 de 1980, pues ciertamente estableció que ella sólo era aplicable a aquellas hipótesis en las que los supuestos jurídicos sobre los cuales edificaba la ley las soluciones (iniciación de proceso en averiguación, diligencia de indagatoria, revocatoria del auto de detención, auto de proceder ejecutoriado y sentencia de condena), se hubiesen consolidado con anterioridad a dicha ley o durante su vigencia, nunca después de ella.

A ese respecto se dijo en esa ocasión:

"En cuanto a las hipótesis a), b) y c) no encuentra la Sala dificultad alguna para aceptar la aplicación ultraactiva de la Ley 22; respecto de la primera, porque consolidada la situación jurídica antes de la vigencia de la ley y habiéndose esta expedido primordialmente para solucionar tales situaciones en relación con procesos preexistentes resulta de elemental lógica y justicia que la mera inadvertencia de su oportuna aplicación, pueda ser remediada aún después de su vigencia; y en relación con las otras dos hipótesis, porque la respectiva situación jurídica se consolidó durante el término en que la ley rigió y habiendo podido y debido ser resuelta en ese lapso, el que eso no haya ocurrido no impide que mediante una decisión judicial posterior, que tiene carácter declarativo, se aplique la solución prevista en aquella ley. En este caso, por lo demás, el más puro ejemplo de aplicación ultraactiva de una ley favorable.

"En relación con las restantes hipótesis, la cuestión deberá ser resuelta negativamente *porque la aplicación ultraactiva de una ley temporal por razones de favorabilidad supone que durante su vigencia pudo ser aplicable en razón de que el hecho o la situación jurídica a que se refiere ocurrió o se consolidó antes de que empezase a regir o, al menos, durante el período en que estuvo vigente,* eventos que no se dan en ninguna de estas hipótesis" (Auto de 10 de mayo de 1982 —subrayas fuera de texto—).

"No podría argumentarse en contra del planteamiento que se sostiene, diciendo que se dejó de aplicar una norma más favorable, o que se desconoció un derecho que amparaba al procesado.

"De acuerdo con el principio de la legalidad y de otras garantías fundamentales, el ciudadano tiene pleno derecho a conocer cuáles son los comportamientos que le prohíbe la ley, a qué sanciones se expone si los infringe y cuál es su juez

natural. Estos presupuestos no pueden serle variados y, si lo son, habrá cabida a la aplicación de la ley más favorable, aunque haya dejado de regir.

"Frente a ese derecho de la persona surge el del Estado, que es a la vez *deber* de establecer si efectivamente hubo o no una violación del mandato legal, en orden a aplicar justicia. Para ello se fija unos márgenes de tiempo durante los cuales el correspondiente órgano estatal podrá ejercitar la acción penal.

"Si en un momento determinado, y en presencia de circunstancias derivadas, por ejemplo, de la calidad del sujeto agente o del lugar de comisión del delito (Arts. 81 y 82 del C. P.), estima que esos márgenes de tiempo son insuficientes para realizar el cometido estatal de la aplicación de la justicia y los amplía, no puede decirse, si se aplican respecto de hechos sucedidos con anterioridad a la vigencia de la norma que los establece, que se están conculcando derechos del sindicado.

"Es que, en tratándose del fenómeno de la prescripción no consumada el ciudadano no tiene derecho a que no se investigue su conducta, sino a que, investigada, se la valore adecuadamente y se tome la decisión que respecto de ella procediere.

"Es más, si se mirara como derecho, sería apenas una mera expectativa, en tanto no se consolide mediante el transcurso total del tiempo fijado en la ley.

"Conviene agregar que las normas que ampliaron los plazos prescriptivos, ya por el lugar de comisión del delito (fuera del país —Art. 81—), ya por la calidad del agente (Art. 82), obedecieron a las especiales circunstancias que limitan y hacen más difícil la labor investigativa del Estado. Por eso se pensó inicialmente en establecer una especie de 'tiempo muerto', concretado a la duración del ejercicio del cargo o a la permanencia en el exterior, a fin de que el término de prescripción de la acción penal no empezase a contarse sino a partir del día en que el funcionario dejase el empleo, o el que delinquió fuera del país regresare a éste. Se optó por un término medio, para que en estos casos, no fuera el ordinario lapso prescriptivo, ni tampoco ese especialísimo que podía quedar largamente diferido en el tiempo.

"Pero si se piensa en todas las dificultades que se presentan para adelantar una investigación contra un funcionario mientras él permanece en el cargo, al alcance casi siempre de los elementos de esclarecimiento de los hechos se convendrá en que la norma, así sea como quedó concebida en definitiva, tiene amplia justificación.

"Por las precedentes consideraciones, estimamos, contra lo que piensa la mayoría de la Sala, que la prescripción no es 'un fenómeno jurídico dependiente de la sanción'; creemos en cambio, que tiene su propia autonomía, pues lo que extingue en esencia no es el delito, ni la pena señalada legalmente o en concreto impuesta en la sentencia, sino la potestad punitiva del Estado. El que por razones de técnica legislativa algunos códigos refieran el lapso proscriptivo a la cantidad de pena fijada en la ley o en el fallo judicial, no significa que estructuralmente sea una institución jurídica accesoria de la sanción; los códigos bien podrían fijar términos de prescripción independientes de la duración de la pena —y de hecho los fijan así respecto de delitos con penas no privativas de la libertad—, sin que por ello se desnaturalice su esencia.

"En síntesis, la tesis que aquí se sostiene no vulnera el principio de legalidad del delito y de la pena, ni el de favorabilidad, porque no se pretende calificar como delictiva una conducta no descrita legalmente en la fecha de su realización, ni imponer sanción diversa de la señalada previamente por el legislador, ni aplicar de dos leyes posibles la más desfavorable. Lo que se afirma es que la ley que rige la prescripción es aquella que estaba vigente cuando el fenómeno en cuestión se consolidó y no aquella vigente cuando se inició el lapso prescriptivo, y que la aplicación ultraactiva de la ley más favorable está supeditada a que el hecho o fenómeno respecto del cual se invoque haya ocurrido o se hubiese estructurado durante su vigencia" (Autos de 28 de junio de 1982, segunda instancia contra Tomás Armando Ochoa Guerrero y de 2 de julio de 1982, segunda instancia contra Ana I. Rocha López).

Son estas las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Alfonso Reyes Echandía, Darío Velásquez Gaviria.

Bogotá, D. E., 10 de agosto de 1982.

ABUSO DE CONFIANZA

Tiene por lugar de consumación, aquél en que se dispone o se haga indebido uso de la cosa confiada

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 12 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 58 de 12 de agosto de 1982.

Vistos

El señor Alvaro Bernal González, en la ciudad de Buga y por el mes de diciembre de 1981, entregó a Marco Tulio Velásquez Castrillón, veinte boletas de "Rifas Promociones Valle", por valor cada una de tres mil quinientos pesos. Velásquez Castrillón, no volvió a aparecer y hasta el momento ha resultado inútil su búsqueda. De ahí la denuncia que contra el mismo se ha formulado, en la Inspección Primera Superior de Policía Municipal de Buga, el 24 de marzo del año en curso.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga (junio 22/82), estima no ser competente para continuar en la averiguación de este presunto delito contra el patrimonio económico, basándose para ello en que la distribución de tales boletas se cumplió en la ciudad de Popayán.

El Juzgado Segundo Penal de Circuito de esta última ciudad, en auto de 12 de julio del año en referencia, recuerda a efecto de negarse a aprehender el conocimiento de este sumario, que la actividad de venta del señor Velásquez Castrillón, tuvo por escenario los Departamentos del Valle del Cauca, Cauca y Nariño. Además, anota que este caso debe definirse según lo preceptuado en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Para resolver se considera

Es verdad que *el delito de abuso de confianza tiene por lugar de consumación aquél en que se dispone o se hace indebido uso de la cosa confiada. Allí donde se exterioriza la voluntad de apropiación o se patentiza el uso distinto al acordado, allí mismo surgen los factores propios para deducir lo relacionado con la competencia de juzgamiento.* En el caso *sub examine,* hasta el momento, no es dable saber a ciencia cierta en cuál de los varios sitios por donde pasó el incriminado y en donde actuó como vendedor de "Rifas Promociones Valle", efectuó actos de apropiación del dinero obtenido con tal trabajo. Se tiene, sí, fundados motivos para deducir, por el momento, que lo recibido de los compradores de esas boletas se gastó en provecho personal y se ha negado toda rendición de cuentas, explicación de conducta y, obviamente, la devolución del dinero. En estas circunstancias, lo más pertinente, para no impedir la necesaria labor de instrucción es acudir al ya citado artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, que indica, en el caso examinado, al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga, como el competente para actuar en este proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto negativo de competencia surgido entre los jueces Segundo y Tercero Penal del Circuito de Popayán y Buga, respectivamente, señalado a este último como el competente para conocer de este sumario que, por el presunto delito de "abuso de confianza", se adelanta contra Marco Tulio Velásquez Castrillón. A él se enviarán los autos y, al de Popayán, copia de esta decisión.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO CON APOSICION DE SELLOS FALSOS

Se alteró la verdad y se afectó, por lo mismo, la fe pública al dar vida dentro del mundo del derecho a unas resoluciones con todas las características de documentos públicos, en apariencia emanadas de la entidad oficial que podía expedirlas y con relevancia jurídica y capacidad probatoria. La aposición de sellos falsos, hecha con la única finalidad de hacer pasar como verdaderas las resoluciones totalmente falsas, constituye un solo delito, agotado en cada una de ellas y, por tanto, concurso material entre ellos y también con los correspondientes contra el patrimonio económico

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 12 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 58.

Vistos

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia proferida por esta Corporación el 12 de noviembre de 1980, por medio de la cual confirmó, sin modificaciones, la dictada el 5 de septiembre del mismo año, por medio de la cual el Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad condenó a Luis Alfonso Rodríguez García, a la pena principal de quince meses de prisión, como autor responsable de los delitos de falsificación de sellos oficiales y estafa.

El recurso fue admitido y la demanda declarada ajustada a las prescripciones formales que establece la ley (Fls. 2 y 22 del cuaderno de la Corte).

Puesta la demanda en conocimiento de la Procuraduría para efectos de su ampliación o abstención como lo dispone el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, el Procurador Primero Delegado en lo Penal manifestó que no haría uso de la facultad de ampliarla que le confiere dicha norma (Fls. 20 y 21 *ibidem*).

Hechos y actuación procesal

La Administración de Impuestos de Cali recibió, mediante oficio número 22279 de 21 de diciembre de 1978, que aparece como suscrito por Belma Yaneth Olarte de Cabrera, Jefe de la Sección de Documentación, encargada, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, los expedientes y copias de resoluciones relacionados con supuestas acciones de revocatoria directa de liquidaciones verificadas por esa Administración, acciones que aparecían como instauradas por los contribuyentes "Arabia y Cía. Ltda.", Confecciones Michell, Yolanda Alvarez de Alvarez, Abraham Lechter Eidelmán, Mary Perczek Bubis (Fl. 6 del cuaderno principal).

Al advertir que en las Resoluciones números 06231H/78 y 06240H/78, expedidas a favor de Yolanda Alvarez de Alvarez y Luis Enrique Barrera Garcés, no había coincidencia en cuanto al año gravable por el cual se ordenaba la modificación de la liquidación original, pues al paso que en la parte motiva de la Resolución número 06240 se hablaba del año de 1972, en la resolutiva se aludía al de 1973, y en la Resolución número 06231 la imprecisión era al contrario, la Jefatura de la División de Contabilidad de la Administración de Impuestos de Cali devolvió las Resoluciones con oficio número 0061 de 29 de enero de 1979, en el cual solicitaba que se hiciera la corrección respectiva y fueran nuevamente devueltas para darle cumplimiento (Fl. 96 *ibidem*).

Fue este el detalle que permitió a la Dirección General de Impuestos percatarse de que estaba

en presencia de la creación falsa de dichos documentos, pues ni las solicitudes de revocatoria directa se habían recibido, ni los expedientes que se decían tramitados lo habían sido, ni esos números de resoluciones correspondían a esos contribuyentes, sino a otros diferentes, aunque sus originales no pudieron ser localizados (Fls. 91 y 246 y Vto. *ibidem*).

Adelantada la correspondiente averiguación administrativa y allegados los elementos de convicción, en cuanto a la posible comisión de delitos contra la fe pública y el patrimonio económico, se formuló la correspondiente denuncia por parte del doctor Edgardo R. Palma Mendoza, abogado de la Sección de Investigaciones de la División de Inspección de la Dirección General de Impuestos Nacionales, quien luego se ratificó y la amplió en dos ocasiones (Fls. 2 a 5, 195 a 201 y 204 a 206 Vto. *ibidem*).

La investigación fue abierta y adelantada por un funcionario instructor de la ciudad de Cali, y en su decurso se logró comprobar que quienes aparecían como beneficiarios de las resoluciones aparentemente remitidas de la Dirección General de Impuestos a la Administración de Cali, eran clientes del asesor tributario Luis Alfonso Rodríguez García; que éste les llevó personalmente las copias dizque para que se notificaran; que les solicitó y recibió de ellos dineros a título de honorarios en razón de la gestión de revocatoria lograda; que los clientes no suscribieron los memoriales de solicitud de revocatoria ni al parecer los autorizaron y que todos los sellos al igual que las firmas que aparecen como de funcionarios de la Dirección General de Impuestos en la tramitación y decisión de las supuestas acciones de revocatoria directa son falsos y que los textos no fueron escritos en máquinas pertenecientes a la Administración de Impuestos de Cali o a la Dirección General de Impuestos en Bogotá (Fls. 263 Vto. y 336, 337 y 385 a 389 del cuaderno principal).

El procesado trató de orientar la responsabilidad de las falsificaciones hacia un abogado de Bogotá, de nombre Iván Fernando Tarquino, a quien pretendió hacer aparecer como entregándole en una heladería de la ciudad de Cali copias de las citadas resoluciones para que los interesados se notificaran, pero sin que pudiera dar datos fidedignos para su identificación y localización, tanto que el Tribunal, al conocer del auto de calificación por vía de apelación, revocó el sobreseimiento temporal proferido a nombre de esa supuesta persona, por estimarla irreal, producto únicamente de los esfuerzos del sindicado por eludir su responsabilidad (Fls. 263 a 267 *ibidem*).

En dicho auto de calificación el Juzgado Cuarto Superior de Cali, llamó a Luis Alfonso Rodríguez García a responder en juicio por los delitos de falsificación de sellos oficiales y estafa cometidos en concurso material y en su modalidad de continuados.

El Fiscal de ese juzgado recurrió en apelación, por no estar de acuerdo con la decisión, ya que, según su criterio, debió habérsele enjuiciado únicamente por el delito de estafa, pues dichos escritos por ser apócrifos y no tener capacidad de generar perjuicios no constituían documentos ni en apariencia y carecían de toda validez. Este mismo razonamiento lo llevó, lógicamente, a solicitar la nulidad del enjuiciamiento por considerar que el Juez Superior no tenía competencia ni para cercar la investigación, ni para calificarla.

El Tribunal confirmó el llamamiento a juicio de Rodríguez García por los delitos que le imputó el juzgado, y solamente lo modificó, como se dijo, en cuanto al sobreseimiento temporal del supuesto personaje de nombre Iván Tarquino Baquero (Fls. 394 a 401, 403 a 410 Vto. y 425 a 429 Vto. *ibidem*).

Conviene anotar que el Fiscal Sexto del Tribunal, ahora recurrente, solicitó la modificación del proveído enjuiciatorio en lo que decía relación con el delito de falsificación de sellos oficiales, por estimar que el ilícito que se configuraba era el de falsedad de documento público por integral creación falsa del mismo, quedando subsumido en éste la adulteración de los sellos, como elemento utilizado para revestir de las mayores apariencias de veracidad a las espúreas resoluciones. El Tribunal no acogió este planteamiento sino el del juez *a quo*.

Durante el período probatorio de la causa no fue solicitada ni practicada prueba alguna, y en la audiencia volvió el Fiscal del Juzgado a insistir en su tesis de nulidad de la actuación por incompetencia del juez superior para conocer del delito de estafa, única ilicitud que encontraba tipificada. La defensa solicitó la absolución por falta de pruebas.

El juzgado condenó a Luis Alfonso Rodríguez, por los mismos delitos por los que había sido llamado a juicio y el Tribunal, al conocer del fallo

en virtud de apelación interpuesta por el defensor, lo confirmó sin variaciones mediante la sentencia que fue objeto del recurso que ahora se decide.

En esta ocasión volvió el Fiscal Sexto de la Corporación a reiterar su tesis en cuanto a la indebida calificación de los hechos en lo referente a la falsedad, por lo cual impetró la nulidad de lo actuado, solicitud que no fue acogida por el Tribunal.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula un cargo a la sentencia, consistente en haberse proferido dentro de un juicio viciado de nulidad de carácter legal (ordinal 5º del artículo 210 del C. de P. P.), por haberse incurrido en el auto de proceder en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción referida a uno de los delitos por los que se le enjuició, pues no se trata de un ilícito de falsificación de sellos oficiales, sino de falsedad en documento por creación integral del mismo.

Para el recurrente, esas copias de resoluciones que fueron remitidas a la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, aparentando que quien lo hacía era la Dirección General de Impuestos por intermedio del empleado encargado de ese menester, "constituyen verdaderos documentos públicos atribuidos dolosamente en su origen al funcionario oficial que aparece suscribiéndolos" y fueron creados "falsamente" con el fin de producir una específica situación para favorecer intereses económicos de particulares, en detrimento del fisco nacional que era el acreedor de las sumas de dinero adeudadas por concepto de renta y complementarios por las personas naturales y jurídicas que en tales actos figuraban.

Manifiesta el impugnante que la falta de firma en las cuestionadas copias de resoluciones no les quita el carácter de documentos con todas las apariencias de verdad para reducirlos a simples escritos apócrifos, pues esa ausencia se suple con el sello en ellas estampado de haber sido firmado el original por el funcionario a quien se atribuye su autoría, mas la nota remisoria de las mismas que se hace aparecer como suscrita por la correspondiente empleada de la Dirección General de Impuestos, más los demás sellos que se les colocaron con imitación de los verdaderos, todo lo cual integra el documento y le da apariencias de veracidad.

Sintetiza su pensamiento de la siguiente manera:

"Y es que las resoluciones materia del proceso reúnen a cabalidad todos y cada uno de los elementos integrantes de la figura del documento público, faltándoles tan sólo su correspondencia con la realidad, pero con la formal apariencia de haber sido proferidas por el funcionario oficial reglamentariamente encargado por la Administración de esos menesteres, con la capacidad legal de documentar".

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia y se invalide la actuación a partir del auto de proceder, inclusive.

Consideraciones de la Corte

De los elementos de juicio aportados al proceso se colige que la entidad competente para resolver las acciones especiales de revocatoria directa de los actos de liquidación de impuestos efectuadas por las Administraciones de Impuestos es la Dirección General del ramo con sede en Bogotá; que la solicitud para incoar esa acción puede presentarse ante la correspondiente Administración o directamente ante la Dirección General de Impuestos; que existe una tramitación preestablecida que comprende, a grandes rasgos, el recibo de la solicitud, su radicación, el reparto al funcionario que ha de estudiarla y proyectar la resolución, el señalamiento de quien ha de revisarla, la firma de la misma, su notificación y el envío a la respectiva Administración para los efectos pertinentes; que el funcionario a quien compete firmar las resoluciones que deciden esta clase de asuntos es el Director General de Impuestos Nacionales, y que la costumbre era la de suscribir solamente el original, utilizando para las copias el sello que indica que el original está firmado por el Director; que el Director en la época en que ocurrieron los hechos era el doctor Lázaro Mejía Arango, a quien se hace aparecer, a través del mencionado sello, suscribiendo los originales de las resoluciones que constituyen el objeto material de los delitos investigados; y que para la radicación de solicitudes y notificación de resoluciones se empleaba en la Dirección General de Impuestos el método de sellos, con espacios libres para hacer las anotaciones pertinentes (Fls. 86 a 90; 195 a 200; 204 a 206 Vto.; 245 y Vto.; 340 a 343 del cuaderno principal).

Todos estos aspectos y pormenores fueron tenidos en cuenta en el presente caso, pues las so-

licitudes aparecen como hechos ante la Dirección General de Impuestos, se utilizaron sellos similares a los de esa oficina, tanto para radicar las peticiones como para autenticar, si así pudiera decirse, las copias de las resoluciones y para su notificación, sin olvidar el detalle de anotar en cada copia de ellas los nombres de los funcionarios de la Dirección General, a quienes se hacía figurar como proyectistas y revisores de las mismas, y se les dio una apariencia y contenido tales que inducían a tenerlas por verdaderas, pues hay correspondencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, se analizan los hechos, se citan normas y se adoptan las decisiones pertinentes. Finalmente, se las remitió a la Administración de Impuestos de Cali, mediante oficio en que se hizo aparecer como autor al correspondiente empleado de la Dirección General (Fls. 7, 9 a 18 Vto., 41, 43 a 50, 51, 53 a 59, 60, 70, 79, 81 a 85 A, 344 a 351 Vto. y 352 a 358 Vto. del cuaderno principal).

En una palabra, los falsos documentos fueron revestidos de todas las necesarias apariencias de veracidad, de tal forma que no se prestaban a duda en cuanto a su fingida autenticidad, tanto que la Administración de Impuestos de Cali, devolvió únicamente dos de esas resoluciones y esto, por la sola circunstancia de la incongruencia observada en cuanto al año gravable, pero no porque se hubiese advertido ninguna otra anomalía, ni menos porque se las hubiera reputado como apócrifas. Y tenían toda la capacidad de producir efectos jurídicos, a tal punto que la empleada que las devolvió para la aclaración o corrección en cuanto al año gravable, urgía en su oficio su retorno para poderles dar pronto cumplimiento. Decía al respecto: "Ruego a usted enviar los citados documentos y los respectivos autos de corrección en el menor tiempo posible con el fin de evacuar las contabilizaciones pendientes, evitando causar perjuicios a los contribuyentes interesados" (Fl. 96 del cuaderno principal).

Y tan seguro estaba el procesado Luis Alfonso Rodríguez García, quien dicho sea de paso, trabajó cerca de diez años en la Administración de Impuestos de Cali, de que todas esas resoluciones producirían los efectos perseguidos, que solicitó a sus beneficiarios, quienes eran sus clientes tributarios, la contraprestación en dinero por la gestión realizada y la obtuvo, así diga que la recibió para entregarla al supuesto doctor Iván Fernando Tarquino, cuya existencia supuso o cuya realidad ocultó para que no pudiera ser identificado (Fl. 263 Vto., 265 y 266 Vto. del mismo cuaderno).

De los dos dictámenes que obran en el proceso se desprende la falsedad de las firmas que aparecen en los memoriales de solicitud de revocatoria directa como también la de la funcionaria de la Dirección General de Impuestos que aparece haciendo las notificaciones y remitiendo a Cali los expedientes y resoluciones. Son también falsos los sellos utilizados, tanto para aparentar que la copia correspondía a un original firmado por su autor, como los empleados para la notificación de las resoluciones y radicación de las solicitudes y también los puestos al final de cada resolución como para refrendar el acto de notificación y ostentar que procedían de la Dirección General de Impuestos (Fls. 336, 337 y 386 a 389 del cuaderno principal). De otra parte, como se dijo antes, los números que identificaban las resoluciones correspondían a contribuyentes diferentes y sus originales no pudieron ser encontrados en los archivos de esa oficina.

Se está, por tanto, en presencia de la creación total de unos documentos falsos con todas las apariencias de veracidad, en los cuales la ausencia de la firma se suplió con un sello que indicaba que su original estaba firmado por su autor, costumbre seguida en la Dirección General, según lo manifestó su propio Director y lo corroboró la doctora Luz Sabogal de Restrepo, empleada de 17 años de servicio en el Ministerio de Hacienda, siete de ellos en la Dirección General de Impuestos, y a la que le correspondía "revisar y proyectar negocios que envían las diferentes administraciones en consulta o apelación, igualmente por delegación especial del Director General de Impuestos, proyectar y revisar negocios para su firma como las revocatorias directas" (Fls. 239 y 245, cuaderno principal). Tan conocido era ese procedimiento en las Administraciones de Impuestos, que cuando la de Cali devolvió dos de esas resoluciones no lo hizo por no haber venido en su original, ni remitió las demás, lo que implica que siempre se trabajaba con base en las copias así documentadas por intermedio del sello que las refería a su original.

En el caso presente se reforzó la verosimilitud de esos falsos documentos con su envío por el sistema acostumbrado, mediante oficio que se hacía aparecer firmado por empleado de la entidad remitente.

No cabe, pues, duda en cuanto a que se alteró la verdad y se afectó, por lo mismo, la fe pública al dar vida dentro del mundo del derecho a unas resoluciones con todas las características de do-

cumentos públicos, en apariencia emanadas de la entidad oficial que podía expedirlas y con relievancia jurídica y capacidad probatoria, tanto que si no es por la divergencia en cuanto a los años gravables, habrían surtido seguramente sus efectos, que no eran otros que la devolución, a quienes aparecían como beneficiarios, de parte de los dineros pagados al Estado por concepto de impuestos y, de otro lado, el cobro de honorarios por la gestión, finalidad que sí se cumplió.

No se trata, por lo tanto, de simples escritos apócrifos, apenas aptos para inducir en error a incautos, pero nunca para despertar credibilidad en su aparente veracidad y autenticidad.

Entonces, la conducta atribuida al procesado se enmarca dentro de las normas penales que reprimen la falsedad en documento público, adecuación típica que desestimaron los juzgadores de instancia por creer, fundamentalmente, que la ausencia de firma en las citadas resoluciones les negaba el carácter de documentos aún en apariencia, pero sin advertir que el sello indicativo de haber sido suscrito el original estaba reemplazando la firma, esto es, hacía sus veces con toadas las posibilidades de credibilidad, en razón de la costumbre que imperaba al respecto en la Dirección General de Impuestos desde tiempo atrás.

Aunque hubo, además, utilización de sellos oficiales falsos y se imitó o supuso la firma de la empleada a quien se hizo aparecer notificando las falsas resoluciones y enviándolas luego a la Administración de Impuestos de Cali, comportamientos que, a su vez, constituyen desde el punto de vista objetivo y aisladamente considerados otros tantos delitos de falsedad, si se miran con un criterio de integración del acto, o, si se quiere, en un contexto de conducta, se llega a la conclusión de que fueron realizados, y era necesario realizarlos, para dar, en este caso, *a los falsos documentos los indispensables visos de autenticidad.*

En otros términos, si esas copias de resolución hubieran aparecido sin el sello que acreditaba la firma del original, ni aquel que simulaba su notificación con la correspondiente firma de la respectiva empleada, y si hubieren sido remitidas a Cali sin oficio, habrían quedado desprovistas de las necesarias apariencias de veracidad, convirtiéndose, entonces sí en meros escritos apócrifos, carentes de toda posibilidad de producir efectos jurídicos.

Se puede, en consecuencia, entender que todos esos comportamientos obedecieron a esa única finalidad de hacer pasar como verdaderos las resoluciones, y que constituyen un solo delito, el de falsedad en documento público, desde luego agotado en cada una de las falsas resoluciones así creadas, constituyendo concurso material entre ellos y también con las correspondientes contra el patrimonio económico.

Quedan por considerar aparte los delitos referidos a las firmas de los memoriales de solicitud de revocatoria directa, pues aunque esa actuación formó parte del plan concebido para la expedición de las falsas resoluciones, es difícil integrarlos con cada una de éstas como para poder hablar de un solo documento.

Estos delitos de falsedad en documentos privados deben concurrir con los otros que se dejaron especificados en precedencia.

Como en el auto de proceder se hizo una equivocada calificación de los hechos referentes a la falsedad, pues se los denominó como *falsificación de sellos oficiales,* siendo que se trataba, como se dejó dicho, de *falsedad en documentos,* se impone decretar la nulidad impetrada por el recurrente, a fin de que se proceda a una nueva calificación acorde con la realidad fáctica y jurídica que emana del proceso.

Será esa una ocasión propicia para tener en cuenta la advertencia del Tribunal al revocar el sobreseimiento temporal, proferido en favor del supuesto doctor Iván Fernando Tarquino, o sea, que si subsisten dudas en cuanto a que esa, hasta ahora imaginaria persona, sí existe y que ella u otros aún no identificados pudieron haber participado en la comisión de estos hechos, se dé cumplimiento a lo que dispone el Código de Procedimiento Penal en el inciso segundo de su artículo 482.

El cargo prospera.

Con fundamento en 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,

Resuelve

1º CASAR la sentencia recurrida, de origen y fecha indicados.

2º DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, y ordenar que se rehaga el proceso desde ese momento en adelante.

3º ORDENAR el envío del expediente al Tribunal de origen para que proceda de conformidad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dante L. Fiorillo Porras; Fabio Calderón Botero; Gustavo Gómez Velásquez, con salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez; Alfonso Reyes Echandía,* con salvamento de voto; *Luis Enrique Romero Soto,* con salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria. Jesús Bernal Pinzón,* Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Me aparto del criterio adoptado por la mayoría en el presente caso en cuanto considera que la aposición de sellos falsos en las resoluciones integralmente falseadas queda subsumida por el delito de falsedad documental.

Pienso que en hipótesis semejante es necesario distinguir: Si para dar la apariencia de autenticidad de un documento integralmente falseado se utilizan sellos falsos, de tal manera que sin ellos el documento no aparentaría la legitimidad necesaria para ser tenido como auténtico, el empleo de tales sellos se integraría a la confección falsa del documento y solamente configuraría delito de falsedad documental; si, en cambio, la utilización de sellos falsos para nada contribuye a crear esa apariencia de autenticidad, sino que apenas busca asentuar la credibilidad o verosimilitud del documento apócrifo, entonces la aposición del sello falso adquiere autónoma categoría delictual, que concurrirá materialmente con el delito de falsedad documental.

Como en la situación examinada, por lo menos el sello apócrifo de notificación de las resoluciones no agrega nada a la apariencia de autenticidad de tales documentos, pues dicha notificación no forma parte integral de las resoluciones, síguese que la aposición de ese sello falso configura delito independiente en concurso con la falsedad documental deducida, y desde luego, con la estafa reconocida por el *a quo.*

Alfonso Reyes Echandía.

Salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Luis Enrique Romero Soto

Con el debido respeto por la posición mayoritaria que llevó a la Sala a casar la sentencia que antecede por considerar que se había hecho una equivocada calificación jurídica de los hechos por haber estimado el Tribunal existente, el delito de "falsificación de sellos oficiales", que la mayoría de los integrantes de la Sala de casación penal de la Corte afirma se subsume en el de falsedad, nos permitimos apartarnos de tan autorizado concepto por cuanto, a nuestro parecer, no ha existido el fenómeno de absorción de dichos delitos, ya que ambos conservan su autonomía, con mayor razón si se observa que, en el presente caso, se usaron sellos de diversas clases, algunos de los cuales pueden considerarse perfectamente innecesarios o superfluos por cuanto su falsificación y uso eran completamente ajenos a la necesidad de dar verosimilitud al documento, razón esta última que llevó a la Sala mayoritaria a concluir que quedaban comprendidos "en un contexto de conducta" con la falsedad documental y, por lo tanto, subsumidos en ella.

A nuestro modo de ver el delito de falsificación de sellos, tanto por su origen como por sus finalidades se diferencia del de falsedad en documentos y si bien ambos ofenden un mismo bien jurídico o se la fe pública, no lo hacen de la misma manera.

Sea lo primero observar que si el sello hace parte del documento a que va apuesto, sería innecesario el capítulo del Código que reglamenta y sanciona, por aparte, la falsedad de aquél y bastaría agregar un artículo al de la falsedad en documentos.

No lo hizo así el legislador, luego ya desde el punto de vista de la técnica legislativa, los clasifica como dos clases distintas de infracciones.

Además, por su origen la falsificación de sellos se consideró como un delito contra la soberanía del Estado, al igual que la de monedas, lo que no ha ocurrido con la de documentos.

De otro lado es necesario que no siempre los sellos se usan sobre documentos y que durante mucho tiempo se emplearon (y aun pueden serlo), como signos de procedencia estatal de algo, v. gr. una orden verbal, un objeto, una persona, etc.

Pero, sobre todo, la autonomía del delito de falsificación de sellos se deriva de la consideración de que ellos constituyen ante todo, un medio de autenticación, en tanto que los docu-

mentos son vehículos para transmitir ideas, narraciones, declaraciones de voluntad, etc.

Es decir, que las finalidades de uno y otros difieren notablemente si bien, en determinado momento (y ello es frecuente), pueden converger.

Pero mientras el documento se destina a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, el sello sirve para establecer la autenticidad de esas manifestaciones.

Se está haciendo referencia, obviamente, al sello oficial, ya que el privado o particular no tiene protección especial.

Pero el primero ha sido considerado siempre como un signo de la potestad estatal *(signum publicae potestatis)*, o sea como una garantía de que el documento, el objeto o la persona provienen del Estado y llevan la representación de éste.

Las anteriores consideraciones constituyen la posición casi unánime de la doctrina y de la jurisprudencia universales.

De ahí que terminemos nuestra respetuosa discrepancia con dos citas, que podrían multiplicarse, lo cual, por ahora, consideramos innecesario.

"Se ha sostenido, dice Catelani, que el sello, como señal de autenticación o de certificación, es un signo que completa un acto o documento y que la falsificación de aquél no tendría sentido si no sufriese análogo tratamiento el acto o documento al que va unido. O sea que uniéndose, en tal caso, la falsa aposición del sello a la falsedad documental, resultaría irracional e injusto sancionar dos veces el mismo comportamiento. Empero, tal argumentación no puede ser compartida. En primer lugar, debe observarse que no siempre la aposición del sello acompaña a un documento, a menos que se la requiera para la validez del mismo. Pero aun en este caso, el documento, si está hábilmente falsificado, puede parecer genuino y producir sus efectos normales, aun sin el uso del sello, lo que demuestra la autonomía jurídica y sustancial que este uso tiene frente al documento. Todo lo cual significa que el que artificiosamente usa el sello falso pone en acción una actividad criminosa ulterior que el legislador ha considerado merecedora de sanción adecuada. Si, en algunos casos, se puede ver una inseparabilidad absoluta entre uso del sello y objeto en el que se emplea, la razón justificadora de su autónoma punición consistiría en la mayor peligrosidad del que no vacila, para conseguir un resultado criminoso, en alterar también el sello" (Giulio Catelani, I Delitti di Falso, Giuffré, 1978, Pág. 64).

Y, por su parte, la doctrina italiana ha dicho constantemente que: "... en la hipótesis de falsificación de un documento público con contrafacción de la impronta de un sello oficial, no se integra una figura de delito complejo, sino dos delitos distintos y perfectos en sus respectivos elementos subjetivos y objetivos, aun cuando conexos entre sí; en realidad, el delito previsto en el artículo 458 del Código Penal es independiente del uso que se haga del sello falsificado para falsificar un documento, ya que la falsedad documental puede ser perfeccionada aun sin recurrir a la falsificación de un sello oficial" (Casación 23 de junio de 1967, Cit. Catelani, Op. Cit., Pág. 65).

O sea, para terminar que, en nuestro concepto, cuando se use un sello oficial falsificado en un documento público también falso, se presenta un concurso de delitos entre el ilícito descrito por el artículo 211, por una parte y cualquiera de las formas de falsedad documental en que, para la alteración de la prueba, se utilice un sello oficial.

Bogotá, agosto 10 de 1982.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado; *Luis Enrique Romero Soto,* Magistrado.

ABOGADO SUSTITUTO. FACULTADES

La sustitución opera de modo absoluto, vale decir, el sustituto entra a reemplazar al sustituyente respondiendo por sus propias actuaciones, no por las de éste, del mismo modo que el segundo tampoco responde por las del primero. Para que ello fuera así se necesitaría una norma legal que lo dijera, la cual no existe en el ordenamiento procesal penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 17 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 60.

Vistos

Por auto de cinco (5) de julio del año en curso, el doctor Fabio Peñaranda Ortega, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, se declara impedido, para actuar en el presente proceso que por el presunto delito de prevaricato se viene adelantando contra el doctor Germán Riveros Rodríguez, Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta, con base en la causal quinta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, por existir entre él y el doctor Jacinto Rómulo Villamizar Betancourt, enemistad grave desde el año de 1967 y aparecer en el presente proceso dicho profesional como apoderado de la parte civil que lo es el denunciante, doctor Helí Abel Torrado Torrado.

Expresa el doctor Peñaranda Ortega, que aun cuando el doctor Villamizar Betancourt ha sustituido el poder en el doctor Gerson París, sin embargo, el mandato no le ha sido revocado al primero ni lo ha renunciado y que tal sustitución no es sino un medio útil para desarrollar el encargo judicial que ha recibido, pero que es el propósito del primero seguir orientando la actuación.

Agrega que quien sustituye responde por los sustitutos, de ahí que se le permita reasumir el poder. Que, además, en este caso el sustituto no es reconocido como apoderado de la parte civil, sino como simple sustituto y que quien sigue representando dicha parte es el doctor Villamizar Betancourt.

Al pasar esta manifestación de impedimento a los restantes Magistrados que componen la Sala de Decisión, éstos, por providencia de trece (13) de julio de este mismo año, declararon infundado el impedimento expresando que en esta etapa del proceso, quien viene actuando como apoderado de la parte civil es el doctor Gerson París, con quien no existe por parte del Magistrado doctor Peñaranda Ortega enemistad de ninguna especie y que, por lo tanto, falta uno de los requisitos exigidos por la norma legal invocada por el Magistrado.

Consideraciones de la Corte

Dispone el artículo 128 del ordenamiento que se viene citando que cada una de las personas perjudicadas por el delito podrán designar su apoderado especial, que podrán así mismo, constituirse en parte civil separada o conjuntamente y se entiende que, en este último caso, la parte civil conjunta designa un solo apoderado.

Esto significa que no puede tener más de un apoderado, a menos que sean varias las personas perjudicadas por el delito y que cada una de ellas designe el suyo.

Confrontando esta prescripción penal, que aparece muy clara de la norma en cita, con el fenómeno de la sustitución del poder conferido por un perjudicado o por una parte civil conjunta para que un abogado la represente en el proceso, se tiene que cuando el sustituto entra a actuar en el mismo, no se puede considerar, en forma alguna, que sigue haciéndolo el apoderado

que hace la sustitución porque, de ser esto así, tal parte tendría dos representantes en el proceso, lo cual contraviene la regla contenida en la disposición citada.

Es claro que el apoderado que sustituye puede, si tiene facultad para ello, reasumir el poder y, por lo tanto, la representación de la parte, pero en ese caso, cesa de actuar el sustituto y ésta sigue representada por un solo apoderado, en relación con el cual pueden entrar en consideración las causales de impedimento y recusación, en su caso.

No es cierto, de otra parte, que el apoderado que sustituye siga respondiendo por las actuaciones del sustituto, como lo manifiesta el Magistrado que se declara impedido.

De acuerdo con lo que se deja dicho, la sustitución opera de modo absoluto, vale decir, el sustituto entra a reemplazar al sustituyente respondiendo por sus propias actuaciones, no por las de éste del mismo modo que el segundo, tampoco responde por lás del primero. Para que ello fuera así se necesitaría una norma legal que lo dijera, la cual no existe en el ordenamiento procesal penal.

Aplicando estas consideraciones al caso de autos se tiene que, habiendo el doctor Jacinto Rómulo Villamizar sustituido, con facultad para ello, el poder recibido del denunciante en la persona del doctor Gerson París, es en relación con ésta con quien debe examinarse la manifestación de impedimento hecha por el doctor Peñaranda Ortega y como su enemistad, según aparece claramente, es con el profesional primeramente mencionado y no con el último, se concluye que no tiene base el impedimento y que debe procederse en consecuencia.

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

Resuelve

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Fabio Peñaranda Ortega y disponer que siga conociendo del presente proceso, en tanto se mantengan las circunstancias anotadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Elemento objetivo y subjetivo. Si falta el elemento subjetivo, se desintegra la figura delictiva

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 17 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 60.

Vistos

Por vía de apelación interpuesto, tanto por el procesado, como por su defensor, conoce la Corte del auto de 26 de marzo de 1981, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá llamó a responder en juicio al doctor Gabriel Parada Martínez, por el delito de prevaricato en su modalidad activa, en razón de hechos ocurridos cuando ejerció las funciones de Juez Quince Civil del Circuito de esta ciudad. En la misma providencia sobreseyó definitivamente en su favor por el delito de abuso de autoridad, por el cual fue también denunciado en relación con los mismos hechos.

Cumplida la tramitación de la segunda instancia y obtenido el concepto del Ministerio Público, es del caso entrar a desatar el recurso.

Hechos y actuación procesal

Entre las sociedades "Urbanización Montevideo Limitada" y "Corporación de Acero, Marco y Eliécer Sredni y Compañía Corpacero", se celebró el contrato de compraventa que se formalizó por medio de la Escritura Pública número 4853 de 3 de septiembre de 1970 de la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, referente a un globo de terreno ubicado en Bogotá, de una extensión de treinta y seis fanegadas, cinco mil novecientas treinta y seis varas cuadradas (36 Fgdas., 5.939 V^2), cuyo precio se tasó en cuatro millones trescientos noventa y un mil doscientos sesenta y ocho pesos.

En la cláusula séptima de dicha escritura se acordó la realización de determinadas obras, cuyo costo sería sufragado por ambos contratantes. Se dijo en dicha cláusula:

"Séptima. Respecto de la calle diecisiete (17) en el sector comprendido entre el eje de la carrera sesenta y ocho D (68-D), y el lindero con terrenos que son o fueron de Inversiones San Pablo Limitada, por venta que de ellos le hizo Urbanizadora Franco, S. A., se hace el siguiente convenio de obras: La totalidad de las obras que en esta calle exige el Distrito Especial de Bogotá, tales como colectores, alcantarillados, redes eléctricas, redes telefónicas, acueducto, recebo, pavimentación, etc., serán sufragadas por partes iguales entre los contratantes. Al efecto cada una de las partes solicitará a la persona que a bien tenga un presupuesto, que deberá ser entregado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la firma de esta escritura de venta y que contendrá la estipulación de que el contratista con garantía se obliga a entregar la totalidad de tales obras obteniendo paz y salvo y finiquito de parte del Distrito Especial de Bogotá. Obtenidos los dos (2) presupuestos en la forma dicha se escogerá el menos costoso y las obra que (sic) iniciarán a más tardar dentro de treinta (30) días siguientes a la entrega que se haría en los quince días siguientes a la presentación de los presupuestos y deberán adelantarse sin solución de continuidad a un ritmo acelerado. Para efectos del pago de la cuota que le corresponda a la urbanización autoriza a Corpacero para que deduzca estas sumas de los saldos a su cargo, ya que las obras se iniciarán, adelantarán y administrarán por Corpacero. El saldo de las obras fuera de la calle diecisiete (17) que atañe al globo de terreno materia de este contrato, serán de cuenta de Corpacero, ya que la venta se hace en bruto" (Fls. 15, 24 y Vto. del cuaderno principal).

Por incumplimiento de la obligación así contraída, la sociedad vendedora demandó a la compradora en juicio ordinario para obtener la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

El asunto correspondió al Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor Gabriel Parada Martínez, y concluyó con sentencia de 1º de octubre de 1976, por medio de la cual se absolvió a la parte demandada (Corporación de Acero, Marco y Eliécer Sredni y Compañía Corpacero), por haberse encontrado probada la excepción de contrato no cumplido que ésta alegó en contra de aquélla (Fls. 118 a 130 Vto. del cuaderno principal).

De esta decisión apeló la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Civil—, mediante providencia de 9 de diciembre de 1977 la revocó, para, en su lugar, ordenar la resolución del contrato y tomar las decisiones consecuencia de la misma.

En los puntos 3º y 7º de la parte resolutiva del fallo dispuso:

3º "Corpacero debe restituir la posesión material del inmueble mencionado a Urbanización Montevideo Limitada, libre de cualquier gravamen que haya constituido, con todas sus mejoras, anexidades, servidumbres y accesiones de toda clase, diez días después de ejecutoriada la presente sentencia".

7º "Declárese que Urbanización Montevideo Limitada, está obligada a restituir a Corpacero el precio de la compraventa, cuya resolución se ha decretado, o sea la suma de $ 4.391.268.00 en el término de diez días, a contar desde la ejecutoria de esta providencia" (Fls. 131 Vto. a 147 del cuaderno principal).

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte desfavorecida recurso de casación, el cual fue resuelto por la Corte, mediante sentencia de 29 de noviembre de 1978, que mantuvo la validez del fallo impugnado (Fls. 148 a 165 Vto. del cuaderno principal).

De la Corte regresó al Tribunal el proceso y éste lo remitió el 13 de marzo de 1979 al Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, cuyo titular era el procesado, para efectos de que se diera cumplimiento al fallo en firme.

El 24 de abril de ese año, el juzgado ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior y con fechas de 31 de mayo y 4 de junio de ese mismo año fueron librados el oficio número 599 y el Despacho 097 con destino, en su orden, al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá y al Notario Quinto de esta ciudad, para efectos de las cancelaciones ordenadas en la sentencia (Fls. 239, 240, 248 a 251 *ibidem*).

El 18 de junio de 1979, toma el juzgado las decisiones, referentes al envío de las comunicaciones, liquidación de costas y fijación de agencias en derecho.

El 21 de junio de ese año la parte beneficiada con el fallo solicita la entrega del inmueble y el 19 de julio siguiente, previo otro auto en que se solicitó a la Secretaría informe acerca de si dicha petición se presentó en término, fijó el juzgado la hora de las 10½ a. m. del día 21 de septiembre de 1979, para llevar a cabo esa diligencia.

De esta determinación impetró reposición el apoderado de la sociedad vencida en juicio, a fin de que como medida previa a la entrega del inmueble la parte vencedora consignara a órdenes del juzgado el precio pagado por aquélla.

El juzgado repuso su anterior auto y condicionó a la consignación del precio el envío de los oficios a la Oficina de Registro y a la Notaría, así como la fijación de una nueva fecha.

Aunque de esta decisión recurrió en reposición la parte actora, hizo no obstante la mencionada consignación.

El 24 de septiembre de 1979, se ordenó poner en conocimiento de la parte demandada la consignación, se señaló como nueva fecha para la entrega del inmueble el día 23 de noviembre de ese año a las dos y media de la tarde y se ordenó el envío de los oficios a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados y a la Notaría (Fls. 167 y 240 a 242 del cuaderno principal).

El 11 de octubre de 1979, solicitó el representante judicial de la compañía demandada reposición de esa determinación, a fin de que se dispusiera que esas medidas sólo serían adoptadas una vez que la sociedad demandante consignara la suma que recibió, "pero reajustada o actualizada según el valor oficial del gramo de oro, teniendo en cuenta la fecha en que se celebró el contrato de compraventa: o sea el 3 de septiembre de 1970 y el día en que la actora realice el pago efectivo" (Fl. 170 *ibidem*).

A esta petición se opuso la sociedad demandante por considerarla no ajustada a derecho y dilatoria. En sus respectivos memoriales expusieron los apoderados las razones de sus corres-

pondientes pretensiones (Fls. 170 a 172, 242 y 243 del cuaderno principal y 5 a 10 del cuaderno de la Corte).

El juez acogió los planteamientos de la parte demandada, mediante auto de veintitrés (23) de abril de mil novecientos ochenta (1980), por medio del cual revocó su anterior decisión sobre señalamiento de fecha para entrega del inmueble, supeditándola a que previamente "se actualice y consigne para el presente proceso y a órdenes de este juzgado en su valor real la suma de $ 4.391.628.00, con base en el precio del gramo de oro a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, tomando en cuenta para dicha actualización el día 3 de diciembre de 1970", fecha del contrato, y una vez obtenida la respectiva información del Banco de la República sobre ese aspecto (Fl. 179 *ibidem*).

Esta determinación la fundamentó el juez en jurisprudencias de la Corte y del Consejo de Estado del 9 de julio de 1979 y 9 de febrero de 1978, respectivamente, y en las siguientes principales consideraciones, que se transcriben por constituir esta providencia la actuación en la cual encuentra el denunciante el objeto material de la conducta prevaricadora que atribuye al juez:

"Pues bien, teniendo como orientación los principios expuestos: la equidad, el respeto al derecho de defensa y la igualdad de las partes frente al derecho sustancial que ante todo han de reconocer las decisiones judiciales sin perder de vista la presunción de acierto de equidad y de justicia con que están amparadas, pensamos que si de un lado, consagró el derecho la sentencia en mención al procurador de la parte actora en el caso *sub judice* para recuperar el inmueble valorizado por el transcurso del tiempo, de otro lado, debió consagrar correlativamente el de el (sic) demandado a recuperar el precio teniendo en cuenta los mismos factores que se tuvieron para la parte contraria" ... "por manera que este despacho, cumpliendo el deber de interpretar la sentencia definitiva es del criterio que así como se ha de entregar al demandante un inmueble efectivamente valorizado sobre cuyo precio incidió decisivamente la devaluación monetaria, también ha de tenerse lo dicho para la restitución de la suma de $ 4.391.628.00, esto es, precio que aparece en la respectiva escritura de compraventa, cuya resolución fue decretada, pues de no proceder el Despacho en esta forma estaría produciendo automáticamente un desequilibrio entre las partes y quebrantando el principio de equidad, pues por sabido se tiene que la resolución judicial de un contrato tiene por objeto retrotraer las cosas a su estado inicial. Como esto no es posible por fenómeno de devaluación, pérdida de poder adquisitivo de la moneda, etc., es el caso de reconocer el derecho del vencedor en esta litis a recibir el inmueble objeto de la decisión en su estado y valor actual sin que de ello pueda predicarse enriquecimiento sin causa, así como también es preciso reconocer el derecho de la parte vencida a recibir el precio por ella pagado debidamente actualizado siguiendo los derroteros de la jurisprudencia de la honorable Corte y del honorable Consejo de Estado, en guarda del equilibrio entre las partes" ... "*Si bien es cierto* que la etapa en que se haya el proceso es la de ejecución y cumplimiento de la sentencia, esto no obsta para que teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, deba este despacho desatar el recurso planteado en forma favorable a quien lo impetró, reponiendo el auto atacado" (Fls. 176, 178 y 179 del cuaderno principal).

El representante judicial de la compañía demandante interpuso contra dicho auto recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, mediante memorial de 2 de mayo de 1980 (Fls. 17 y 18 del cuaderno de la Corte), y en escrito de 5 de mayo de 1980 propuso el incidente de recusación contra el juez Parada Martínez por haber sido denunciado penalmente ante el Tribunal en relación con los hechos que se han venido relatando (Fls. 117 y 182 del cuaderno principal).

El juez se declaró impedido y el asunto pasó a conocimiento del Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, funcionario, quien tuvo a su consideración los mismos planteamientos de las partes, los cuales fueron reiterados ante él, mas no revocó la anterior decisión, concediendo en cambio el recurso de apelación que subsidiariamente había interpuesto la parte actora en el juicio de resolución del contrato (Fls. 23 a 36 y 44 a 46 Vto. del cuaderno de la Corte).

El Tribunal, mediante decisión unitaria, consideró inadmisible el recurso por estimar que el auto no era apelable. No repuso su determinación y el proceso pasó a estudio de la Sala dual en virtud del recurso de súplica interpuesto, sin que de las piezas existentes en el presente proceso trascienda la forma como fue resuelto (Fls. 48 y Vto. y 55 y Vto. *ibidem*).

En razón de los hechos que quedaron detallados, el doctor Humberto Caicedo del Río, con

poder especial que le otorgó la sociedad "Urbanización Montevideo Limitada", denunció ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al doctor Gabriel Parada Martínez, en su condición de Juez Quince Civil del Circuito de esta ciudad, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad (Fls. 1 a 10 del cuaderno principal).

En el decurso de la investigación fueron aportadas al expediente las actuaciones pertinentes del juicio ordinario de resolución del contrato y se escuchó en indagatoria y luego en ampliación de la misma al doctor Parada Martínez, las cuales fueron recibidas por el propio Magistrado Sustanciador.

En su primera declaración, y en razón de preguntas que le fueron formuladas por el señor Magistrado, dijo de su experiencia judicial y docente, concretada aquella a ocho años de judicatura, seis de ellos como Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, y adquirida ésta en las cátedras de Derecho Individual del Trabajo, Derecho Procesal y Práctica Civil, regentadas en universidades de Bogotá.

Ante pregunta reiteradamente hecha para que pusiera de presente si existe norma que permita al juez *a quo* modificar decisiones de su superior, y si con lo resuelto en el auto de 23 de abril de 1980 él había modificado o adicionado lo decidido por el Tribunal Superior de Bogotá cuando ordenó la resolución del contrato y adoptó las consecuenciales decisiones, dio siempre por respuesta que no existe norma expresa que faculte al inferior para proceder así respecto de determinaciones de su superior, pero que sí hay una disposición que le permite al juez interpretar la ley para buscar la efectividad de los derechos dentro del marco de equidad y procurando conservar el equilibrio de las prestaciones a cargo de las partes, y que esa disposición es la contenida en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil. Como las decisiones ejecutoriadas son ley del proceso, resultan para él susceptibles de interpretación dentro de dichos lineamientos. Agregó que su interpretación referente a que el precio de la compraventa estaba constituido no simplemente por la cifra numérica que el comprador entregó al vendedor en el año de 1970, sino por su actualización al momento de hacer efectiva la resolución del contrato, obedeció no a iniciativa suya, ni a consideraciones arbitrarias, sino a la solicitud que a ese respecto formuló una de las partes y a las orientaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia.

En los siguientes apartes de su indagatoria se contiene esa explicación de su conducta:

"Pero si bien es cierto que la ley es la que crea el derecho, el juez en sus decisiones debe interpretarla, teniendo como fundamento no sólo el espíritu de lo que cada norma encierra, sino además los principios generales del derecho procesal, tal como lo dispone el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil que establece que el juez al aplicar la ley debe interpretarla teniendo en cuenta no sólo esos principios generales sino la experiencia para efectos de otorgar el derecho, o mejor de aplicarlo teniendo en cuenta también el principio de la equidad que como lo definía Ulpiano, era la voluntad constante y perpetua de dar a cada cual su derecho" ... "Evidentemente el Código de Procedimiento Civil no trae ninguna norma en donde faculte al *a quo* modificar las decisiones que tome el *ad quem*, simplemente lo que ocurre es que el fallador debe observar que cuando el derecho sustancial se quebranta frente al mandato en este caso procesal el funcionario debe obrar con la equidad, para efectos de no vulnerar precisamente el derecho" ... "Es fundamental para dar respuesta a esta pregunta sentar como premisa que las resoluciones judiciales, debidamente ejecutoriadas son ley del proceso y que como tal al constituirse ley del proceso necesariamente se encuentran involucradas dentro del contenido de lo ya mencionado en la disposición del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil" ... "Vuelve a repetir que se hace indispensable al aplicar la ley procesal interpretarla, y como ya dejamos establecido de que las decisiones judiciales son ley del proceso necesariamente el juez al decidir debe tener en cuenta la justicia, la equidad, el equilibrio en sus decisiones, sin que lo perturbe situaciones anímicas o de cualquier índole y desde luego en el caso *sub lite* con principio de equidad que yo de buena fe interpreto para establecer el equilibrio de los derechos de las partes, razones en las cuales motivé mi decisión se encuentran incursus tales razonamientos dentro de lo que el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, establece que para el reconocimiento de ese derecho sustancial el juez debe recurrir a la tan mencionada o mencionado vocablo de la equidad" ... "Simplemente como juez de la República en dicha providencia interpreta la norma procesal" ... "Necesariamente en esa decisión se tomaron en cuenta no sólo lo dispuesto en la norma ya citada, artículo 4º, sino también doctrinas de la Corte y del Consejo de Estado, lo cual llevó tal razonamiento a variar lo

dispuesto en la providencia del folio 92 del proceso del ordinario de urbanización Montevideo contra Corpacero, todo esto en virtud de los argumentos presentados por la parte, quien recurrió de tal providencia, no fueron decisiones traídas de los cabellos, sino con base en lo alegado por la parte que recurrió. Además, debo hacer hincapié en que si los organismos supremos de la jurisdicción tanto de lo contencioso como la justicia o entidad denominada Corte Suprema de Justicia hayan decidido sobre estos puntos objeto del proceso, pues necesariamente deben tenerse como doctrina y por ello mi decisión. Ahora en cuanto a que el honorable Magistrado considere que hubo reforma o adición a la decisión del *adquem*, pues necesariamente la providencia explica por demás los motivos que se tuvieron para ello y no por arbitrariedad ni criterio deformado, sino con el ánimo de buscar siempre el equilibrio y la equidad para la aplicación del derecho" (Fls. 197, 198, 202, 203 y 207 del cuaderno principal).

En su ampliación de indagatoria recalcó la buena fe con que procedió y dio, de otra parte, explicaciones satisfactorias, acompañando constancias escritas, acerca del vehículo que adquirió en el año de 1978 y del viaje que realizó con su familia a la ciudad de Barranquilla, pues el apoderado de la parte civil había aludido a estas situaciones al interrogar a uno de los testigos (Fls. 301, 321, 322, 323 y 324 del cuaderno principal).

Cerrada la investigación, los representantes de los sujetos procesales presentaron en sus respectivos alegatos de conclusión sus planteamientos y puntos de vista, en relación con el comportamiento del juez Parada en estos hechos. Otro tanto hizo el señor Fiscal Tercero del Tribunal en su concepto.

El apoderado de la parte civil hizo especial énfasis en el análisis de la indagatoria del procesado y en las jurisprudencias de la Corte y del Consejo de Estado, en que dice haber apoyado su auto de 23 de abril de 1980, para decir de aquélla que es una "lamentable pieza por la mala e incongruente justificación de sus hechos", y de éstas que no son aplicables al caso, que conducen a conclusiones precisamente contrarias a aquellas que de las mismas deriva el juez para constituirlas en soporte de su auto y en explicación de su conducta.

Encuentra graves indicios en la celeridad con que profirió la sentencia de primera instancia, escasos once días, y las tardanzas que luego tuvo para tomar decisiones cuando se trataba de ejecutar la sentencia que revocó la suya.

Afirma que mediante el citado auto de 23 de abril de 1980, el juez sí modificó lo resuelto por el superior en sentencia ejecutoriada y que la hizo "con conciencia de su injusticia", y que de esa manera incurrió en los delitos de prevaricato y abuso de autoridad en concurso material, por los cuales debe ser llamado a responder en juicio, pues se llenan a cabalidad los presupuestos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para adoptar esa decisión (Fls. 326 a 336 del cuaderno principal).

Por su parte el defensor solicita que se sobresea definitivamente a su patrocinado por estimar que su comportamiento no fue delictivo, ya que "al proferir la resolución que actualizó la condena, lo hizo de buena fe y en ejercicio de la obligación legal que tienen los jueces de interpretar la ley, de manera que como consecuencia de ese proceso analítico el funcionario esté en capacidad de aplicarla sobre presupuestos de justicia y equidad".

Alude a las decisiones jurisprudenciales de la Corte y del Consejo de Estado sobre esta materia, para concluir que el juez lo que buscó, bajo la inspiración de ellas, fue encontrar el equilibrio económico entre las mutuas prestaciones de las partes, pues la pérdida del valor adquisitivo de la moneda afectaba notoriamente, por el transcurso del tiempo, la restitución del dinero que debía serle devuelto a la parte vencida en juicio si no se verificaba previamente su actualización.

Aportó fotocopia del Acta número 9 de la Comisión Redactora del Código Penal, correspondiente al año de 1979, en la cual, al estudiar el tema de la responsabilidad civil derivada del hecho punible, se trató el aspecto de la actualización de la sanción pecuniaria atendiendo a la desvalorización de la moneda, criterio que quedó establecido en los artículos 106 y 107 del Código Penal vigente (Fls. 340 a 345 y 373 a 386 del cuaderno principal).

El representante del Ministerio Público, en vista fiscal, cuyos aspectos centrales transcribe el auto de proceder por compartirlos el Tribunal, impetra el enjuiciamiento del procesado por el delito de prevaricato el encontrar tipificada la infracción y hallar elementos de juicio suficientes para predicar la responsabilidad de aquél.

Hace un pormenorizado análisis de las diferentes pruebas y piezas procesales, especialmen-

te de la indagatoria y del auto de 23 de abril de 1980, para deducir de ello que éste es "un auto que procesalmente es contrario, ostensiblemente opuesto a la ley y a los principios del proceso", pues a través de él introdujo un tema, el de la devaluación monetaria y su corrección por razones de inflación, "que ni siquiera fue planteado en las instancias y que en el recurso de casación no fue objeto de presentación tendiente a quebrantar la fuerza del fallo del Tribunal", creando así "un procedimiento *ad libitum*", "oponiéndose a la fuerza de la cosa juzgada en fallo ejecutoriado y tomando decisiones posteriores al mismo que más parecen un nuevo proceso —irregular naturalmente—, que el trámite de cumplimiento de la sentencia".

Con cita y comentarios de diversas normas del Código de Procedimiento Civil (artículos 152, numeral 3º, 304, 305, 309, 331, 332 y 362), concluye que el tema objeto del auto dictado por el juez competente a la órbita del pronunciamiento de las decisiones judiciales, no al momento de su ejecución y que frente a una decisión en firme del superior, no puede el inferior hacer cosa diferente de cumplirla estrictamente, so pena de generar incluso una nulidad.

Como el juez no podía desconocer la existencia, ni tampoco el sentido de esas normas, "su procedimiento irregular, afectando la fuerza de la cosa juzgada, fue verificado con plena conciencia de su inadmisibilidad legal" y por ello debe responder de su conducta.

Planteamientos del Tribunal

Desde los comentarios iniciales del auto enjuiciatorio, empieza el Tribunal por destacar que el tema de la corrección monetaria aplicada al caso que se ventiló en el juicio civil no se planteó en las instancias y que el Tribunal al proferir su fallo lo ignoró, pues ordenó a la sociedad demandante devolver a la demandada el precio que de ella había recibido, concretándolo a la exacta suma de $ 4.391.268, "lo que clarifica deslumbrantemente la nueva situación que se desprendía del fallo y en que quedaban colocadas las partes".

Recuerda que la sentencia de segunda instancia fue objeto del recurso de casación, el cual no prosperó, con lo cual dicha decisión "era inmodificable, pues recibía el indesquiciable sello de la cosa juzgada. Las declaraciones del *ad quem* ya no podrían ser sometidas a cuestionamiento alguno, pues que sólo objeto de cumplimiento pleno eran".

Refiriéndose a las incidencias posteriores al fallo, registradas en la etapa de su cumplimiento en el juzgado a cargo del doctor Parada Martínez, dice que ellas constituyen la objetividad del delito de prevaricato que se le imputa: Razona así el Tribunal:

"Tal se estudiará y puntualizará en la parte respectiva de esta providencia, aquellas incidencias procesales de ocurrencia en el juzgado *a quo* son el arco toral del delito de prevaricato a que dio vida el antijurídico y reprochable proceder del señor juez sindicado, doctor Parada Martínez, pues que en arbitraria y franca rebeldía, no sólo a la voluntad jurisdiccional de los superiores jerárquicos, sino también frente a precisas normas del procedimiento civil que disciplinan los aconteceres del proceso, vierte su injusta voluntad en un auto interlocutorio para modificar sustancialmente un fallo emanado del despacho superior al suyo y protegido por la incolumidad de la *res judicata*.

Analiza el Tribunal pormenorizadamente la indagatoria del procesado, para poner de relieve su experiencia en la judicatura y su amplia versación en la ciencia jurídica, como profesor que es, y para destacar que fue evasivo en sus respuestas frente a preguntas concretas que le fueron formuladas y que cayó en "profundas contradicciones" cuando afirma, de una parte, que el juez carece de arbitrio para separarse de la decisión de su superior, pero se refugia, luego, en la exculpación de la equidad para escudar su conducta.

Al estudiar la procedencia del delito de prevaricato realiza el Tribunal un análisis comparativo de las normas que lo describen en el Código derogado y en el vigente para concluir que la disposición aplicable a este caso es la del nuevo estatuto penal (artículo 149), en la cual encuentra incurso el comportamiento del doctor Parada Martínez, pues al proferir su auto de 23 de abril de 1980, sustituyó con su personal criterio el claro mandato legal que le imponía cumplir llanamente lo ordenado por el superior, con lo cual se ubicó dentro de la objetividad del delito de prevaricato, que consiste en que el empleado oficial aplique "las funciones o facultades que la ley le ha dado para el cumplimiento de su deber, en la torticera empresa de producir hechos ilegítimos, antinómicos manifiestamente a lo que ordena la ley".

Comentando dicho auto dice que "las consideraciones que lo sustentan son, de una parte, declaración de principios respecto de las razones

de equidad en que se debe basar la aplicación concreta de la justicia, de otra, razonamientos sobre el criterio personalísimo del juez Parada en la interpretación de la ley, y el resto indicativos de los correctivos que se han de poner en funcionamiento en frente al fenómeno de la corrección monetaria".

Para el Tribunal, no existía ya oportunidad procesal para ordenar esa revaloración de la suma de dinero que debía entregar una de las partes a la otra, ni tenía competencia el juez *a quo* para hacerlo. A este respecto anota:

"Muy seguramente son ciertos los argumentos esbozados en decisiones de la honorable Corte Suprema de Justicia y del honorable Consejo de Estado a que se aferran sindicado y apoderado, y su aplicación, también muy seguramente, no podría revestirse de arbitrariedad o ilegalidad, si tales razonamientos y las resoluciones de respuesta a ellos, se hacen, no sólo en el instante procesal preciso y pertinente, sino también cuando se tiene competencia para proceder en tal forma. Lo que esta Sala del Tribunal no acepta, porque no lo puede aceptar, es el instante o momento procesal escogidos por el señor juez Parada Martínez para incrustarlos en resolución jurisdiccional, pues que ya el proceso ordinario había finiquitado con la disposición sentenciadora de la honorable Corte Suprema de Justicia, que colocaba sobre el fallo del honorable Tribunal el sello inamobible de la cosa juzgada".

El propio juez acepta en indagatoria que no existía norma expresa que le permitiera al inferior modificar una decisión de su superior jerárquico, "así quiera cualificar estas respuestas al llevarlas vanamente a explicación justificativa de la potestad con que el juez está revestido para interpretar la ley, y la obligación suya de oír las voces de la equidad para aplicar la justicia".

Como el Tribunal encuentra que la conducta del juez es típica, antijurídica y culpable, lo llama a responder en juicio por este delito y dispone su detención preventiva, pero no ordena materializarla porque se reúnen en su caso los requisitos que, en el evento de una condena, permitirían suspenderla condicionalmente (artículo 68 del Código Penal y 7ª de la Ley 17 de 1975, numeral 5º).

Por lo que respecta al cargo por abuso de autoridad, lo sobresee definitivamente, ya que, referido como está a un mismo comportamiento, éste queda subsumido por el de la prevaricación.

Comparte de esa manera el Tribunal la opinión de su Fiscal expresada en los siguientes términos:

"En cuanto al abuso de autoridad, digamos que el prevaricato es abuso de autoridad específico que recoge otras modalidades menores y subsidiarias de atentados contra la administración pública, por lo que no podemos imputarle por separado. Mírese que el Código Penal derogado en el artículo 171 decía que el funcionario que cometiese acto arbitrario o injusto era penado, pero 'fuera de los casos expresamente previstos como delito'. Por lo que el abuso de autoridad era un tipo legal de aplicación subsidiaria, en cuanto la conducta del sujeto activo cualificado no se recogiera en un tipo legal diverso y especialmente previsto".

Alegato de la defensa

El apoderado del doctor Parada Martínez explica, en extenso y bien concebido memorial, la conducta de éste, hace su valoración jurídica y solicita para él un pronunciamiento favorable.

Después de historiar los antecedentes del juicio civil que dio origen a la actuación final del Juez Quince Civil del Circuito, constitutiva de la conducta que aquí se investiga penalmente, y de reseñar la tramitación del proceso de ejecución de la sentencia que ordenó la resolución del contrato, entra a referirse al proveído, por medio del cual el juez acusado dispuso que antes de ser entregado el inmueble la parte gananciosa en el pleito civil debía consignar a órdenes del despacho el precio que recibió de la entidad compradora, pero en su valor real, esto es, actualizado con base en el precio del gramo oro a la fecha de la ejecutoria de dicho auto. Advierte que el estudio de ese pronunciamiento judicial no puede hacerse fragmentaria o aisladamente, sino en su conjunto, única manera racional, lógica y jurídica de poder comprender su significado para poder fijar luego los alcances de la conducta del juez frente a las normas penales que el Tribunal encontró infringidas.

Para ello, transcribe y comenta ampliamente los diversos planteamientos que ante el juez hicieron quienes llevaron la representación de las partes en el juicio civil, para deducir de ese acopio de información e ilustración que la decisión de aquél "no fue improvisada ni apresurada, sino por el contrario, fruto de un reposado examen de la cuestión sustancial", sometida a su consideración.

Hace especial énfasis en que al juez se le puso de presente en forma reiterada que se trataba de la resolución de un contrato de compraventa, que se le recalcó en la naturaleza conmutativa de este y en los efectos de su resolución, los cuales revierten al momento de la celebración del acto jurídico, que se le recordó la necesidad de mantener el equilibrio entre las mutuas prestaciones de las partes, que se le adujeron pronunciamientos de la Corte y del Consejo de Estado, en los cuales se propugna la necesidad de tener en cuenta el valor adquisitivo de la moneda cuando se trata de obligaciones que debiere pagarse en dinero para actualizar su valor, si es que ha decrecido en razón del transcurso del tiempo y de las condiciones económicas imperantes en el interregno, que el juez procedió a ordenar esa actualización del valor real del precio no *motu proprio* sino en virtud de solicitud de la parte perdedora en el proceso de resolución del contrato y, finalmente, que el representante del demandante en ese juicio, aunque ha afirmado que la otra parte se benefició del inmueble, mientras permaneció en su poder, no aportó prueba de que ello hubiere sido así y que, al contrario, lo que hizo durante todo ese tiempo la sociedad vencida en juicio fue pagar impuestos prediales, conservar la posesión del terreno y habilitarlo mediante obras de relleno y drenaje que contribuyeron a su valorización.

Acerca de este tema de la corrección monetaria cita apartes de la obra de Fernando Fueyo Laneri, para quien, si no hay corrección, no hay extinción efectiva de la obligación, sino aparente, pues el pago, para ser tal, ha de ser "exacto", íntegro, completo.

Todo esto le permite conjeturar que si la conclusión de la sentencia en el juicio de resolución hubiese sido la contraria, la parte hoy vencedora estaría alegando a su favor y en contra de "Corpacero" lo que hoy repudia, o sea la real equivalencia de las correlativas obligaciones.

Respecto de la expresa alusión que el juez sindicado hace en su auto al momento procesal en que estaba actuando, o sea el de la ejecución de la sentencia, manifiesta que allí se encuentra no la prueba del dolo, de la malicia, de la mala fe, como se dice en el auto de proceder, sino la evidencia de la íntima convicción de quien sabe que está obrando conforme a derecho.

Analiza el auto de proceder dictado por el Tribunal para hacer, entre otros, estos comentarios:

a) Dada la naturaleza de la controversia jurídica planteada en el proceso civil (resolución o no resolución del contrato), no era lógico suscitar, durante el desarrollo del juicio, el tema de la corrección monetaria, pues las partes no iban a restar fuerza a su respectiva tesis central con una subsidiaria tendiente a obtener que, en caso de ser desestimada la principal, se ordenara a la otra parte cumplir su obligación reajustada monetariamente.

Ese tema, precisamente por no haber sido debatido en las instancias, tenía que serlo en el momento de ejecución de la sentencia que es cuando surge "con nitidez de evidencia el desequilibrio económico que se patrocinaría de no aceptarse la corrección". Recuerda que en la jurisprudencia de la Corte que se le transcribió al juez se anota que, aún sin petición de parte, el juzgador debe proceder a subsanar los efectos de la desvalorización monetaria cuando del cumplimiento de obligaciones pecuniarias se trata y que en ella no se circunscribe esa posibilidad a un determinado momento procesal;

b) Respecto del interrogatorio a que fue sometido el juez en su indagatoria por el Magistrado sustanciador, el cual califica más bien de "un examen de derecho procesal civil", expresa que su único objetivo parece haber sido el de buscar que el doctor Parada Martínez aceptara que, con su auto, había revocado, adicionado o reformado la sentencia del superior. Como esto no se produjo, ni el indagado pudo señalar norma alguna que le permitiera proceder de esa manera, no se dio mérito a sus explicaciones en cuanto a que, si el derecho sustancial va a resultar quebrantado y esto puede evitarse acudiendo a la interpretación de la norma que va a aplicarse, así debe hacerlo el juez consultando para ello los principios generales de la equidad y de la igualdad entre las partes;

c) En cuanto a la apreciación del Tribunal referente a que el fallo civil fijó con precisión la suma que debía ser devuelta por la parte ganadora del pleito, estima que lo que allí se hizo fue transcribir la cláusula del contrato donde se señalaba ese guarismo, que fue el precio del inmueble al momento de la compraventa ($ 4.391.268.00), pero sin que se estuviese dando "una indicación obligatoria o vinculante para el funcionario que debía efectuar la sentencia";

d) Glosa la forma como el Tribunal analiza los elementos integradores del delito de prevaricato, para afirmar que aunque los enuncia en

forma abstracta y en ese terreno los define no desciende luego a comprobar si efectivamente se dan en el caso concreto de la conducta atribuida al doctor Parada Martínez.

Con especial atención estudia el señor defensor del doctor Parada Martínez el elemento subjetivo del delito de prevaricato, que fue en definitiva el que motivó el enjuiciamiento apelado.

Con citas de tratadistas y con comentarios propios recuerda cómo el dolo, forma de culpabilidad, no se puede reducir a un solo y simple fenómeno psicológico, sino que tiene que apuntar igualmente a la conciencia de un obrar contrario al derecho, o más precisamente a la conciencia de la antijuridicidad, pues al dolo no puede serle ajena "la importancia ético-jurídica de la conducta". Por eso dice que "tanto en la valoración jurídica como en la del buen sentido, el juicio de culpabilidad no es otro, en el fondo, que el juicio sobre el modo de ser o de comportarse la voluntad de un sujeto frente a una norma que le impone o le prohíbe un cierto comportamiento, y ese juicio, tiene, debe tener, un inmenso y profundo contenido ético-jurídico para que pueda denominársele como culpabilidad —elemento del ilícito penal—".

Censura las decisiones judiciales alejadas de la realidad, constituidas en soluciones de hipótesis de delito, no en valoraciones de concretos comportamientos humanos que son los que conforman el objeto de los procesos penales.

Se aparta de la concepción mecanicista de la acción para entenderla, orientada hacia la violación del bien jurídico protegido, pero no en forma genérica o abstracta, sino desde el punto de vista del especial modo como la ley ha considerado jurídicamente relevante esa lesión.

Al respecto dice: "El valor de la acción no consiste simplemente en el resultado, sino en la actitud de la voluntad que se objetiviza en la acción. La lesión del bien jurídico desprendida del comportamiento humano no puede constituir ilícito, ya que el comportamiento humano es el elemento esencial de la lesión del bien. La relevancia de la acción para el derecho penal depende no tanto de su eficacia causal para la lesión del bien, como del significado de su intencionalidad. La valoración jurídica no se refiere a un proceso causal, sino directamente al significado y al contenido del querer de este proceso como fenómeno de la vida de relación. Se reitera, la diferente intención con la cual un mismo acto es cumplido puede mudar radicalmente la cualidad o la portada jurídica del hecho".

En relación con el objeto del dolo, analiza el evento o resultado, tanto en sus concepciones naturalística y jurídica, como en la nueva presentación del "evento significativo".

A este respecto transcribe de la obra del gestor de esta posición importantes aspectos, de los cuales se entresacan los siguientes:

Para el tratadista Antonio Pagliaro, por evento significativo ha de entenderse "el sucederse exterior en su significado humano y social. No es el puro y simple dolo naturalístico, no es el fruto de una valoración jurídica ni prejurídica. El es la modificación del mundo humano en que se sustancia el aspecto exterior del delito. La correspondencia entre el significado del evento y el significado descrito en la figura legal del delito determina la tipicidad de la conducta ilícita en su aspecto objetivo.

Destaca el autor la importancia de la actitud subjetiva del agente en relación con el resultado, la cual, frente a un mismo aspecto material de comportamiento, puede dar lugar a una hipótesis delictiva o hasta un hecho penalmente lícito. Por eso dice: "No son en absoluto raros los casos, en los cuales el mismo comportamiento exterior realizado por el agente con conciencia y voluntad puede integrar, de vez en vez, un hecho lícito o un hecho ilícito de diversa naturaleza. El significado diferente de la acción no depende, entonces, en tales hipótesis, de la diversidad del elemento material, sino de la diversidad del significado que puede impulsar el querer en la realización de aquel elemento material".

Entonces, para que el sujeto obre con dolo, anota el autor citado por el defensor, "no basta que él haya querido una cierta situación naturalística; ocurre que esta volición haya estado iluminada por la conciencia del significado humano y social que acompañaba aquella situación naturalística".

Aplicando esas enseñanzas al caso concreto, destaca la importancia de consultar la actitud subjetiva del doctor Parada Martínez frente a la actuación judicial que cumplió, en cuya apreciación, al parecer simplemente objetiva, se ha querido encontrar su prevaricación, pues, dada la naturaleza de este delito, es necesario comprobar "la tendencia de la conducta hacia la realización de un resultado, no simplemente objetivo, material, físico, sino que debe contener aquel inmenso y profundo significado de ser manifiestamente contrario a la ley", expresión en la que

se ve, con claridad, que la acción prevaricadora tiene que ser una acción subjetivamente significativa en el sentido de que el enfrentamiento de la decisión con la norma, distinta desde luego de la penal, tiene que tener un significado social y normativo que le dé el colorido de ilicitud que exige el prevaricato, y que es precisamente el factor que sirve para distinguir aquellos resultados que si bien desde el punto de vista puramente formal u objetivo, tendrían las connotaciones de la contrariedad a la ley, como es el caso de las nulidades, sin embargo, les falta para constituir prevaricato la tendencia u orientación de la conducta (dolo) que quiere, que busca, que persigue realizar un acto 'manifiestamente contrario a la ley'.

Expresa el defensor, apartándose desde luego de las apreciaciones en contrario del Tribunal, que el doctor Parada no "escogió" momento procesal para actuar ni lo hizo por propia iniciativa, sino a instancias de una de las partes y en la oportunidad en que ésta lo hizo, que fue cuando se procedió a ejecutar la sentencia y se advirtió, por lo mismo, de una manera real, "la desproporción inmensa entre las prestaciones a que conducía la resolución del contrato decretada por el Tribunal". Disiente el apoderado de la valoración que se ha hecho de la motivación del auto dictado por el procesado, pues no pueden tenerse como "sofismas", ni como simples "criterios personalísimos" los razonamientos contenidos en esa parte motiva, pues ellos descansan en las normas generales de la equidad, la buena fe en la ejecución de los contratos, el enriquecimiento sin causa y el equilibrio de las partes.

Para desentrañar la razón por la cual el juez entendió que el Tribunal, al ordenar la devolución del inmueble a la parte ganadora con todas sus mejoras, esto es, valorizado, había decretado la devolución a la otra del dinero que había entregado como precio, pero actualizado, dice el defensor comentando el auto del juez:

"Es de elemental lógica la motivación de la providencia: 'Si el Tribunal, posiblemente piensa el juez, con apoyo en los indicados principios, advirtió que el inmueble cuya devolución ordenaba, era un inmueble supervalorizado, pese a que no se dijo nada en forma expresa, en la sentencia, lo lógico, lo obvio, lo equitativo, lo justo era también, y sin haberlo dicho tampoco expresamente, se infiere del mismo cuerpo de la sentencia, que así como una de las partes iba a recibir un inmueble que valía, en el momento de su entrega, quinientos o más millones de pesos, también quien lo iba a recibir, o por qué no decirlo, a comprar en ese momento —que esas eran las consecuencias de la resolución del contrato—, debía pagar, no la módica suma de cuatro millones de devaluados pesos, sino su justo precio que era infinitamente superior al acordado diez años antes' ".

Se extraña el defensor de que, a pesar de que el Tribunal insinúa hasta una nulidad del auto del juez, pues procedió, a su juicio, sin competencia y contra providencia ejecutoriada del superior (artículo 152, numerales 2 y 3 del C. de P. C.), ni la parte interesada la hubiese propuesto ni hubiese sido declarada.

Cree encontrar en el siguiente razonamiento el motivo por el cual el apoderado de la "Urbanizadora Montevideo", prefirió acudir a la vía penal y no a la civil de la nulidad, si es que creía que el juez había actuado sin competencia o sin facultad para ordenar el reavalúo del precio que debía devolver: Como interpuso el recurso de reposición en contra de la decisión del juez lógicamente estaba suponiendo su competencia y aspiraba a que le fuera resuelto favorablemente. Pero ya que lo usual acontece ser que los funcionarios no reponen sus providencias, lo denunció penalmente, con lo cual, de un lado lo inhabilitaba para seguir conociendo del asunto y le impedía la posibilidad de que variara de criterio quedando en pie el presupuesto de la prevaricación, y de otro lado advertía al otro juez a quien le correspondería conocer del incidente que si no reponía correría igual suerte.

Se colocó de esa forma al juez Parada en la situación de ejecutar un "prevaricato por fuerza mayor", pues se le situó en la "imposibilidad absoluta de no prevaricar", pues "se le impidió, a través de la recusación propuesta con base en la denuncia, poder corregir su error, para el caso de que así lo hubiera considerado, revocando su propio auto, situación que seguramente sus denunciantes no habrían podido aducir como causal de recusación", y quedando desprovistos de la posibilidad de denunciarlo penalmente, pues el sólo hecho de reponer no implicaba que hubiera prevaricado, ya que si así fuera, todos los errores de los jueces detectados por su superior al revocarles providencias exigirían la apertura en su contra de una investigación penal, pues la situación y consecuencias son iguales en uno u otro casos.

A manera de conclusiones presenta el defensor al final de su escrito un resumen de sus diversos

planteamientos, de los cuales hace especial énfasis en los siguientes:

1º Entre las legislaciones penales anterior y actual no hay diferencia sustancial en lo que respecta a la estructura del delito de prevaricato, pues si bien se suprimió la expresión "a sabiendas" que traía la anterior, la nueva norma incluye la exigencia de que el acto jurídico que profiere el funcionario sea *manifiestamente* contrario a la ley, con lo cual se está exigiendo un especial conocimiento de esa divergencia entre la decisión que se adopta y la que debía tomarse de acuerdo con la ley. Con esa expresión "quiso el legislador que la conducta prevaricadora llevara la carga necesaria de dolo para que el hecho pueda considerarse como prevaricato. Ese *manifiestamente* contrario a la ley, no se lo puede entender como un simple enfrentamiento formal, sin ningún contenido psicológico doloso entre la resolución o dictamen y la norma jurídica que se le contrapone".

2º Aludiendo a los componentes del dolo, o sea la conciencia y la voluntad con que debe proceder el agente para que se pueda predicar esta forma de culpabilidad, vuelve sobre la teoría del evento como trasunto significativo para reafirmar su criterio en cuanto a la eficacia de esta concepción del resultado en orden a explicar los llamados delitos *de tendencia,* en los cuales "la culpabilidad no se agota en un simple proceso psíquico de la voluntad, sino que debe estar cargada, coloreada, impregnada de ese especialísimo *significado* de antisocialidad, de dañosidad que es lo que hace que sea *manifiestamente* contraria a la ley".

Como corolario de ellos impetra la revocatoria del auto de proceder para que en su lugar se sobresea definitivamente a su defendido por inexistencia del delito de prevaricato por el que se le enjuicia, ya que no se dan sus elementos esenciales "especialmente el dolo, que la ley exige como factor insustituible para su existencia".

Concepto del Ministerio Público

Después de hacer una amplia y completa reseña de los hechos y de señalar los aspectos fundamentales de la tramitación del juicio civil que originó la posterior acusación penal contra el Juez Gabriel Parada Martínez, y luego de comentar los planteamientos centrales contenidos en el alegato de la defensa, hace el Procurador Tercero Delegado en lo Penal las siguientes consideraciones en relación con este caso:

Es incuestionable y así lo acepta el juez en su indagatoria que la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, cuya ejecución tuvo encomendada el doctor Parada había hecho tránsito a cosa juzgada al no haber sido casada por la Corte, de donde se deduce que ya no podía ser modificada, adificionada o revocada por el funcionario encargado de su cumplimiento.

Ninguna de las pautas contenidas en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, era aplicable al caso, pues se trataba de la ejecución de un fallo ejecutoriado, cuya claridad y precisión no requerían interpretación alguna, la cual se supone debió haber sido hecha, de haber sido necesaria, por los juzgadores en las instancias. Por tanto, el Juez Parada Martínez al entrar a interpretarlo y tomar la decisión que adoptó desconoció la garantía constitucional del debido proceso "en abierto desacato al principio universal de la cosa juzgada y las decisiones inmodificables del superior".

El tema de la corrección monetaria no fue planteado ni debatido en las instancias, de donde resultaba insólito considerarlo al entrar en el terreno del cumplimiento de la sentencia, momento procesal el más inoportuno para dilucidar un fenómeno económico-jurídico de tanta trascendencia en las relaciones prestacionales de las partes.

Las jurisprudencias de la Corte y del Consejo de Estado que le fueron invocadas por una de las partes no tienen aplicación precisa al caso controvertido, y si bien es cierto que dicha parte le brindó al juez estos apoyos jurisprudenciales para que en ellos fundamentara su decisión, no lo es menos que el representante judicial de la contraparte los controvirtió, aducienno argumentos para hacerle notar al funcionario su inaplicabilidad al caso debatido, ya que los efectos del deterioro de la moneda los debe sufrir la parte incumplida.

El respeto a la cosa juzgada, principio consagrado de manera expresa en el Código de Procedimiento Civil (artículo 332), no podía pasar desaparecibido para un funcionario experimentado como el doctor Parada, "quien además alternaba su oficio de juez con la cátedra en estas materias".

Esa garantía de la estabilidad de las decisiones judiciales se vería seriamente amenazada si el funcionario, al momento de hacerlas cumplir, las modificara sustancialmente, so pretexto de interpretarlas, y fue eso lo que hizo el doctor

Parada Martínez, pues "pretendiendo restablecer el equilibrio en las obligaciones recíprocas de las partes" modificó de tal modo la decisión del superior "que le reconoce a la parte vencida en el litigio una amplia corrección monetaria que surge de la diferencia del valor del gramo oro ($ 21.03, el 3 de septiembre de 1970 y $ 577.91, el 10 de octubre de 1979)", "con lo cual se cambió en el fondo, un fallo ejecutoriado claro en sus fundamentos y conclusiones".

Es cierto que el proceder contra decisión ejecutoriada del superior entraña nulidad de orden legal (Art. 152, numeral 3º del C. de P. C.), pero de allí no puede afirmarse "que el acto formalmente nulo sea jurídicamente irrelevante para configurar el delito de prevaricato".

A este respecto agrega: "Esta infracción exige que el empleado oficial, a conciencia de la ilicitud de su acto profiera decisión contraria a la ley con la inequívoca voluntad de producirla sin que para tal caso interese que el acto así producido resulte posteriormente invalidado, pues lo que la ley reprime a título de dolo es la conciencia y voluntad del agente en la producción de una decisión manifiestamente contraria a la ley".

En el caso presente, "la manifiesta ilicitud del acto fluye de la modificación sustancial de una decisión judicial amparada por una presunción de legalidad".

De todas esas apreciaciones deduce el Procurador la "incorrección moral" del juez Parada Martínez en la solución del caso que tuvo a su consideración, por lo cual solicita que se confirme el auto de llamamiento a juicio, proferido en contra suya.

Consideraciones de la Corte

En relación con el delito de prevaricato por el cual está llamado a responder en juicio el doctor Gabriel Parada Martínez, se tiene que afirmar que su elemento objetivo o material se presenta a cabalidad en este caso.

En efecto, *el juez no podía tomar la decisión que adoptó y que se tradujo, así él lo entendiera de otra forma, en una variación sustancial en cuanto a uno de los aspectos del cumplimiento del fallo, concretamente el relacionado con el precio que la parte actora debía devolver a la parte demandada, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa y consiguiente restitución de las cosas a su estado anterior.*

Se estaba en presencia de una decisión ejecutoriada, emanada de autoridad superior, encomendada al juez procesado única y exclusivamente para su cumplimiento, y determinada no solamente por la naturaleza de la prestación, o sea la restitución del precio, sino por la indicación exacta de su monto, esto es, $ 4.391.628.00, decisión que, por lo demás, ostentaba el sello de la ejecutoriedad y por lo mismo su intangibilidad y entrañaba su obligatoriedad.

Aparte de eso, el tema de la actualización del precio no fue discutido en las instancias y aunque figuró en la demanda de casación, no se le elevó a la categoría de motivo de impugnación del fallo (Fl. 25 del cuaderno de la Corte). El Tribunal, al abstenerse de conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá y mantenido en su vigor por el Juez Dieciséis al no reponerlo, indicó que la improcedencia del recurso obedecía a que la condenación hecha en la sentencia había sido en concreto y que, por tanto, no era susceptible de liquidación (Fls. 48 y Vto. y 55 y Vto. ibidem*).*

En esas condiciones el fallo era intocable y el juez debió haberlo ejecutado de acuerdo con sus términos, sin entrar a interpretarlo.

Es que por esta vía fácilmente se llega al desconocimiento de la voluntad del sentenciador y se pone en peligro la seguridad de las decisiones judiciales, la cual es consecuencia de la intangibilidad de la cosa juzgada y garantía de los derechos ciudadanos y por lo mismo de la armonía entre las personas en sus relaciones jurídicas.

Por el aspecto que se viene analizando el auto de 23 de abril de 1980, que dictó el juez Parada Martínez contraría objetiva o materialmente la ley, pues no podía proferirse, ya que no se tenía facultad para hacerlo ni era la oportunidad procesal para decidir ese tema objeto del mismo.

No ocurre otro tanto desde el punto de vista del aspecto subjetivo del delito, pues los elementos de prueba existentes, valorados en su conjunto, permiten aceptar que el juez acusado obró de buena fe cuando procedió a ordenar que fuera actualizado en su valor el precio entonces desvalorizado por el transcurso del tiempo y por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. En otros términos, no lo hizo con clara conciencia de que violaba la ley y producía una resolución manifiestamente contraria a ésta, sino que creyó más bien que la aplicaba correctamente al interpretar ese punto de la sentencia. Según su personal apreciación, no estaba reajustando el

precio, sino actualizándolo de acuerdo con el poder adquisitivo de la unidad monetaria en ese momento.

Conviene recordar que, aunque con una tardanza que puede encontrar explicación en el hecho de que no se trataba del cumplimiento de una obligación simple y llana, sino con la implicación de la entrega de un extenso globo de terreno que exigía seguramente contar con las disponibilidades de tiempo del despacho frente a otras diligencias por cumplir, además del volumen de trabajo del juzgado, el juez dictó el auto de acatamiento a lo ordenado por el superior y fue dando todos los pasos conducentes a su cabal cumplimiento.

La secuencia de las diligencias practicadas, según minuciosa relación que registra la diligencia de inspección judicial verificada sobre el proceso civil (Fls. 236 a 246 del Cuad. Ppal.), indica que después de haberle sido remitido el expediente el 13 de marzo de 1979, el juez profirió el auto de cumplimiento el día 24 de abril de ese año, y a partir de esa fecha fueron confeccionados los oficios para la Oficina de Registro y para la Notaría, se ordenó su envío, se dispuso la liquidación de costas y agencias en derecho, se resolvió sobre la petición de entrega del inmueble hecha por la parte demandante, señalándola para el 21 de septiembre de 1979, todo ello dentro de términos que encuentran su explicación en el recargo de trabajo del juzgado, pues según diligencia de inspección judicial se amerita el crecido número de expedientes que entraban diariamente y el buen rendimiento del juzgado. Así por ejemplo, en el lapso de 28 días hábiles, que fueron los comprendidos entre el 14 de marzo y el 25 de abril de 1979, el siguiente fue el registro de negocios entrados al despacho: 14 de marzo = 52; 16 de marzo = 53; 21 de marzo = 45; 26 de marzo = 59; 2 de abril = 85; 4 de abril = 70; 6 de abril = 40; 16 de abril = 48; 18 de abril = 30; 19 de abril = 1; 20 de abril = 85; 23 de abril = 27; 25 de abril = 38 (Fls. 269 a 272 del cuaderno principal).

Cuando se tomó la decisión de suspender el envío de los oficios sobre cancelaciones a la Oficina de Registro y a la Notaría y dejar sin valor la fecha señalada para la entrega del inmueble, no lo hizo el juez por iniciativa propia sino porque así se lo solicitó el apoderado de la parte demandada, a fin de que se condicionara la entrega del bien primero a la consignación del precio y luego a su actualización.

En presencia de la última solicitud, la cual introducía un tema nuevo y que requería estudio, tardó ciertamente cerca de cinco meses para adoptar la decisión, pero los mismos planteamientos que desde sus respectivas posiciones le presentaron los apoderados de las partes indican que no era de fácil solución, además de que ese negocio no era el único que cursara en el despacho como se deduce por el flujo continuo de expedientes que quedó consignado en la diligencia de inspección judicial a que antes se aludió.

Ese propósito de cumplir lo resuelto en la sentencia dentro de los límites de tiempo que el otro trabajo judicial permitía dedicarle a éste y el no haber procedido inmediatamente ni por propia iniciativa a adoptar la decisión de la actualización del precio, además de su buena conducta según los declarantes (Fls. 257, 258, 275 del cuaderno principal), permiten aceptar sus explicaciones de haber procedido de buena fe, entendiendo que, por tratarse de la resolución de un contrato y de los efectos que ésta produce, el precio debía ser devuelto, pero en su valor actual, así como la otra parte recibía el inmueble con sus mejoras de toda especie.

No puede echarse de menos que, como consecuencia de la resolución del contrato la parte perdedora, además de la devolución del inmueble quedó también condenada al pago de perjuicios in genere, *y, por supuesto, al de las costas en ambas instancias, o lo que es lo mismo, que en esa forma recibía ya la sanción de su incumplimiento, sin que éste tuviera que acarrearle también la sensible disminución del valor real del dinero que le era devuelto.*

Todas esas circunstancias que seguramente tuvo de presente el juez, unidas a los pronunciamientos jurisprudenciales que le fueron invocados por la parte demandada y que, aunque se referían a indemnización de perjuicios y a convenios de las partes acerca de la revaloración de las obligaciones dinerarias, de todas formas trataban e introducían el tema, lo llevaron al convencimiento, errado desde luego, de que podía interpretar la voluntad del fallador como que el precio que se ordenaba devolver no era exactamente ese número de unidades monetarias que en el fallo se fijaba, sino convertidas a su valor real actual.

Como no se acreditó en el juicio civil que sobre el inmueble que se encontraba en poder "Corpacero" se hubiesen levantado construcciones, o estuviese habilitado, o rentando para su poseedor, sino que, al contrario, lo único que se comprobó en diligencia de inspección judicial fue

la existencia de unas cercas que, según los peritos, "no pueden ser catalogadas como mejoras" (Fl. 127 Vto. del cuaderno principal), y como tampoco el dinero consignado por "Urbanizadora Montevideo" le fue entregado a "Corpacero", sino que quedó a disposición del juzgado (Fl. 167 del cuaderno principal), no se advierte claramente cómo la tardanza atribuida al juez en sus decisiones tendientes a la entrega del inmueble, le reportara un evidente beneficio a la empresa vencida en juicio, como para afianzar en ello el convencimiento de que, al proceder de esa manera, lo hacía para favorecer a una parte o para perjudicar a la otra.

Como el delito de prevaricato exige que el sujeto agente profiera, a conciencia de su ilicitud, una decisión manifiestamente contraria a la ley, en este caso falta ese elemento subjetivo y se desintegra la figura delictiva predicada de la conducta del doctor Gabriel Parada Martínez, pues del análisis que de su proceder se ha hecho, se puede concluir que obró de buena fe al entender que, por tratarse de la resolución de un contrato eminentemente conmutativo como es el de la compraventa, el precio que la parte demandante tenía que devolver debía ser actualizado en su valor, así como la parte demandada retornaba el inmueble con todas sus mejoras y desde luego su valorización, so pena de afectarse el equilibrio en esas mutuas prestaciones.

Por ello, se impone revocar el auto de llamamiento a juicio para, en su lugar, sobreseer definitivamente en favor del doctor Gabriel Parada Martínez, por concurrir respecto de su comportamiento una causal de inculpabilidad (artículo 491 del C. de P. P., numeral 2º, en relación con el artículo 40, numeral 4º del Código Penal vigente).

En cuanto al sobreseimiento definitivo por el delito de abuso de autoridad, la Sala confirmará la decisión tomada por el Tribunal, ya que los mismos argumentos que sirvieron para desestimar el delito de prevaricato llevan a descartar el de abuso de autoridad en su forma activa; y en cuanto a su forma omisiva (artículo 172 del Código Penal de 1936) ya se dejó dicho que existen elementos de juicio que explican las demoras atribuidas al juez respecto del, proceso de cumplimiento de la sentencia que ordenó la resolución del contrato.

El juez entendió que no modificaba la sentencia al ordenar devolver el precio, pero en su valor actual, y estimó, todo ello equivocadamente desde luego, que no solamente tenía facultad para proceder así, sino que era su obligación hacerlo en guarda del equilibrio de las partes en sus recíprocas contraprestaciones, a saber: devolución del inmueble con todas sus mejoras y restitución del precio actualizado en su valor. La determinación que tomó en este último sentido no obedeció a su propia iniciativa, sino a la petición de la parte demandada y lo hizo orientado por las decisiones de la Corte y del Consejo de Estado que le fueron puestas de presente y en el entendimiento de que podía interpretar esa parte de la sentencia.

De tal forma que también respecto de este delito ha de aceptarse que falta el dolo, consistente en realizar con conciencia y voluntad un acto que se sabe arbitrario o injusto y que resulta perjudicial para alguna persona.

La calidad de juez para la época en que ocurrieron los hechos está debidamente acreditada en el proceso (Fls. 102 y 260 del cuaderno principal).

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve

1º REVOCAR la providencia de origen y fecha señalados, por medio de la cual se llamó a responder en juicio al doctor Gabriel Parada Martínez, por el delito de prevaricato, en razón de hechos cometidos cuando desempeñó el cargo de Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, y, en su lugar SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en su favor.

2º CONFIRMAR la decisión del Tribunal en cuanto dice relación con el sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Parada Martínez, respecto del delito de abuso de autoridad.

3º REVOCAR, así mismo, la medida de detención dispuesta en la providencia impugnada y ordenar que le sea devuelta la caución que prestó para disfrutar del beneficio de su libertad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECEPCION DE INDAGATORIA A PERSONAS AUSENTES DEL PAIS

La ley de procedimiento penal colombiano resguarda el ejercicio de esta función, en tal forma, que la adscribe siempre a los organismos judiciales, sin que sea dable llevarlas, aún en casos de excepción a los funcionarios consulares del país. A los fines del proceso es igual la situación de persona ausente del país, cuando se niega a regresar a él para atender las solicitudes de los jueces, que la de quien, estando en territorio patrio, rehusa presentarse ante ellos: a uno y otro no se les encuentra, y esto último es más concepto jurídico que noción física o material

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 18 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 60 de 17 de agosto de 1982.

Vistos

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al enterarse del contenido del auto de 1º de julio del año en curso, que declara cerrada la investigación y ordena oír a las partes, en este proceso adelantado al doctor Gilberto Cruz Villegas, ex Gobernador del Departamento del Cauca, actualmente embajador en Rumania, solicita la reposición de dicho proveído.

Sobre el particular, formalizando su crítica al emplazamiento del procesado, llevado a cabo por el instructor, advierte la incidencia de los artículos 400 y 731 del Código de Procedimiento Penal, disposición esta última complementada por la Ley 17 de 1971. De ahí que afirme: "En estas condiciones el Ministerio Público estima que como no se ignora el paradero del doctor Cruz Villegas, pues reside en sitio determinado de un país extranjero, debe librarse exhorto al señor Cónsul de Colombia en Bucarest, habida cuenta de la urgencia, para que oiga la diligencia de indagatoria del mencionado sindicado. Sólo cuando se haya cumplido tal formalidad se habrá vinculado legalmente al sindicado y sólo entonces se le habrá garantizado el derecho de defensa ...".

Consideraciones de la Sala

1. *Se afirma que la hipótesis relacionada con la* indagatoria *de procesado ausente del país, no la contempla la legislación procedimental colombiana, ni hay elementos de derecho internacional que puedan dar solución concreta al caso, máxime si el justiciable tiene calidad de diplomático.*

2. *El artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, que guarda una estrecha relación con el artículo 731* ibidem, *y en cierta forma clarifica el alcance de este último, circunscribe la actividad rogatoria, respecto de autoridades extranjeras, a la recepción de testimonios, esto es, a personas que tengan el carácter de testigos, tan diferente en todos sus aspectos al de sumariado.*

3. *El artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, señala como condicionantes de la gestión judicial allí contempladas, entre otras, la de estar el sindicado "*fuera del municipio *en que se practican las diligencias" de instrucción, pero en territorio colombiano; y, recaer el encargo en "*juez de la residencia *del sindicado", a quien la ley le otorga, a su vez, la facultad de ordenar y mantener su privación de libertad "en cuyo caso lo pondrá inmediatamente a disposición del juez comitente".*

4. *El artículo 731 de la obra en mención, se limita a indicar el trámite que debe observarse cuando se trata de librar exhortos "para obtener la citación o examen de* testigos, *y, en general, la práctica de cualquier prueba o diligencia", en el extranjero. Pero esta norma exige*

como presupuesto el que la ley, convención o uso internacional (Art. 730 ibidem*), autorice la práctica de esas pruebas o diligencias. Entre éstas, obviamente, no está la de recepcionar indagatorias, para nadie, y menos la que debe rendir un embajador.*

5. *El contexto legal de nuestro Código de Procedimiento Penal, se encamina a viabilizar toda clase de diligencias o pruebas, exceptuadas de las mismas, las que puedan tener el carácter de indagatoria.*

6. *No se mira procedente la recepción de* indagatoria *de personas ausentes de Colombia, acudiéndose para ello a los servicios de los cónsules. Las medidas que eventualmente pueden tomarse y que afectan al sindicado, la consecuencia de sus manifestaciones, etc., señalan la inconveniencia e incompatibilidad de atribuirles esta facultad. La ley de procedimiento penal colombiano resguarda el ejercicio de esta función, en tal forma, que la adscribe siempre a los organismos judiciales, sin que sea dable llevarlas, aun en casos de excepción, a funcionarios consulares.*

Y la tesis resulta procedente. En efecto, no es plausible convertir la actividad consular en despacho judicial de asuntos penales, *que llegaría a comprender notificaciones, emplazamientos y sustanciación de recursos, etc. El Cónsul carece de poder conminatorio, no posee capacidad de búsqueda directa, se ve impedido para solicitar la colaboración de las autoridades locales para estos fines y resulta impotente para conjurar la renuencia del sindicado a comparecer. No es razonable, de otro lado, que la justicia colombiana persiga por todo el mundo, mediante la utilización de sus cónsules, a quien se niega a concurrir ante los jueces nacionales. La limitación que establece el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, reducida por la doctrina a las etapas del sumario y del juicio, indica el sentido de la legislación colombiana sobre el tratamiento que debe darse a quien rehúye la personal presentación.*

No está dentro de los recursos y preocupaciones del procedimiento penal, trasladar sus jueces al exterior para oír a los sindicados evadidos o a diplomáticos incriminados. Esta acción directa, por fuera de las fronteras, así se cumpla en las propias misiones diplomáticas, no la asimila ni tolera la organización política de los estados extranjeros. Y menos puede afirmarse la posibilidad de un diplomático nacional oído en indagatoria por autoridades del país receptor, sabiéndose de la intransigencia internacional en asuntos de privilegios e inmunidades, apenas disminuida en acciones relativas a bienes inmuebles, sucesiones, ejercicio de profesión liberal o actividad comercial y reconvenciones. Igualmente duele a la dignidad de la representación y contraría las condiciones propias de la comentada diligencia, que un embajador somete a indagatoria a un cónsul o que éste interrogue, en este sentido, a aquél.

El derecho diplomático no se ocupa de esta hipótesis en forma precisa y definitoria, porque su solución está de otro lado: el regreso transitorio del embajador o cónsul, ordenado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, o el emplazamiento de rigor si esta dependencia oficial niega esta obligatoria colaboración, o el sindicado elude el compromiso.

No se comprende qué supremacía o virtud de más tiene el emplazamiento de alguien, estando en territorio patrio, pero desconociéndose su ubicación exacta o rechazando éste su presentación, y el que se realiza con persona ausente del país, cuando se niega, por cualquier motivo, a regresar. A los fines del proceso, a uno y otro, no se les encuentra. Y este último es más concepto jurídico que noción física o material.

7. En estas circunstancias, lo exigible era llevar a conocimiento del señor Embajador Cruz Villegas, así como a sus superiores, la necesidad de contar con su directo concurso ante el funcionario de instrucción, para que aquél diligenciase el permiso pertinente y la consecución de los medios estatales para cumplir con ese traslado; y, los segundos, disponer todo lo necesario y conveniente para facilitarle ese transitorio regreso al país, conforme a su pedimento, o para ordenárselo e imponérselo si llegaba a desentenderse de tal requerimiento.

El instructor, de manera reiterada, intentó el regreso voluntario del incriminado, ya dándole a conocer a éste esa exigencia, ya comunicando al Ministerio de Relaciones Exteriores esta situación y llegando, incluso, a informar debidamente el cumplimiento surtido. Al respecto pueden verse los folios 200, 225, 258, 259, 261, 284, 285, 288 y 290. También se le admitió, al procesado, la designación de apoderado —Fl. 266—.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, inicialmente intentó una interpretación como la que ahora auspicia el Ministerio Público —folio 200—. Superado este cruce de misivas y habiendo anotado la División de Asuntos Jurídicos

de la Cancillería, que "siendo del señor juez la decisión definitiva sobre el trámite a optar" —folio 259—, debió imponerse, por respeto a nuestras leyes y jueces, *ordenar y disponer* el traslado del señor embajador, al país. Sin embargo, la División de Asuntos Jurídicos —folio 285—, resolvió que la comparecencia del doctor Cruz Villegas, o su renuencia, quedaba a "su criterio".

Esta conducta, le merece a la Corte enfática censura, como consecuencia de las observaciones que al respecto se dejan consignadas.

8. Cuando a un procesado no se le puede hallar o no es posible hacerle concurrir ante el funcionario competente que le instruye proceso penal, así tenga residencia, domicilio o lugar de trabajo conocido, lo pertinente, si está vedada su captura, es regularizar el trámite del expediente, acudiendo al debido emplazamiento, ya que no es posible, por tal obstáculo, paralizar su prosecución. A los fines del proceso y en esta comentada hipótesis, vale tanto la renuencia *invencible* del sindicado a comparecer como el desconocimiento de su paradero.

9. El debido proceso, en el caso *sub examine*, está más que respetado y observado. Nada se está gestionando a espaldas o sin el constante y oportuno enteramiento del procesado, a quien por los medios que la ley prevé, se le ha solicitado para que comparezca personalmente a rendir indagatoria. Ha querido prevalerse de su condición de embajador, dignidad que le debió inspirar distinto comportamiento, como también de la tolerancia de la Cancillería. En circunstancias tales, la tramitación tenía que conducirse en la forma acertada como lo ha hecho el señor juez de instrucción.

10. Finalmente debe decir la Sala que la delegación de funciones propias a la recepción de indagatoria, implica igualmente la de realizar el emplazamiento de rigor, actividad que de otro lado constituye apenas una actuación de mero trámite, sin que comporte, como erradamente se ha creído por algunos funcionarios, la expedición de auto interlocutorio. Reconocer, tener o considerar a alguien como "procesado ausente", luego de las averiguaciones de rigor o los llamamientos pertinentes, traduce apenas una decisión de mera sustanciación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

No REPONE el auto de cierre de investigación y de oportunidad para presentar alegaciones. En consecuencia, vuelva a la Secretaría para que se surtan los traslados de ley.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario

Adición de voto

Al considerar la actitud censurable y punible de los funcionarios de la Cancillería, que intervinieron en este asunto, la ponencia original ordenaba expedir copias para averiguar penal y disciplinariamente, por los posibles delitos y faltas cometidos, a los señores Carlos Lemos Simmonds y Ramón Mantilla Rey. Esta opinión la mantengo no sólo como conveniente, sino necesaria y justa. Por eso la expreso en forma individual.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado

COMPETENCIA

El juez no deja de ser competente porque adelante el proceso luego de hallarse prescrita la acción penal, ya que de todos modos es el señalado por la ley para conocer de él; la causal de nulidad contenida en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sólo se refiere al juez que está usurpando la competencia que se ha conferido a otro

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 19 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 60 de agosto 17/82.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por medio de sentencia proferida el 3 de octubre de 1981, confirmó la del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta misma ciudad en que se condenaba a Carlos Eduardo Márquez Avellaneda por el delito de estafa, modificándola en el sentido de imponerle veintiún meses de prisión en lugar de los quince meses a que lo había sentenciado el juzgado y revocando el beneficio de condena condicional que éste le había otorgado.

Contra la sentencia del *ad quem* interpuso oportunamente el procesado, por medio de su defensor de oficio, el recurso extraordinario de casación que le fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala, ante la cual lo sustentó el recurrente por medio de la correspondiente demanda que, a su turno, se tuvo como ajustada a derecho. En el trámite se dio traslado a la parte no recurrente, en este caso la civil debidamente constituida en el proceso, que formuló el escrito de impugnación de la demanda que se resumirá más adelante.

Agotado el rito procesal, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse aquellos diciendo que Pablo Zapata Rodríguez dio en mutuo a Carlos Eduardo Márquez, la suma de trescientos sesenta mil pesos que éste le garantizó firmándole cuatro letras de cambio, tres de ellas por valor de cin mil pesos ($ 100.000.00), y la última por sesenta mil pesos ($ 60.000.00), fechadas a 23 de mayo de 1969 y con vencimiento a 30 de septiembre del mismo año. Así mismo le firmó dos cheques contra el Banco de Caldas por valor, cada uno, de ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00). Y, no contento con eso, se hizo pignorar la cantidad de 3.909 acciones por valor de $ 100.00 cada una, que tenía en la empresa "Grancolombiana de Inversiones y Negocios S. A. (Granisa)", de la cual el deudor era Gerente y a cuya Junta Directiva escribió una carta en que comunicaba que dichas acciones no podían ser transferidas sin el consentimiento del acreedor Zapata Rodríguez.

Como el pago de la deuda no se produjera en el término convenido el último de los nombrados instauró un juicio ejecutivo contra su deudor, pero como en dicho juicio se hubiera presentado el fenómeno de la perención (Art. 346 C. P. P.) el juzgado así lo declaró y levantó el embargo sobre las acciones, cosa que comunicó a los liquidadores de Granisa, los cuales procedieron a entregarlas, mediante oficio, cuyo portador fue el mismo procesado, Márquez Avellaneda, quien dispuso de ellas dejando así burlado a su acreedor.

Entre tanto en el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Bogotá, se adelantaba un proceso penal contra Pablo Emilio Zapata Rodríguez y otro, por denuncia presentada por Luis Vargas Lorenzana y en el cual se dispuso cesar todo procedimiento, providencia que fue confirmada por el Tribunal de Bogotá que, a su turno, ordenó sacar copia de lo pertinente para averiguar la conducta de Márquez Avellaneda,

lo que dio origen al presente proceso, que se adelantó ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta capital que, con fecha 9 de julio de 1980 dispuso, de acuerdo con su Fiscal, la cesación del procedimiento por considerar que la acción penal estaba prescrita, resolución que fue revocada por el Tribunal Superior, no obstante concepto favorable de su colaborador.

Adelantado el proceso, se llamó a juicio a Márquez Avellaneda por providencia de 27 de octubre de 1980. Y agotada la causa, se profirió sentencia condenatoria el 15 de junio de 1981, que fue, como ya se dijo, confirmada con modificaciones por el Tribunal Superior, por medio de la que es ahora materia del presente recurso de casación.

Demanda y respuesta de la Procuraduría

Dos cargos hace a la sentencia el demandante, ubicando el primero en la causal cuarta y el segundo en la primera de casación. Se resumen en seguida y, con cada uno de ellos, la correspondiente respuesta del Procurador Segundo Delegado Penal.

Primer cargo. Sostiene, en síntesis, el censor, que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de la jurisdicción, ya que, según él, se hallaba prescrita la acción penal cuando se dictó la sentencia recurrida.

Razona diciendo que "existen en el proceso dos fechas que han sido invocadas como las de consumación del hecho presuntamente punible. En efecto se afirma que la fecha es la del 23 de mayo de 1969, en la cual el señor Márquez firmó los documentos para garantizar el pago de una suma de dinero 'que le había prestado' Pablo E. Zapata, esta fecha de consumación la acepta la sentencia recurrida cuando dice: "Pues bien, de las pruebas en mención, legalmente allegadas al proceso, se deduce, con meridiana claridad que el condenado Carlos Eduardo Márquez Avellaneda, en desarrollo de su conducta típica, antijurídica y culpable (con dolo), indujo en error a Zapata Rodríguez, aparentándole una estrecha amistad, solvencia económica, posición social (según los autos Márquez Avellaneda fue gerente de prestigiosos clubes de la capital), gerente liquidador de 'Granisa', todo lo cual constituyen los ardides, artificios o engaños, para llevarlo a la falsa apreciación de la realidad, obteniendo un provecho ilícito, en su perjuicio, que son los elementos que configuran o tipifican el delito de estafa" (folio 57, cuaderno del Tribunal). "Y no podría ser la fecha del hecho, continúa diciendo el actor, porque para la tipificación del delito de estafa se requiere que las maniobras engañosas o ardides que inducen en error sean concomitantes o anteceden (sic) a la obtención del provecho ilícito, y es a esa fecha a la que se refiere el Tribunal, pues es antes del 23 de mayo cuando existía esa amistad y esa no era aparente sino real, importancia social y solvencia económica de mi defendido".

Agrega que para efecto de negar la existencia de la prescripción el Tribunal no toma la fecha mencionada sino una posterior, el 6 de abril de 1972 "en la cual Márquez solicitó se le entregara la parte que le correspondió de sus acciones en la liquidación de la sociedad 'Granisa' ".

Observa que este último comportamiento del procesado obedeció a un motivo legítimo, cual era una orden o disposición del Juzgado Diecisiete Civil del Circuito, que había levantado el embargo de las acciones.

Dice, además, que el contrato de prenda (se refiere al de las acciones), no se perfeccionó por no haberse cumplido el requisito que para ello establece el artículo 2411 del Código Civil, o sea la entrega de la prenda al acreedor.

Argumenta, más adelante, que el desembargo de las acciones no lo obtuvo Márquez, mediante ardides o engaños, sino que se presentó por culpa del propio demandante por haber dejado sin activar el juicio ejecutivo.

Luego expresa que si el auto de proceder, en el presente proceso, quedó ejecutoriado el 10 de marzo de 1981, esto vino a suceder cuando ya había prescrito la acción penal, bien se tomara como fecha de la comisión del delito el 23 de mayo de 1969, o el 6 de abril de 1972, fecha esta última que corresponde al desembargo de las acciones. Y reitera que ya para entonces habían transcurrido los siete años que como máximo para el delito de estafa señalaba el artículo 408 del anterior Código Penal.

Termina reiterando su solicitud de que "se case la sentencia recurrida por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad (causal cuarta del artículo 580 C. P. P.), por incompetencia de jurisdicción (numeral 1º del artículo 210 C. P. P.), y se ordene cesar todo procedimiento conforme a lo dispuesto por el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal".

Replica la Procuraduría diciendo que el proceso ejecutivo del delito, que el censor ha dividido caprichosamente en dos etapas, abarca desde el 23 de mayo de 1969 hasta el 6 de abril de 1972, y que es esta última fecha la que debe tomarse como "diez *a quo*" de la prescripción.

Y que como, según el artículo 410 del anterior Código Penal la pena del artículo 408 *ibidem*, se aumenta hasta el doble cuando la cuantía de lo estafado es superior a diez mil pesos, como ocurre en el presente caso, quiere decir que la acción penal no estaba prescrita cuando se dictó el auto de proceder, pues aún no habían transcurrido catorce años, no importa cuál de las dos fechas mencionadas por el actor fuera la de consumación del ilícito.

Pide, en consecuencia, que se deseche este cargo.

Segundo cargo. Lo proyecta el actor en el campo de la causal primera de casación y cita textualmente la primera parte de la misma, después de cuya transcripción, expone: "La sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 408 del Código Penal a una conducta no contemplada en el proceso".

Al demostrar la censura dice que no hubo por parte de Márquez Avellaneda "inducción en error, engaño ni maniobra ninguna para perjudicar al señor Zapata. Este había entregado ya el dinero. No fue la nota de pignoración de las acciones, la que lo obligó o indujo a entregarlo, ya la deuda existía y por otra parte esta actividad estaba constituyendo una obligación civil suficientemente garantizada".

Reitera que a ese comportamiento no podía aplicarse el artículo 408 del Código Penal anterior y agrega "no se trata de una interpretación errónea de la ley, o de la prueba, la sentencia en este aspecto reconoce meridianamente el hecho de que la conducta de Márquez el 23 de mayo de 1969, es perfectamente lícita y al aplicarle la disposición del artículo 408 del Código Penal, incurrió en una indebida aplicación de la ley y consecuencialmente dio lugar la sentencia a la causal de casación invocada".

Niega que el procesado hubiera aparentado amistad al denunciante, pues, dice, esa amistad existía verdaderamente y, además, tampoco simuló solvencia y posición, pues ambas las tenía. O sea, en síntesis, que la conducta de Márquez, según el actor, fue perfectamente lícita y que al aplicarle la norma que se deja citada, el Tribunal incurrió en indebida aplicación de la ley.

A esto replica la Procuraduría diciendo que el libelista ha incurrido en error de técnica al plantear este cargo, pues si estaba cuestionando los hechos, debió invocar la violación indirecta de la ley, pero si los aceptaba e invocaba la violación directa, debió comprobarlo mediante razonamientos de puro derecho.

Y que, como omitió precisar de cuál de las dos especies de violaciones se trata en el presente caso "resulta imposible, desentrañar el alcance del quebranto alegado".

No obstante, entra a analizar los argumentos del censor y hace hincapié en que el Tribunal mencionó como medios engañosos, de los cuales se valió Márquez para inducir en error a Zapata Rodríguez, la amistad, la mentida solvencia económica, el hacerle creer en la seriedad de la pignoración de las acciones "y la no menos importante de haberlo denunciado penalmente logrando que fuera condenado por haber tratado de cobrar el crédito simultáneamente con los títulos dados en garantía buscando por estos medios eludir el pago de lo debido, como en efecto ocurrió".

Rebate la afirmación del censor de que el contrato de prenda no se hubiera perfeccionado, a propósito de lo cual dice que la pignoración de las acciones se perfeccionó con el aviso que se diera al Gerente de la empresa de tal hecho, según lo declara este último, situación que era bien conocida por Márquez "quien, no obstante, se aprovechó de la orden judicial de desembargo para alzarse con los bienes que había denunciado en pago de la obligación contraída y que libre y voluntariamente había pignorado a su acreedor".

Solicita, en consecuencia, que también se deseche este cargo.

En extenso memorial, el apoderado de la parte civil, actuando como parte no recurrente se refiere a los cargos formulados por el actor a la sentencia para solicitar que se les deseche.

Respecto al primero de ellos, hace hincapié en la confusión de éste sobre la fecha de consumación del ilícito y acerca de la finalidad de la agravante consagrada por el artículo 410 del Código Penal del anterior Código de las Penas.

También rebate las consideraciones del demandante sobre la falta de competencia del juez y del Tribunal para conocer del proceso, prescrita como considera estaba, la acción penal, aseveración que niega rotundamente.

Y por lo que hace a la segunda censura, niega que haya habido indebida aplicación de la ley penal y señala que el actor ha incurrido en error de técnica al invocar la primera parte de la causal primera de casación, al tiempo que ataca la prueba, lo cual, dice, conduce a que se deba desechar la pretensión del demandante, porque a ello conducen la mencionada falta de técnica "y la absoluta ausencia de respaldo lógico-jurídico".

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. Comparte la Sala con el Ministerio Público la apreciación de que este cargo está mal formulado, no solamente por su ubicación en la causal cuarta, sino también por su mismo contenido.

En efecto, partiendo del supuesto de que hubiera prescrito la acción penal (lo que, como se verá más adelante, no ha ocurrido), no puede decirse que el juez que actúa después de haberse enervado, por el transcurso del tiempo, la pretensión punitiva del Estado obra sin competencia.

Es bien sabido que la competencia es la forma como se distribuye la jurisdicción. Por eso, no importa cuál sea el concepto sobre lo que es esta, ya se la tenga como "la potestad de resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado, de conformidad con la norma penal", como lo quiere Leone. O como "la potestad soberana de garantizar la observancia de una norma, mediante la decisión en un caso concreto de la actuación o denegación de una pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, de acuerdo con la expresión genérica y abstracta de las normas jurídicas y de ejecutar la pena" como lo pretende Fenech, lo cierto es que la competencia de la jurisdicción, o, dicho de otro modo y bajo un aspecto puramente subjetivo, "la capacidad de un determinado órgano jurisdiccional para tomar conocimiento de una causa".

La competencia presupone una capacidad decisoria del órgano para actuar la norma legal o para abstenerse de hacerlo, en casos previamente señalados por la ley.

Nada tiene que ver con la competencia, entendida en los sentidos que se dejan expresados, el hecho de que un juez a quien se le ha asignado el conocimiento de un proceso, es decir, que tiene competencia para adelantarlo, lo haga después de prescrita la acción penal, ya que de todos modos es el señalado por la ley para hacerlo o para manifestar que ha prescrito la pretensión punitiva del Estado.

Así, pues, la causal de nulidad contenida en el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al caso de que la acción penal sea ejercida por un juez a quien no se le haya asignado la correspondiente competencia para hacerlo, sino que esté usurpando la que se ha conferido a otro. Pero no a aquél en que, siendo el señalado para hacerlo, no pueda llevarlo a cabo, porque un motivo especial se lo impide.

Tal sería precisamente el caso de la prescripción de la acción penal, en el cual el juez debe limitarse a declarar la existencia de ese fenómeno y ordenar la cesación del procedimiento.

Si no lo hace, está violando el artículo 105 del Código Penal, lo mismo que el artículo 163 del de Procedimiento Penal, este último en la parte en que se ordena suspender el procedimiento cuando la acción penal no puede proseguirse.

La Corte, en sentencia de 25 de abril de 1977, al acoger un cargo formulado al amparo de la primera parte de la causal primera de casación, esto es, por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 105 del Código Penal, expresó:

"Si para entonces el fenómeno prescriptivo, por homicidio voluntario era un hecho cumplido, la sentencia que condenó a Horacio Loaiza Orozco con esa calificación, violó así mismo el principio universal, según el cual en materia criminal cuenta el fenómeno de la retroactividad siempre en favor del acusado, y desconoce el principio de legalidad del delito, pues vale lo mismo condenar a una persona sin ley preexistente que hacerlo cuando la acción penal se ha extinguido en su caso" ... Y más adelante agrega: "... Si por inadvertencia pronunció (el juez) fallo condenatorio, su decisión es violatoria de las normas sustanciales señaladas por el censor, en la forma y con los alcances indicados en el cargo *sub examine*, que está llamado a prosperar ...".

No hay, de consiguiente, en el caso de autos incompetencia del juez, porque el que resolvió sobre el presente proceso es el capacitado por la ley (Art. 36, segundo aparte C. P. P.), para hacerlo.

De otro lado, tampoco es cierto que se hubiera presentado el fenómeno de la prescripción cuan-

do se dictó el auto de proceder. Este, como se deja dicho, lleva fecha 27 de octubre de 1980. Y la pena máxima imponible al delito por el cual se llamó a juicio, teniendo en cuenta que la cuantía del mismo superaba los diez mil pesos, era el doble de la señalada en la respectiva disposición penal, o sea, la de catorce años (Arts. 105, 408 y 410 C. P. de 1936).

No importa entonces que se hubiera tomado como fecha de comisión de la estafa el 23 de mayo de 1969, o sea el día en que Márquez Avellaneda firmó los documentos que garantizaban el pago de la suma de dinero que le había prestado Zapata Rodríguez. En ese caso la acción sólo prescribiría en esa misma fecha del año de 1983. O sea que aun no habría prescrito.

Con mayor razón si se toma como día de consumación del ilícito el 6 de abril de 1972, que es la fecha del oficio dirigido por el Juez Diecisiete Civil del Circuito a los liquidadores de Furesa, en que se les ordenaba entregar a Márquez Avellaneda las acciones que éste había pignorado en respaldo de la susodicha deuda y las cuales recibió no obstante que se había comprometido a no disponer de ellas sin autorización de Zapata Rodríguez.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. Considera el censor que hubo indebida aplicación de la ley penal sustancial al subsumir la conducta del señor Márquez Avellaneda en el artículo 408 del Código Penal, porque estima que con ella "no indujo en error a nadie, no ejerció maniobra engañosa alguna y el documento de pignoración del cual era tenedor el señor Zapata Rodríguez jamás se entregó a la sociedad", es decir, que el contrato de prenda de las acciones no se perfeccionó.

Carece también de fundamento esta censura. En efecto, según lo destaca el Tribunal, Márquez se valió de sus condiciones personales como ser o haber sido gerente de varios clubes sociales, así como de sus manifestaciones de respaldo económico para obtener que Zapata le prestara una suma de dinero firmándole como respaldo cheques, y letras y pignorando en su favor unas acciones, que no resultaron ser en la cantidad que se dijo, sino una mucho menor, lo cual constituía ya un engaño perjudicial para el patrimonio económico del acreedor.

O sea que valiéndose de una amistad que ciertamente existía, pero mezclándole factores engañosos, logró obtener una cantidad de dinero que no pagó y por la cual su acreedor tuvo que demandarlo. Pero, burlando los intereses de éste y aprovechándose de la perención que, entre tanto se había presentado en el juicio ejecutivo mencionado, hizo desembargar las acciones, se presentó a recibir el correspondiente oficio en que se notificaba de tal hecho a los liquidadores de Furesa y logró que estos se las entregaran no obstante que estaban pignoradas en favor de Zapata, hecho suficientemente conocido por el Gerente de dicha sociedad. Sin que valga, a los efectos penales, la alegación de que el contrato de pignoración no se había perfeccionado por falta de la entrega de la prenda al acreedor, pues no se trataba de si existió o no legalmente y con todos sus requisitos ese contrato, sino si el acreedor confiaba o no en que con tales acciones podía pagarse la deuda en caso de que el obligado no lo hiciera. Y lo cierto fue que éste no lo hizo ni aquél pudo recuperar su dinero, porque fue más listo Márquez y sacó las acciones de donde estaban y donde debían permanecer y logró burlar las legítimas pretensiones de su acreedor.

Este comportamiento engañoso que causó un perjuicio económico al patrimonio de otro, cabe perfectamente en los moldes legales del delito de estafa y eso fue lo que reconoció y sancionó el Tribunal, por lo cual no puede decirse que la sentencia hubiera violado en forma directa ni indirecta la ley penal sustancial.

No prospera, en consecuencia, esta censura.

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 devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto de los doctores Dante L. Fiorillo Porras y Pedro Elías Serrano Abadía

Por no estar de acuerdo con algunos aspectos de la providencia que antecede y haberlo manifestado así en el curso de las deliberaciones previas a su adopción, aclaramos nuestros votos tal como a continuación aparece:

En cuanto respecta al segundo de los cargos que se formulan a la sentencia impugnada compartimos plenamente lo que la sentencia dice. Nuestra discordancia se refiere al cargo de nulidad por haber actuado el juzgador más allá del término de la prescripción de la acción penal, según afirmación del censor. En este punto estamos también de acuerdo con la providencia en cuanto a los razonamientos tendientes a demostrar que la acción penal ni estaba prescrita ni ha prescrito hasta el momento, caso en el cual podía llevarse hasta sentencia el proceso. Nuestro disentimiento con los razonamientos relacionados con el punto en cuestión hacen relación con la posibilidad de agitar en casación el problema por la vía de la causal cuarta, tal y como lo hizo el impugnador, por incompetencia del juez (Art. 410, Num. 1º del C. de P. P.).

Admitiríamos que debió escoger la causal primera del artículo 580 si se nos demostrara que, ante la hipótesis de prosperidad del recurso, la Sala podía dictar un fallo de sustitución (Art. 583, Num. 1 del C. de P. P.). Esto porque lo que se casa es la sentencia y, al hacerlo por el camino de la primera o de la segunda causal la Sala debe emitir el fallo que deba reemplazarla, es decir, la sentencia sustitutiva y, en el caso de autos, al encontrar prescrita la acción penal y casar la sentencia por la vía de la primera causal, no podría declararse dicha prescripción, toda vez que ésto se realiza en el procedimiento vigente mediante auto interlocutorio (Art. 163 del C. de P. P.), y no por sentencia como sucedía con el artículo 153 del ordenamiento procesal abolido.

Queda en firme entonces nuestro criterio de que un fenómeno como el que se planteó aquí debe orientarse por la causal cuarta de casación, toda vez que la nulidad por incompetencia del juez resulta evidente ante la comprobación de que prescribió la acción penal antes de fallar el proceso y, a pesar de tal cosa, falló.

Y decimos nulidad, porque al llegar el momento en que la acción penal prescribe al juzgador, sólo le es dado emitir la providencia, mediante la cual se reconoce dicho fenómeno y ordenar la consecuencial cesación de todo procedimiento, mediante combinación de los artículos 105 y aquel o aquellos, en donde debe ubicarse la infracción de que se trata (en el caso presente 408 y 410 del C. P. y 163 del C. de P. P.).

A pesar de que, como lo dice la providencia, el juez sigue siendo aquel a quien la ley designó como competente para conocer del caso, sólo le es dado realizar las diligencias previas a la emisión de la providencia del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal (ordenamiento de que se recoja el concepto previo del Ministerio Público) y dictar dicha providencia. No puede, en consecuencia, actuar de otra manera en el proceso y si lo hace toda labor que cumpla resulta viciada de nulidad absoluta.

La hipótesis del juez que sustituye a otro y usurpa su competencia, no es la única que contempla el numeral 1º del artículo 410 en el Código de Procedimiento Penal. Cabe también allí la que dejamos planteada y explicada, pues el juzgador, a pesar de ser el designado por la ley para conocer del proceso, tiene vedada so pena de nulidad, toda actuación distinta a la declaratoria de la prescripción y al ordenamiento de casación de todo procedimiento por imposibilidad de proseguir la acción penal.

Con el debido respeto por el criterio contrario firmamos la presente aclaración de voto, hoy veintitrés (23) de agosto de 1982.

Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía.

CONCURSO DELICTUAL EN EL CODIGO PENAL DE 1936 Y EN EL ESTATUTO VIGENTE, LIBERTAD PROVISIONAL CON BASE EN LA LEY 37 DE 1981

No puede hacerse una combinación de los dos códigos para aplicar respecto de cada delito, por separado, el que resulte más benéfico, pues se trata, en este caso, de una institución de carácter jurídico como es la del concurso delictual, a la que debe aplicarse bien el uno o el otro estatuto penal, en su integridad, no una mezcla de ambos, ya que ella se rige, entre otros factores, por el de la gravedad de los reatos concursantes, y esa gravedad tiene que ser la que les asigna el respectivo Código, de acuerdo con los principios y pautas que orientaron en él la fijación de la punibilidad respecto de todos los delitos

Cuando no se dan los requisitos exigidos por la Ley 37 de 1981, para la procedencia de la solicitud de amnistía (artículos 2º y 11), no puede ordenarse, por lo mismo, la libertad provisional de los condenados

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 24 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 65.

Vistos

Decide la Corte acerca de la solicitud de libertad por pena cumplida que formula el apoderado de la procesada Mariana Amaya Rey.

Argumenta el memorialista que, como consecuencia del levantamiento del estado de sitio (Decreto 1674 de 1982), y al dejar de regir, en consecuencia, el Decreto 1923 de 1978, estatuto con apoyo en el cual se condenó a la procesada, corresponde aplicar, en este caso, el artículo 139 del Código Penal de 1936, legislación vigente al tiempo de comisión del delito, que comporta una penalidad menor para el delito de rebelión.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien estudia la situación de la procesada, tanto frente al Código Penal derogado, como en presencia del estatuto vigente, normas que serían aplicables en fuerza del principio de favorabilidad, y cada una de las cuales hay que tomarlas integralmente, concluye, previa graduación provisional de la sanción, que el tiempo que lleva cumplido en detención efectiva no satisface la pena que le correspondería cumplir en razón de los delitos de rebelión y robo agravado en concurso.

Se considera

Mariana Amaya Rey fue convocada a Consejo de Guerra Verbal y condenada en las dos instancias por los delitos de rebelión y robo agravado, en concurso material, infracciones con referencia a las cuales habrá de estudiarse la presente solicitud, pues aún no se ha decidido el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal, por encontrarse aún en tramitación.

Para efectos de la individualización de la pena a que fue condenada la solicitante, el juez de primera instancia y el Tribunal Superior Militar partieron del mínimo de tres años consagrado para el delito de rebelión respecto de los partícipes del mismo, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1923 de 1978 y lo aumentaron en dos años más por el delito de robo agravado, para un total de cinco años de prisión (sentencias de 5 de noviembre de 1980 y 9 de noviembre de 1981, folios 244 a 323 del cuaderno número 12 y 102 a 195 del cuaderno número 24).

En orden a saber si se ha cumplido la pena que correspondería descontar en este caso, es necesario hacer, como lo considera el Procurador, la individualización provisional de la misma para los solos fines de la solicitud de libertad que se resuelve. Para ello habrá de seleccionarse bien sea el Código Penal de 1936 o el Código vigente, según se estime que es el uno o el otro el más favorable, pues al haberse dispuesto por el Gobierno Nacional el levantamiento del estado de sitio (Decreto 1674 de 1982), dejó de regir el Decreto 1923 de 1978, y se impone determinar la ley más benigna (Art. 26 de la C. N.).

Para ello, se hará por separado el estudio de los delitos en cuestión frente a cada uno de los estatutos penales, tomándolos en forma integral.

Código Penal de 1936.

El delito de rebelión, para quienes simplemente tomen parte en ella, como empleados de la misma, tenía señalada pena de prisión de cuatro a treinta y dos meses (Art. 139, inciso 2º).

El delito de robo agravado por el uso de armas era sancionado con pena de cinco a catorce años de prisión (Art. 9º de la Ley 21 de 1973; Inc. 1º del Art. 404 del C. P.).

Resulta, en consecuencia, que el delito más grave en ese estatuto era el de robo agravado.

Partiendo del mínimo de cinco años correspondiente a dicho delito y con el incremento que habría que hacerle por tratarse de un concurso material entre éste y el de rebelión, se tendría una pena superior a la señalada en la sentencia del Tribunal, y por tanto más desfavorable.

Código Penal vigente.

Para el delito de rebelión, respecto del cual no establece diferencia en la punibilidad por el grado de participación, señala una pena de prisión de tres a seis años (Art. 125).

Para el delito de hurto calificado (Art. 350), fija una sanción de dos a ocho años de prisión, la que sufriría, en el presente caso, los siguientes aumentos, partiendo simplemente de los mínimos: cuatro meses, por haber sido cometido por más de dos personas (artículo 351, numeral 10 del C. P.), y ocho meses en razón de la cuantía (Art. 372, numeral 1º), para un mínimo total imponible de tres años de prisión.

En consecuencia, tómese como más grave el delito que se tomare, habría que partir de un mínimo de tres años, el cual tendría que ser incrementado en razón del otro delito, por tratarse de infracciones concursantes (Art. 26), y ese aumento se estima que debe ser en dos años, o sea en la misma proporción tenida en cuenta en la sentencia de segundo grado, la cual mantiene su vigencia hasta tanto se decida el recurso de casación, cuya tramitación se adelanta, de donde resultaría una pena igual a la impuesta en el fallo impugnado. Se toma el mismo límite de incremento, pues la Corte no puede variar, al resolver aisladamente sobre una solicitud de libertad, los criterios punitivos que orientaron a los juzgadores de instancia en la individualización de la sanción. Esto podría hacerlo en caso de llegar a prosperar el recurso interpuesto y en presencia de una causal de casación que le permitiera dictar fallo sustitutivo. Por ahora lo que puede hacer es comparar las normas aplicables para establecer cuál es la más favorable y, frente a la que resulte más benigna, hacer esa dosificación anticipada y provisional de pena, pero con pautas idénticas a las que sirvieron para la regulación de la misma en la sentencia hasta ahora vigente.

Como es fácil advertirlo, tómese el Código que se tomare, bien sea el de 1936 o el actual, y en consideración de la dosificación provisional y anticipada de la pena que es necesario hacer, para los únicos efectos de la petición que se resuelve, tiénese de todos modos, que no se habría satisfecho aún el monto de la sanción que resultaría como imponible, pues, según se advertirá adelante, la peticionaria solamente lleva en detención dos años, nueve meses y ocho días.

No puede partirse de la base del delito de rebelión únicamente, como lo pretende el apoderado, ya que, como se dejó dicho, su defendido fue convocada a Consejo de Guerra Verbal y condenada tanto por ese delito como por el de hurto calificado.

Tampoco puede hacerse una combinación de los dos códigos para aplicar respecto de cada delito, por separado, el que resulte más benéfico, pues se trata, en este caso, de una institución de carácter jurídico como es la del concurso delictual, a la que debe aplicarse bien el uno o el otro estatuto penal, en su integridad, no una mezcla de ambos, ya que ella se rige, entre otros factores, por el de la gravedad de los reatos concursantes, y esa gravedad tiene que ser la que les asigna el respectivo Código, de acuerdo con

los principios y pautas que orientaron, en él, la fijación de la punibilidad respecto de todos los delitos.

Aunque la petición se dilucidara frente al fenómeno de la amnistía condicional reconocida por la Ley 37 de 1981, se tendría que resolver igualmente en forma desfavorable, pues no se dan los presupuestos para tener como procedente la declaratoria de dicho beneficio y ordenar, por lo mismo, la libertad provisional en tanto los funcionarios competentes decretaran la amnistía.

En efecto, la citada Ley 37 de 1981, al conceder la amnistía para los autores o partícipes de los delitos de rebelión, sedición o asonada y los conexos, menos los expresamente exceptuados en ella, la sometió a diferentes requisitos y condiciones, según se tratara de personas no detenidas o de aquellas que se encontraren privadas de su libertad, procesadas o condenadas por dichos delitos.

Para este segundo grupo de beneficiarios, dentro de los cuales se contraría la peticionaria, exigía la ley lo siguiente para que fuera procedente la solicitud de amnistía (Arts. 2º y 11):

a) Que hubiese transcurrido el término de cuatro meses, contado a partir de la vigencia de la ley, dentro del cual serían resueltas las peticiones de los alzados en armas no detenidos;

b) Que el Gobierno decretara la iniciación del trámite para el otorgamiento de la amnistía a los detenidos, lo cual debía hacerlo una vez vencido el término de cuatro meses a que se aludió en el literal anterior;

c) Que dichos detenidos interesados en la amnistía formularan sus solicitudes dentro de los dos meses siguientes a la actuación del Gobierno, referente a la iniciación del trámite de que se hace mención en el literal precedente.

La competencia para otorgar la amnistía a los detenidos la atribuye la ley al juez del conocimiento y contra el auto que la niegue establece el recurso de apelación. En caso de no ser interpuesto, ordena su consulta (Art. 12). Todo ello, lógicamente, ante el superior judicial del juez del conocimiento.

Mariana Amaya Rey formuló su solicitud de amnistía ante el Tribunal Superior Militar, el cual se abstuvo de decretarla, entre otras razones, por no haberse dictado por el Gobierno la reglamentación que se desprende de lo ordenado en el artículo 11 de la Ley 37 de 1981 (auto de 16 de junio de 1982, folios 4 a 7 del cuaderno anexo).

Como puede advertirse, tampoco a través del mecanismo de la amnistía reconocido por la Ley 37, puede la Corte ordenar la libertad provisional de la procesada, quien, entre otros casos, no fundamenta en ella su petición liberatoria.

Retornando al tema de la concreta petición de Marina Amaya Rey, tiénese que ella fue capturada el día 16 de noviembre de 1979, fecha desde la cual se encuentra privada de su libertad en razón de este asunto, lo cual indica que, hasta ahora, ha descontado un total de dos años, nueve meses y ocho días, tiempo inferior al que corresponde a la pena que le fue impuesta, y a aquella que resultaría como la imponible, de acuerdo con el análisis que, para los solos efectos de la presente petición, se hizo antes, de lo cual se sigue que no la ha satisfecho aún en su integridad. No procede, por tanto, la solicitud de libertad incondicional por pena cumplida formulada en su favor.

Pero aún teniendo dicha petición como de libertad provisional (Art. 72 del C. P. y 453, numeral 6º del C. de P. P.), tampoco podría ser resuelta en forma favorable, pues el lapso que lleva Mariana Amaya Rey en detención preventiva, no satisface el requisito de las dos terceras partes a que se refiere la norma primeramente citada. La circunstancia de no darse siquiera este presupuesto de orden cronológico, releva a la Sala de hacer, por ahora, el estudio de las demás exigencias del citado artículo 72 del Código Penal.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NIEGA la libertad impetrada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

I. *De la amnistía, extinción de la acción o de la pena.*

La ley de amnistía (37 de 1981), no deja por fuera de sus previsiones la conducta que le ha valido sentencia condenatoria a Mariana Amaya Rey.

La amnistía, a grandes rasgos, tiene la virtud de borrar la existencia del delito, o sea, que traduce un olvido del hecho punible. Esto quiere decir, *a fortiori,* que si una acción no se puede mantener vigente para que llegue a desembocar en una sanción, ni hacer efectiva una pena impuesta en circunstancias tales, menos es dable eludir al mantenimiento de una privación de libertad mientras se define un recurso de casación.

Por el aspecto del Decreto 474 de 1982, así se entienda éste como lo estimó la mayoría de la Sala Plena de la Corte (creación transitoria, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, de una nueva circunstancia de extinción de acción o de pena), también resulta procedente su beneficio para la sentenciada.

No dejo de recordar que la Sala de Casación Penal ha señalado, enfáticamente, que el fenómeno de la amnistía (Ley 37 de 1981), o de la *sui generis* institución generada en el Decreto 474 de 1982, corresponde en su aplicación *concreta y definitiva,* a los organismos de justicia señalados en tales preceptos. Pero ésto no quiere decir que, para efectos excarcelatorios, ante la imposibilidad de suspender el trámite del recurso extraordinario para remitir los autos al funcionario que debe definir lo pertinente a la Ley 37 de 1981, o al Decreto 474 de 1982, la Corte no pueda considerar el alcance y resultado de estos ordenamientos, para ver si concede una transitoria libertad o la niega.

Así como la *libertad condicional* (Art. 72 C. P.), que en su *concesión definitiva* corresponde al juez de instancia, debe estimarse por cualquiera "autoridad que esté conociendo del proceso" (Art. 453-6 del C. P. P.), para provocar una excarcelación, y sólo para este cometido, así mismo, y a no dudarlo con mayor razón si se considera el motivo, es pertinente asumir igual criterio ante un fenómeno como el de la amnistía o el de la extinción de acción o pena.

En efecto, ha querido el legislador impedir el sacrificio del derecho a la libertad en aras del ordenado procedimiento que en un momento determinado impera sobre un proceso y que va señalando a quien corresponde el ejercicio de una función.

No hay lógica alguna y sí manifiesta injusticia en mantener una detención, pese a darse la libertad condicional o la amnistía o la extinción de acción o de pena, en virtud de ser otro el momento procesal y otro el juez en el cual y por el cual debe hacerse este pronunciamiento.

Supóngase el caso de dos sentenciados, uno que ha introducido el recurso de casación, y otro, ajeno a la impugnación, que solicita se le conceda la libertad condicional. No es posible suspender el trámite para remitir el expediente al funcionario que debe entenderse de manera *definitiva* con esta petición. Pero tampoco debe guardarse silencio al respecto. La doctrina ha tenido el buen sentido de tramitar ese pedimento como propio a una excarcelación y auspicia una decisión al respecto. Definido el recurso, el juez de la primera instancia resolverá si es procedente la libertad condicional o no es viable. Si lo primero, hará su reconocimiento, pasando a ser el efecto excarcelatorio una situación consolidada; si lo segundo, revocará la libertad concedida, pues su carácter fue simplemente transitorio o provisional.

En el caso de un recurrente que no tiene derecho a la amnistía, o al beneficio creado en el Decreto 474 de 1982, y otro que sí es merecedor a ella o a él, procede, pendiente un trámite de casación, despachar una petición de amnistía como propia a un incidente excarcelatorio, o liberar al procesado, *motu proprio,* con base en esa misma consideración, pues todo aquello que pueda conducir a este resultado (excarcelación), debe activarse de oficio.

Nada vale contra lo dicho el que el Tribunal Militar, en cuaderno separado, se hubiese *abstenido* de definir lo concerniente a la amnistía, aludiendo a que la procesada fue condenada por asesinato o a que el Gobierno no ha reglamentado la "amnistía".

La primera razón constituye un lamentable yerro: la sentenciada fue condenada por los delitos de rebelión y robo a mano armada, pero no por homicidio; la segunda es argumentación inocua, porque es al Presidente de la República a quien corresponde ejercer esa función, por iniciativa propia, sin que nadie le indique si ha omitido el ejercicio de una atribución ineludible, cuando la misma es un compromiso real. En él está desarrollar la facultad constitucional reglamentaria. Mientras tanto, es posible ajustar soluciones que busquen la efectividad de los derechos, beneficios, gracias y garantías concedidos, y no entorpecerlos o hacerlos nugatorios.

Tal como se presenta el caso de la *sentenciada* Mariana Amaya Rey, el derecho concedido por la Ley 37 de 1981, o Decreto 474 de 1982, en virtud de la inexequibilidad parcial pronunciada por la Corte en fallo de 22 de octubre del año próximo pasado, no está tan sujeto a las reglamentaciones que se echan de menos. El Gobierno podrá hacer más expedito ese beneficio, ejercitable en el estado actual de la legislación, pero no convertirlo en situación ilusoria.

Una explicación contraria llevaría a pensar en algo insólito e inadmisible: que se aparentó otorgar una gracia, pero se dejó armada la trampa de la reglamentación, que nunca se expidió.

Entonces, si no preexiste un pronunciamiento de *negativa* de la amnistía, en razón de estar excluido su beneficiario de la misma, y apenas se trata de un fenómeno de "inhibición", la Corte puede y debe estimar los comentados factores para determinar un beneficio de excarcelación, o para rechazarlo si tales ordenamientos no toleran su concesión.

Más fuerza cobra la tesis enunciada cuando se advierte que el Tribunal Militar no podía entrar a considerar la amnistía, en cuanto a resolución *definitiva* y como tal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la citada ley.

II. *De la ley más favorable.*

La argumentación de la decisión adoptada por mayoría de votos, descansa en una tradicional, pacífica y muy conocida tesis, aunque interpretada y aplicada en forma equivocada: no es posible combinar preceptos hasta fabricar una tercera norma.

Es así como en virtud del concurso de delitos (*una de tantas normas* que construyen *una de tantas instituciones* en los Códigos Penales de 1936 y de 1980), se estima que "rebelión y robo" deben regirse, en el caso examinado, por uno o por otro estatuto, pero no por los dos. No se escoge el de 1936, porque si bien éste es notoriamente favorable en cuanto a la "rebelión" —folio 52—, no traduce otro tanto en cuanto al delito de "robo" —folio 56—. Mejor le viene el de 1980, que, en conjunto, tal vez representa cierto alivio punitivo.

Pero creo que, para cada delito, es posible buscar en cada uno de estos dos códigos, y por separado, el aspecto favorabilidad y combinar sus dictados represivos, sin que se afecte la doctrina imperante, pues antes bien se la respeta y fija en su verdadera y exacta dimensión conceptual.

Si el delito de "rebelión" fuera a ser tratado por lo que dice el Código Penal de 1936, en un aspecto, y por lo indicado en el de 1980, por otros, v. gr. atenuantes *propias y específicas* o la noción de "combate", se tendría a no dudarlo la creación de una *tercera norma,* mezcla que ni la doctrina ni la jurisprudencia apoyan. Pero si la "rebelión" se somete en forma integral a lo dispuesto por un Código, ésto no pide que para el otro delito (robo, homicidio, etc.), se pueda acudir a las normas del estatuto marginado en esta primera consideración, si sus preceptos convienen más por el comentado aspecto de la favorabilidad. La "rebelión", entonces, se puede regular por lo dispuesto en el Código Penal de 1936, atendiendo a la unidad de sus preceptos en cuanto a este delito, y, el de "robo" (hurto agravado), por lo que dispone a este respecto el Código Penal de 1980, por ser más benigno y atendiendo a la unidad de las normas que regulan este hecho punible. Esta interpretación no destruye la cohesión e integridad de cada Código, ya que para cada delito hay un tratamiento armónico, completo e indivisible. Es verdad que se han aplicado dos códigos penales, pero cada uno en su órbita propia y especial de favorabilidad. Lo cual no constituye la aplicación de 3ª norma, porque *una sola* es la que rige la "rebelión", y *una sola* igualmente la que gobierna el "robo" y el concurso de hechos punibles. No debe olvidarse que "norma", para evitar la composición de un "tercer precepto o disposición", no es sinónimo de código o estatuto, pues estas últimas nociones corresponden más bien a "*conjunto* de *normas* o *sistema* de *normas*".

Conviene reiterar que, a título de consultar el "concurso de delitos", no es dable abandonar la tesis expuesta tan humanitaria como representativa de una buena política criminal. Al acudirse a esta combinación, o mejor amalgama de disposiciones, se mantiene el aludido concurso, figura que los dos Códigos contemplan. Si la institución de la forma concursal ordena tener en cuenta el delito más grave, para dosificar la pena, ésto no equivale a que, estimado un hecho como tal, en razón de su mayor sanción, se tenga que conservar esta apreciación así la conducta, por obra de mutaciones legislativas, haya perdido este carácter. En el caso estudiado primeramente se calificó de más grave la "rebelión", según el Decreto 1923 de 1978; pero al desaparecer el estatuto de seguridad por la expedición del nuevo Código Penal, resurgió la vigencia más favorable del Código Penal de 1936, Paso, entonces, el delito de "robo a mano

armada'' (hurto agravado) a ser el más grave y a recibir, conforme al concurso de delitos, su adecuada intensificación punitiva.

Un canon tan significativo e importante como el artículo 26 de la Carta, no se puede desconocer ni obstaculizar con la invocación del concurso de delitos, cuando este instituto puede coexistir y coexiste con el principio de favorabilidad, pues simplemente este cambia la referencia del delito considerado inicialmente como más grave.

Los artículos 26 de la Constitución y 6º del actual estatuto penal, no eliminan nunca la posibilidad de combinar normas, disposiciones o preceptos de distintos Códigos. Es esto, precisamente, lo que busca como objetivo, o sea, la aplicación concurrente y simultánea, en la forma explicada, de diferentes sistemas penales.

Interpretación contraria, se reitera, menoscaba de modo peligroso la garantía constitucional. Repárese en la siguiente hipótesis: un estatuto que fija la atenuante de la provocación en una rebaja de pena de 1/3 parte y señala como sanción para el delito de homicidio, de 9 a 14 años; otro, determina la diminuente en la ½, pero establece como pena del homicidio de 14 a 24 años. Lo justo y constitucional es acudir a la menor sanción del homicidio (9 años) y a la mayor detracción de la diminuente (9 — 4 años, 6 meses: 4 años, seis meses). Pero la Corte ordena, según la apreciación que combato, que se escoja la deducción integrada de uno de los dos Códigos (9 — 3: 6 años o 14 — 7: 7 años), resultando siempre una pena superior a la que correspondería con la combinación de dos normas que no se incompatibilizan, así pertenezcan a dos diferentes códigos.

El problema de la ley más favorable no siempre suscita soluciones fáciles. Por eso la doctrina y la jurisprudencia evitan planteamientos rígidos y absolutos y más bien expresan fórmulas generales, elásticas, que pretenden principalmente impedir que la decisión se vuelva un compuesto de cálculo jurídico infinitesimal, o un acontecer caprichoso, o que mediante la resolución adoptada perdure un gravamen punitivo que el legislador, en un momento dado y por razones sociales de suma importancia, no quiere mantener. De ahí que los preceptos legales y las declaraciones judiciales sobre el tema, se caracterizan como patrones de orientación y guía, cuyo objetivo es alcanzar la equidad.

Es así como al procurarse la definición armoniosa de la mayoría de los casos, sin incurrir en ofuscante casuismo, se recomienda en los aspectos *procedimentales,* mientras no se restrinjan derechos que puedan propiciar la condenación del inocente o la privación inmerecida de libertad de un procesado, la aplicación inmediata e integral de los nuevos Códigos relacionados con estas materias de trámite.

También se aconseja que los capítulos de un *Código Penal,* o sus títulos cuando no tienen esa subdivisión, y referidos a un determinado y específico delito, se acaten en su individualidad, sin reclamar la cooperación de ''normas'' de otros estatutos vinculadas al mismo delito. En otras palabras, no es dable regular un instituto jurídico penal por los preceptos que sobre igual punto consagran dos o más Códigos; pero cuando sus normas reglan diversas instituciones, procede esta combinación de disposiciones, así las de un Código pueden servir para valorar lo concerniente al delito de homicidio, y las de otro para resolver lo relativo al hurto, violencia carnal, concurso de delitos, provocación, etc.

Si esta no es la óptica del asunto, si lo separable no se aisla, si predomina el criterio formalista y estricto de observar las múltiples y sustanciales interdependencias que gravitan sobre un Código al punto de establecer una abroquelada unidad de todas sus partes, general y especial, entonces la garantía del artículo 26 de la Constitución Nacional será una hipótesis irrealizable; la favorabilidad habrá recibido el peor golpe de inefectividad, en forma innecesaria, contrariándose los claros designios del legislador y la tendencia jurídica que debe distinguir a la época contemporánea.

Entiendo, entonces, que en el caso examinado el delito de ''robo a mano armada'' (hurto agravado), ha pasado a ser el delito de mayor gravedad, y, su pena, según el criterio dominante en la mayoría de la Sala, debe ser la que por esa conducta fijó la sentencia. O sea, que si el Tribunal Militar la estimó en dos años, así puede continuar hasta que se produzca el pronunciamiento de fondo, en virtud del recurso en trámite. A este cuantum de sanción se agregaría, por el concurso delictual, lo correspondiente al delito de ''rebelión'', según lo estatuido en el Código Penal de 1936. Este aumento no sobrepasaría, así se extremara su rigor, la pena que la sentenciada ha purgado de modo efectivo.

Por este aspecto también procede su excarcelación.

Gustavo Gómez Velásquez.

Aclaración de voto

Comparto la parte resolutiva del auto, por considerar que la sentenciada María Amaya Rey, aún no tiene derecho a la libertad que impetra

También comparto de su motivación las argumentaciones, por medio de las cuales se establece lo anterior y el que la Corte, en este caso concreto y a estas alturas de la actuación procesal, no tiene competencia para definir acerca de una amnistía que ni siquiera le ha sido insinuada, como medio para obtener la libertad a la cual se hace referencia.

No estoy de acuerdo con la ponencia en cuanto a que como normas de favorabilidad no se puedan tomar unas del antiguo Código Penal y otras del hoy vigente. Si se respeta la indivisibilidad de cada título o de cada capítulo, debe buscarse armónicamente dentro de los diferentes estatutos cuál es el más favorable para así fijar la pena. No constituye la anterior tercera legislación, puesto que ésta se daría en caso de que se entraran a conjugar normas pertenecientes a los distintos Códigos, con relación a una sola figura delictual. De ahí que sobre el particular y en este aspecto, comparta el segundo capítulo del salvamento de voto del Magistrado Gómez Velásquez.

Pero no así la conclusión de que ya tendría la peticionaria derecho a la excarcelación, pues encuentro ajustadas a la ley y a la lógica jurídica las consideraciones que sobre el particular trae la sentencia, para llegar a la definitiva de que aún no la ampara tal derecho.

Bogotá, 30 de agosto de 1982.

Alvaro Luna Gómez.

IMPEDIMENTOS

Deben estar apoyados en algún sustento probatorio de naturaleza atendible.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 66.

Vistos

Decide la Corte acerca del impedimento planteado por el doctor Guillermo Rojas Gómez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, para conocer del proceso que se adelanta contra Nelson Carvajal Hernández por el delito de homicidio.

Estima el Magistrado que se encuentra inhibido para actuar en este caso, en razón de los cargos que el procesado formuló en su contra en el desarrollo de la audiencia pública, concebidos en los siguientes términos:

"Señores del jurado, aquí voy a decir una cosa que causa pudor: Yo no tenía ninguna amistad con el Grillo, después de todo, estando yo en Cali detenido, un amigo que tenía aquí de nombre Raúl Ortegón, persona ésta que tenía el número de mi teléfono me llamó a Cali para decirme que Jaime Ruiz Ojeda decía que necesitaba doscientos mil pesos, para dárselos a Guillermo Rojas Otálora (Sic.), para que el Tribunal no dictara la contraevidencia. Como yo no tenía esa plata, le dije a Raúl que de dónde diablos iba a sacar esa plata, que hiciera lo que quisiera, y por eso el Magistrado se ensañó conmigo y por eso toda esa imaginación de lo que dice en la providencia, porque yo no podía dar los doscientos mil pesos que me pidieron por intermedio de Raúl Ortegón, y si hubiera tenido esa plata, no estaba el Teniente Carvajal aquí, y aquí se va a saber mañana lo que es el pícaro del Magistrado de la ciudad de Tunja... y puede usted señor Juez recibir la denuncia contra el Magistrado Rojas, porque mañana le presentaré los testigos, para mostrar a Tunja la calidad de Presidente del Tribunal" (Fl. 625 del Cuad. Principal).

Carvajal Hernández fue juramentado en razón de la formulación de estos cargos y, según constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal, el diligenciamiento referente a los mismos fue remitido por el Juzgado Superior a la Corte, el que, repartido, dio origen a un auto de ordenamiento de diligencias preliminares que está en proceso de cumplimiento (Fl. 2 Vto. del Cuaderno de la Corte).

El Magistrado Rojas Gómez, después de calificar tales acusaciones como calumniosas y temerarias y destacar que ha cumplido sus deberes con dignidad y decoro, expresó, en providencia de 17 de mayo de 1982, que sometía la evaluación de las mismas al criterio de la Sala del Tribunal de la cual forma parte y solicitó que se le separara del conocimiento del asunto, en caso de que existiera fundamento legal para ello.

Los restantes Magistrados de la Sala de Decisión 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.

Estima el Tribunal que los motivos alegados por el Magistrado Rojas Gómez no tienen el carácter de impedimento, pues éstos están enumerados por la ley de manera taxativa y en ninguno de ellos queda comprendido, aparte de que, "procedimientos como el empleado por el procesado Nelson Carvajal son muy utilizados en nuestra práctica judicial y por medio de ellos se busca seguramente la escogencia de un Juez cuyo criterio no ha sido conocido" (Fls. 12 del Cuaderno del Tribunal).

Se considera

Las afirmaciones hechas por el procesado Nelson Carvajal Hernández contra el Magistrado a quien le ha venido correspondiendo conocer del proceso por homicidio adelantado en su contra, las mismas que, hasta ahora, no han prestado mérito para abrir una investigación de carácter penal según constancia de la Secretaría de la Sala, a la que se aludió, no configuran motivo de los que la ley eleva a la categoría de causales de impedimento o de recusación, pues ni siquiera puede tenérselas como constitutivas de enemistad grave entre el Magistrado y su acusador, causal que podría ser la aplicable en este caso, puesto que las apreciaciones hechas en el auto por medio del cual puso aquél de presente su impedimento, no se colige que abrigue contra su denunciante sentimientos que indiquen aversión, malquerencia o ánimo calculado de perjudicarlo, pues no podría dársele tal entidad a la forma, así sea enérgica, como rechaza el cargo, ni a su advertencia de que solicitará que se analice su conducta, y de resultar indemne, demandará a quien, en ese caso, quedare como su calumniador.

Los mecanismos que la ley establece para asegurar que el funcionario que, respecto de determinado asunto, no esté en condiciones de resolverlo con independencia, rectitud y ecuanimidad, sea separado de su conocimiento, no pueden utilizarse ni dejar que se utilicen para marginar igualmente a aquél en quien no concurren esas limitaciones para el correcto ejercicio de sus funciones judiciales.

En el presente caso y para decidir el incidente planteado, no se cuenta por ahora con elementos de juicio diferentes de las afirmaciones del procesado, por una parte, y de las manifestaciones del Magistrado, de otra, de haber actuado en dicho proceso "con dignidad y decoro dentro del concepto más escrupuloso del deber" (Fl. 9 del Cuaderno del Tribunal).

Razón tuvieron, entonces, sus colegas de Sala en rechazar el impedimento, pues los motivos que la ley consagra para ese fenómeno procesal, deben estar apoyados en algún sustento probatorio de naturaleza atendible.

En razón de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NO ACEPTA el impedimento manifestado por el doctor Guillermo Rojas Gómez, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario

CASACION. CAUSAL 4ª NULIDAD DE ORDEN CONSTITUCIONAL POR VIOLACION DE LA ESTRUCTURA BASICA DEL PROCESO

El legislador quiso que a los hechos sometidos a consideración de los jueces de conciencia no se les diera denominación jurídica, precisamente porque ellos deciden sobre aspectos fácticos, no jurídicos; pero si aparecen completamente reseñados en los cuestionarios ningún condicionamiento especial ni limitación alguna implica la circunstancia, innecesaria, de que se les dé denominación jurídica.

CASACION. CAUSAL 1ª VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. DAÑO MORAL SUBJETIVO.

Es el que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización. Por eso se ha llegado a denominar "Pretium doloris" a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Cómo se determinan y a quiénes comprende el tope legal de los mil gramos oro. Antecedentes históricos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 66.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Alfredo Upegui Espinal contra la sentencia de 11 de abril de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la dictada el 5 de agosto de 1980 por el Juzgado Superior de Yarumal en la que condenó a la pena principal de 96 meses de presidio (hoy prisión) como autor responsable del delito de homicidio cometido en persona de Aníbal Barrera Arango. Igualmente le impuso el Juzgado las correspondientes sanciones de carácter accesorio y la obligación, *in genere,* de pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

En la sentencia del Tribunal se modificó esa condenación abstracta en lo relacionado con los perjuicios de índole moral: Se dijo en ella: "Se condena en concreto a José Upegui Espinal a pagar, como indemnización por daños morales, en favor de la viuda del occiso, Bertha Inés Castrillón de Barrera, en moneda colombiana, suma igual a doscientos gramos oro, y en favor de cada uno de sus hijos huérfanos, suma equivalente a cien gramos oro".

El recurso fue declarado admisible y la demanda se encontró ajustada a las prescripciones formales que establece la ley (Fls. 2 y 18 del Cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Los hechos ocurrieron en la hacienda "La Selva" de propiedad del procesado, ubicada en el municipio de Ituango (Antioquia), a raíz de reucillas que mantenían William de Jesús Legarda y José Barrera, ambos trabajadores de esa finca, y el último, además, hijo del occiso, quien se desempeñaba como administrador de la mis-

ma. El día 28 de noviembre de 1978, se suscitó un altercado entre los dos jóvenes trabajadores, al parecer alentado o provocado por el patrón José Upegui Espinal, del cual resultó inicialmente lesionado Legarda a manos de José Barrera. Este fue perseguido por Upegui, revólver en mano, y al no haber podido escarmentarlo, como parece que lo pretendía, disparó contra el padre, quien abogaba por su hijo. Las lesiones así recibidas le ocasionaron la muerte en el propio lugar de los hechos.

Perfeccionada la investigación, se calificó su mérito con llamamiento a juicio de Upegui Espinal por el delito de homicidio simplemente voluntario.

Apelada esa decisión por el apoderado, fue confirmada por el Tribunal sin modificación alguna.

Ninguna prueba se practicó durante la etapa del juicio, ni fue solicitado ni ordenado el avalúo de los perjuicios, no obstante existir bienes embargados —artículo 503 del Código de Procedimiento Penal— (Fls. 85 a 92 Vto. y 214 del Cuaderno Principal).

A consideración del Jurado se sometió el siguiente cuestionario, el cual fue contestado en forma afirmativa por mayoría:

"El acusado José Alfredo Upegui Espinal, de las condiciones civiles, personales y sociales registradas en el expediente, ¿es *responsable sí* o *no*, del delito de homicidio, consistente el cargo en haber lesionado, intencionalmente y con propósito de matar, al señor Aníbal Barrera Arango con proyectil de arma de fuego (revólver), a consecuencia natural y directa de lo cual falleció lesionado en el mismo lugar de los hechos, los cuales tuvieron su ocurrencia en las horas de la mañana del veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, en la finca "La Selva", comprensión territorial del Municipio del Ituango?" (Fl. 265 *ibidem*).

Los sujetos procesales habían solicitado las siguientes respuestas: El Fiscal y la parte civil, "sí es responsable". El defensor, "no es responsable". "No es responsable, porque obró en legítima defensa de su vida". "No es responsable porque obró en legítima defensa de un tercero". "No es responsable porque no están claras las circunstancias como ocurrieron los hechos (Fls. 262 a 264 *Ibídem*).

El Juzgado del conocimiento acogió la veredicción y, con fundamento en ella, profirió la sentencia que, apelada, fue confirmada por el Tribunal mediante la que fue objeto del recurso que ahora se desata (Fls. 266 a 280 y 299 a 313 ibidem).

Conviene anotar que ante el Tribunal alegó el defensor, sin éxito, el mismo motivo de nulidad que ahora presenta en casación y lo apoyó, en esencia, en las mismas consideraciones que le sirven ahora de soporte a su libelo. (Fls. 286 y 287 *ibidem*).

La demanda

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia, uno con fundamento en la causal primera y el otro con apoyo en la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Nulidad de carácter constitucional por haberse vulnerado la estructura básica del proceso.

Lo hace consistir en que en el formulario le dio el Juez denominación jurídica a los hechos, al haberle preguntado al jurado si el procesado era responsable del delito de homicidio, con lo cual violó flagrantemente el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal y afectó de inexistencia el acto, como lo establece el artículo 214 del mismo estatuto.

Fundamenta de la siguiente manera su crítica al fallo por este aspecto:

"Cuando en el cuestionario se describen los hechos y se les da denominación jurídica, se vulnera el esquema formal del acto procesal, ya que se desconocen las formalidades y prohibiciones establecidas ex profeso por el legislador para que el acto tenga existencia y eficacia en el proceso. Esa ostensible irregularidad no está consagrada como causal de nulidad. Ello es inconcluso. Pero el desconocimiento del molde contemplado en la norma —artículo 533—, al que debe ajustarse la actuación del juez para su formación, genera la inexistencia del acto procesal. El acto ontológicamente existe pero procesalmente no. Si se desconoció el esquema formal el acto es inexistente. Lo mismo ocurre cuando se recepciona la declaración de testigo sin juramento previamente".

Como dentro del principio de causalidad que rige la sucesión de los actos procesales, el cuestionario es un acto causa que condiciona la veredicción como su efecto, y a su vez el veredicto condiciona la sentencia, al ser inexistente el veredicto por haberse violado las normas legales que regulan su redacción, el esquema lógico del proceso se resiente y la sentencia queda sin su legal soporte que es la veredicción.

Sintetiza así su pensamiento:

"Si procesalmente no existe el cuestionario procesalmente no puede existir la veredicción, y si no hay veredicción no puede haber sentencia. Como la sentencia se dictó con base en un acto inexistente, se vulneró la estructura básica del proceso y por ello campea en el proceso una nulidad jurisprudencial de origen constitucional".

Causal primera

Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea.

Hace consistir el cargo en que el Tribunal, al convertir en concreta la condenación abstracta que de los perjuicios morales hizo el Juzgado del conocimiento, y al señalar el monto de dichos perjuicios en suma equivalente a doscientos gramos oro para la viuda y cien gramos oro para cada uno de sus hijos, le dio al artículo 106 del Código Penal alcances que no le son propios, pues de un lado, entró a regular esos perjuicios sin que se hubiera adelantado el correspondiente incidente (Art. 308 del Código de Procedimiento Civil), máxime que en el presente caso hay Parte Civil constituida dentro del proceso y no se la puede suplantar en su derecho de presentar una liquidación detallada y hacerla valer; y, de otro lado, rebasó el límite máximo reconocible que es el del equivalente hasta mil gramos de oro, pues los huérfanos son diez y a cada uno de ellos les reconoció suma igual a cien gramos oro, más los doscientos señalados para la viuda.

Para el recurrente, el Juzgado puede hacer uso de esa facultad de señalar los perjuicios de naturaleza subjetiva, una vez se haya adelantado el correspondiente incidente de regulación y se llegue a la conclusión de que no son susceptibles de valoración pecuniaria.

Solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que fijó fecha y hora para el sorteo de jurado de conciencia, si la causal que prospera es la cuarta. Para el caso de que se acoja la causal primera, pide que se case parcialmente el fallo para proferir condena *in genere* por los perjuicios de toda índole, en lugar de la condena en concreto que de los morales hizo la sentencia acusada.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, pues ninguno de los cargos formulados contra ella están llamados a prosperar.

Respecto del primero, el de nulidad, acepta el Procurador que el haberle dado en el cuestionario a los hechos la denominación jurídica de homicidio es una irregularidad, pues el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal lo prohibe, pero que ella no alcanza a constituir una nulidad, ni menos una causal de inexistencia del acto.

Recuerda con jurisprudencia de la Corte que no toda irregularidad comporta tan drástica sanción procesal, sino únicamente aquellas que se traducen en violación de derechos fundamentales como el de defensa, o en desconocimiento de las formas del debido proceso o en el conculcamiento de las bases mismas de la organización judicial.

Respecto del cargo presentado dentro del ámbito de la causal primera, responde el Procurador que cuando se trata de indemnización por daño moral subjetivo, como éste, no es susceptible por su propia naturaleza, de ser avaluado pecuniariamente, no sólo es inadmisible exigir que se adelante primero un incidente que nada tiene qué ver con él, sino que es improcedente pedirle al juez que espere ese resultado, pues la norma le faculta para hacer esa fijación en concreto, precisamente por ser invalorable pecuniariamente dicho perjuicio.

Recuerda, además, el Procurador que cuando se alega la causal primera es necesario aceptar los hechos en la forma en que los dio por establecidos el sentenciador, y que en el presente caso la sentencia no hace mención concreta al número de herederos del occiso. Solamente la viuda fue reconocida como tal en la admisión de la demanda de constitución de parte civil. El número de diez hijos, sólo existe en la referencia que en dicha demanda hizo el apoderado, pero ni se acreditó su calidad de herederos ni se les reconoció como perjudicados.

De esta última consideración deduce el Procurador que el cargo además de infundado está mal planteado.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta

Nulidad de orden constitucional por violación de la estructura básica del proceso

Dice el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal:

"Cuestionario al jurado. El cuestionario que el juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N.N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica).

Es evidente, como se desprende del texto que acaba de transcribirse, que el legislador quiso que a los hechos sometidos a consideración de los jueces de conciencia no se les diera denominación jurídica, precisamente porque ellos deciden sobre aspectos fácticos, no jurídicos. Es al Juez de derecho a quien compete enmarcar dentro de los preceptos legales la objetiva veredicción de los jurados.

Con esa prohibición se busca que el jurado popular no sea abocado a difíciles apreciaciones que podrían llegar a confundirlo o desorientarlo en sus juicios.

Pero aun así, el legislador no elevó la violación de esa prohibición a la categoría de nulidad de carácter legal, no obstante que, además de los motivos generales de anulación, estableció unos específicos para el juicio rituado con intervención del jurado (Arts 210 y 211 del C. de P. P.). Ello ha de entenderse así para los casos en que la calificación jurídica concurra con la descripción de los hechos a que ella responde, como sucede en el presente caso.

Y si bien es cierto que en el artículo 214 del mismo estatuto sanciona con inexistencia del acto el desconocimiento de formalidades consagradas para éste, la norma indica que deben ser de aquellas que la ley hubiere exigido de manera expresa para la validez del mismo. Y no satisfecho el legislador con el precepto de carácter general contenido en el citado artículo 214, conmina de manera concreta con la inexistencia de determinados actos el desobedecimiento de precisas exigencias requeridas para su validez, con lo cual ilustra de manera particular el espíritu y el alcance de la norma del artículo 214.

Tal ocurre, por ejemplo, con ciertos requisitos que deben llenar las actas; con la obligación de señalar, mediante auto previo, el objeto, lugar, fecha y hora de la diligencia de inspección judicial; con el deber del juez de interrogar personalmente al testigo; con las prohibiciones para ser perito y con el requisito del juramento que debe prestar y las admoniciones que el juez debe hacerle al posesionarlo (Arts. 162, 224, 247, 268, 270 del C. de P. P.).

Claro que es necesario entender que además de estas hipótesis de inexistencia del acto procesal, pueden presentarse otras, como aquellas en que se atenta contra la estructura lógico-jurídica del mismo. Así ocurriría, verbi gratia, *en el caso de un auto de proceder en el que no se precisare el cargo por el cual se llama a responder en juicio, o el de una sentencia sin motivación alguna, o cuya motivación se contradijera sustancialmente con la parte resolutiva.*

En el caso que se estudia, no solamente no está sancionado de manera específica con inexistencia del acto el desobedecimiento de la prohibición de darle denominación jurídica a los hechos consignados en el cuestionario, sino que tampoco se desprende tan severa sanción de los propios términos del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, ni se llevó, por ello, confusión a la mente del jurado, ya que la descripción que en el mismo cuestionario se hace de los hechos, no puede tener denominación genérica distinta de esa de homicidio, como también se hizo en la parte resolutiva del auto de proceder.

Tanto los jurados de conciencia como los sujetos procesales que intervinieron en la audiencia sabían que estaban juzgando a José Alfredo Upegui Espinal por haberle dado muerte con arma de fuego a Aníbal Barrera Arango.

Ningún condicionamiento especial ni limitación alguna implicaba para sus respectivas tareas la circunstancia de que el cuestionario denominara innecesariamente esos hechos como lo hace el Código Penal, esto es, como homicidio, *vocablo que, de acuerdo con su etimología* (hominen caedere), *significa exactamente eso: dar muerte a un hombre. Quizás por eso no se registró durante la audiencia ninguna censura de esta índole, ni el defensor se sintió limitado para presentar sus variadas fórmulas de respuesta al cuestionario, que van desde la negativa absoluta de responsabilidad hasta la justificación del hecho (Fls. 264 del cuaderno principal).*

La Corte hizo, respecto de un caso similar, las siguientes apreciaciones que son valederas para el presente, como adecuadamente lo recordó el Fiscal del Tribunal:

"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 28 de la Ley 4ª de 1943. Pero de esta normación no pue-

de 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 en 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 propósito de matar, al señor Marco Antonio Payares Montes, después de haber cometido el delito de robo y para ocultar esa infracción, en las circunstancias de modo, tiempo 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 Payares Montes, según hechos que ocurrieron "el día veintiuno de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), por los lugares del mercado público de la ciudad (de Montería), en las horas de la noche (Fl. 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.

"Importa observar que ni la norma que regía 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 al derecho de defensa del procesado' " (Casación de 3 de septiembre de 1971, G. J. T. CXXXIX, números 2346 a 2351, páginas 353 y 354).

Recientemente hizo la Sala planteamiento semejante en un caso en que se formuló a la sentencia un cargo igual al que ahora se estudia.

Dijo entonces:

"Por lo demás, a pesar de la desusada palabra consignada en el cuestionario (encartado), y a pesar de que resultaba inútil recordar al jurado la calificación de homicidio que se había dado en el auto de proceder, la lectura de la pieza discutida permite saber que se pregunta en ella si el procesado es o no responsable de haber dado muerte con intención de matar a otro, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que a continuación se consignan" (Sentencia de 31 de marzo de 1981).

El cargo no prospera.

Causal primera

Violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 106 del Código Penal.

Establece el Código Penal que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan (artículo 103). Y esa reparación debe ser completa, esto es, que debe atender al resarcimiento de todo menoscabo de los derechos de la persona, que resulte ser consecuencia de la acción delictuosa.

Se dice que son daños materiales los que pueden cuantificarse económicamente, y morales aquellos que escapan, por su misma naturaleza, a la posibilidad de una valoración en dinero.

La doctrina ha distinguido entre los segundos una doble especie, la de los que no trascienden la órbita de la intimidad de la persona, y la de aquellos que desbordan ese mundo de la subjetividad para producir externamente efectos y consecuencias que afectan la capacidad productiva o laboral de la persona. A los primeros los denomina "daño moral subjetivo" y a los segundos, "daño moral objetivable".

Esta segunda categoría, al ser susceptible de valoración económica, penetra en la esfera del daño material o de índole propiamente patrimonial, diferenciándose de éste solamente por la naturaleza de la fuente de donde dimana.

No es a esta clase de daño, entonces, al que se refiere el artículo 106 del Código Penal, sino al de naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas, esto es, al que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola

y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización.

Por eso se ha llegado a denominar "Pretium doloris" *a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que la señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio juez el encargado de individualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello, porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado con el delito quien los tasara, lo cual no armoniza con el carácter público del* "ius puniendi", *encomendado al Estado.*

El artículo 106 del Código Penal dice:

"*Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente.* Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos de oro.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido".

Aludiendo a la índole y peculiaridades del daño moral dijo la Corte lo siguiente, en sentencia de su Sala de Negocios Generales de 23 de abril de 1941, cuando corrían los primeros años de vigencia del Código que dejó de regir el 29 de enero de 1981:

"Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

"En la zona del daño puramente subjetivo y social, la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir '*pretium doloris*' para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

"Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llaman Joscerand y con él otros expositores.

"Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se haya consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal que 'cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos', parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuera completa, debería basarse en la estimación del lesionado. Mas si ésta rigiese, el *quantum* de la indemnización sería el que por aquél se señalase, y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa, y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa 'una necesaria afirmación de la injusticia cometida más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima', 'puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación'. Por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil como norma general para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado. Y queda, finalmente, por considerar en la norma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí establece, en orden al señalamiento del *quantum*. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte o si ellas permiten o in-

dican como mejor la mera condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, a una cantidad ínfima que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

"Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

"Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal" (*Gaceta Judicial,* Tomo LI, páginas 434 y 435.).

Al no ser el daño moral subjetivo cuantificable pecuniariamente, como se ha dejado dicho, escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el juez dentro del límite máximo fijado por la ley.

Eso fue lo que hizo el Tribunal dentro de la facultad discrecional que le otorga el artículo 106 del Código Penal y ante el convencimiento de que los perjuicios que en concreto apreciaba en este caso eran los morales de índole subjetiva, o sea los no susceptibles de tasación monetaria.

Si además de estos llegaren a comprobarse los morales determinables, podrán ser objeto de justipreciación junto con los materiales en el incidente de regulación que puede llegarse a proponer, como lo permite el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y por contener la sentencia, respecto de ellos, una condenación in genere.

Con la fijación de la suma que, por concepto de daño moral subjetivo, reconoció el Tribunal a la viuda y a los huérfanos del occiso, buscó darles esa satisfacción para su dolor que autoriza la ley.

Para que no quede duda de que ese es el aspecto que se indemniza en este caso, el propio fallo lo expresó de la siguiente manera:

"Pero, siguiendo las pautas del artículo 106 del Código Penal, dentro del sano arbitrio del juez (colegiado en este caso), y atendido el dolor moral causado a la viuda y a sus hijos con la suspensión de la vida *de Aníbal Barrera Arango, se concretará la condena al pago de los daños morales, al equivalente en moneda nacional a doscientos gramos de oro en favor de la señora Bertha Inés Castrillón de Barrera, y a cien gramos oro para cada uno de sus hijos huérfanos (Fls. 312 del cuaderno principal. Subrayas fuera de texto).*

Por lo que respecta al señalamiento en concreto que el Tribunal efectuó de sumas específicas para la viuda y para cada uno de los huérfanos, con lo cual puede llegarse a superar la cantidad de los mil gramos oro que determina la norma, la Sala pone de presente que, dadas las peculiaridades de este reconocimiento económico por el dolor moral, el tope de los mil gramos oro no debe entenderse como único respecto de todos los ofendidos y perjudicados, sino en relación con cada uno de ellos, y no como una suma que tiene que reconocerse siempre en su integridad, sino como un límite dentro del cual se hacen las respectivas regulaciones, según el prudente arbitrio otorgado al juez.

Esa terminó siendo, además, la tendencia jurisprudencial y doctrinaria de interpretación del artículo 95 del anterior Código, el cual establecía una suma hasta de dos mil pesos que podía ser reconocida al ofendido como satisfacción por el daño moral.

Basta recordar el siguiente pronunciamiento de la Corte al respecto:

En sentencia de 6 de junio de 1945, la Sala de Casación Civil, después de analizar los diferentes criterios que, en tratándose del perjuicio moral, se habían tenido hasta entonces respecto de la interpretación del artículo 95 del Código Penal, dijo:

"Reparando sobre esa disposición legal (se refiere al citado artículo 95) se observa que el límite máximo de reparación fijado en ella, es para la indemnización que corresponda al ofendido, como lo reza claramente el texto; lo cual está significando, al usarse esa expresión en singular, que cuando son varios los ofendidos a cada uno debe asignársele la correspondiente indemniza-

ción, pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo.

"Si es evidente que el principio de que a cada persona perjudicada y ofendida con un hecho u omisión debe indemnizársele en su totalidad y hasta donde las circunstancias lo permitan el perjuicio que se le haya causado y si el quebranto o lesión del patrimonio efectivo constituye en quien lo padece una entidad jurídica propia e independiente, la tesis que esta Sala ha sentado antes, muy fácilmente conduciría a extremos que llevaran al desconocimiento de aquel principio fundamental, pues bien podría darse el caso que existiendo varios damnificados por un solo hecho que demandaren en distintas oportunidades y por cuerda separada, el primero que lograra la decisión de su causa pudiera obtener, dentro del criterio prudencial que guiara al juez, una suma hasta de dos mil pesos como reparación o satisfacción por el perjuicio moral subjetivo sufrido, y entonces resultaría que como ya se decretó en favor de ese ofendido el pago de la suma a que según la doctrina de esta Sala podía llegarse como máximo por el concepto expresado, los otros damnificados sufrirían un quebranto sin recibir la correspondiente prestación o satisfacción pecuniaria a que en principio tenían justa razón, lo que aparece contrario al principio fundamental de derecho arriba invocado.

"Entonces resulta como la interpretación más conforme con el texto claro del artículo 95 tantas veces citado, la que admite al aplicar éste en lo civil, para el efecto de regular el daño moral subjetivo que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al fijar el *pretium doloris,* pero con la aclaración de que la compensación o, mejor dicho, la reparación para cada demandante u ofendido puede fijarla prudencialmente el juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo (*Gaceta Judicial,* Tomo LIX, página 140).

Posteriormente la Sala de Casación Penal prohijó íntegramente esta doctrmina en sentencia de 18 de febrero de 1958 (*Gaceta Judicial,* Tomo LXXXVII, páginas 221 a 225).

No cabe duda que ese tiene que ser el alcance que se dé también al artículo 106 del Código vigente, no solamente porque, en esencia, está concebido sobre los mismos presupuestos y con los mismos objetivos del artículo 95 del anterior Código, sino porque la naturaleza de la satisfacción pecuniaria del dolor que con él se persigue, demanda que la suma reconocida se entienda para cada uno de los ofendidos o perjudicados, pues en cada uno de ellos se hace realidad ese íntimo sentimiento de pesar, consecuencia del delito, al que la ley le reconoce una satisfacción; y si por su propia índole es difícil su estimación en dinero, más habrá de serlo en frente de una barrera común infranqueable, que conduciría indefectiblemente, cuando fueren varios los titulares de la satisfacción, a promedios y acomodamientos que no se compadecen con los nobles fines que inspiraron la norma.

Los redactores del anteproyecto del Código Penal del año de 1974 prescindieron de la disposición contenida en el artículo 95 del Código Penal de 1936, por estimar que ella quedaba comprendida dentro del precepto de carácter general que obliga al responsable a resarcir los daños de índole material y moral ocasionados con su acción, y por cuanto, de todas formas esos perjuicios morales podían ser valorados por el juez con la ayuda de peritos (Acta número 63, correspondiente a la sesión del 27 de julio de 1973; publicación hecha por el Ministerio de Justicia, página 405).

Los Comisionados para la redacción del anteproyecto de 1978, no solamente mantuvieron la norma a que aludía el citado artículo 95, sino que actualizaron el valor de la suma que debía reconocerse y precisaron que ella se entendía en razón de cada perjudicado. El artículo 131 de ese proyecto, correspondiente al Título V, del Libro Primero, Parte General, que versaba sobre "La Responsabilidad Civil Derivada de la Infracción penal", dice:

"Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. *Si el daño moral ocasionado por la infracción no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización, la cual no excederá,* para cada ofendido o perjudicado, *de cincuenta mil pesos.*

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido" (Proyecto de Código Penal Colombiano, 1978, publicación realizada por el Ministerio de Justicia, página 33 —subrayas fuera del texto—).

Los redactores del anteproyecto de 1979, el cual fue el antecedente inmediato del actual Código, conservaron en esencia la norma propuesta en el precedente anteproyecto, limitándose a arbitrar un sistema diferente para la tasación del

perjuicio moral, que fue el referido al patrón oro.

Aunque suprimieron la expresión "para cada ofendido o perjudicado", en la discusión que se hizo del tema no afloró en momento alguno la intención de dejar establecido que la suma de los mil gramos oro era única para todos los ofendidos o perjudicados, de donde se puede colegir que más bien juzgaron innecesaria esa precisión, pues la tradición jurisprudencial indicaba que ese monto podía ser reconocido respecto de cada ofendido o perjudicado.

En el acta número 9 correspondiente a la sesión del día 29 de marzo de 1979, cuando se consideró el artículo 131 del proyecto final (1978) "Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente", se lee lo siguiente: "Doctor Ortega Ramírez: No estoy de acuerdo con la suma de dinero, porque todos somos conscientes de la permanente devaluación. Por consiguiente, podemos adoptar una fórmula que evite los posibles y permanentes cambios de la norma por razón de la devaluación. Por ejemplo, decir: 'Hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro'. Doctor Giraldo Marín: Estoy de acuerdo con la propuesta del doctor Ortega Ramírez. A manera de historia quiero señalar que cuando la comisión de 1936 aprobó el artículo 95 del Código Penal actualmente en vigencia, fijó una cantidad máxima de dos mil pesos como indemnización al daño moral ocasionado por el delito, por imposibilidad de avaluarlo pecuniariamente. Señaló esa suma de dinero, porque con ella se compraban 1.000 gramos oro. Es decir, tuvieron en cuenta esta referencia como base de la liquidación del daño moral. Esto se afirma con las doctrminas del Consejo de Estado, que en fallos de Sala Plena fechados el 9, 13, 14 y 15 de febrero de 1978, expedientes números 1632, 1659, 1622, y 1639, hicieron alusión al valor de 1.000 gramos oro al momento de efectuarse la liquidación del perjuicio' ".

Después de este intercambio de opiniones fue aprobado el proyecto de artículo con texto igual al que registra el actual artículo 106 del Código vigente ("Trabajos preparatorios. Actas del nuevo Código Penal. Parte general. Artículos 1 a 110. Volumen primero. Edición dirigida por Luis Carlos Giraldo Marín, pág. 607).

En la "Relación Explicativa", suscrita por el Presidente de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal, doctor Federico Estrada Vélez, nada se dijo al respecto. En la página 50 de la edición oficial del Código, realizada por el Ministerio de Justicia, se lee: "Por último, el Título VI reglamenta lo relativo a la responsabilidad civil como consecuencia de la comisión de un hecho punible".

Los más próximos antecedentes históricos del nuevo Código Penal y la tendencia jurisprudencial que orientó la aplicación del artículo 95 del Código Penal de 1936, permiten sostener que la suma de mil gramos oro que establece el artículo 106 como límite máximo reconocible por perjuicios morales subjetivos, ha de entenderse en razón de cada ofendido o perjudicado, no de la totalidad de los mismos, pues sigue siendo valedera la consideración de que si respecto de uno de ellos fue tan intenso el grado de dolor moral que el Juez estimó, en su prudente arbitrio, que debía reconocerle el máximo de ella, quedarían los demás sin posibilidad de que les fuera decretada esa satisfacción pecuniaria a la que igualmente tienen derecho.

En razón de las consideraciones que se dejan hechas, forzoso es concluir que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 106 del Código Penal, cuando, haciendo uso de la facultad discrecional que le concede dicha norma, señaló directamente el monto que debía reconocerse a cada uno de los perjudicados con el delito, y lo hizo teniendo en cuenta el máximo de mil gramos oro para cada uno, pero sin rebasarlo en ninguno de los casos.

El cargo no prospera.

En virtud de las precedentes apreciaciones, 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 el fallo impugnado.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS

Artículo 78, numeral 7º del Código de Procedimiento Penal. La ampliación referente a esta causal ha sido circunscrita al evento en el que, aún siendo formalmente diferentes las providencias, aquella en la que no intervino el Magistrado, es, no obstante, materialmente igual, por no haberse practicado ninguna otra prueba entre una y otra cosa. Se reitera esta doctrina.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1982.

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

Aprobado: Acta número 66.

Vistos

La Magistrada doctora Gloria Flórez de Sabogal, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se ha declarado impedida para conocer de este asunto en la consideración de que, como Juez Primera Superior de la misma ciudad, calificó el mérito del sumario con sobreseimiento de carácter temporal sin que, con posterioridad, "se allegar(a)n pruebas que hubieran variado la situación procesal, motivo por el cual se profirió el segundo sobreseimiento temporal que hoy es materia de revisión", impedimento que funda en "lo dispuesto por el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, ya que por vía de excepción la honorable Corte Suprema de Justicia lo ha admitido así".

Los restantes Magistrados de la Sala, por el contrario, estimaron infundado el impedimento alegado porque la actuación cumplida por la doctora Flórez de Sabogal en la que funda su pretendida separación del conocimiento no tiene apoyo en la norma por ella invocada, a causa de no haber proferido la providencia de cuya revisión se trata y porque, además "no es cierto (...) que en el actual momento se esté revisando la misma situación que se analizó en el primer auto calificatorio el cual fue proferido el 20 de octubre de 1976 por la doctora de Sabogal cuando se desempeñaba como titular del Juzgado de Conocimiento, pues con posterioridad a esa fecha se allegaron al expediente las declaraciones de Beatriz Jiménez López y María Odilia Castro Tovar y se evacuó una diligencia de confrontación entre la testigo Rosa María López de Jiménez y el sindicado Venancio Cepeda Chacón, pruebas que bien pudieran hacer variar la situación analizada en el primer calificatorio".

Considerando:

Es incuestionable, como lo advierte el Tribunal, que la providencia de cuya revisión se trata no fue proferida por la Magistrada Flórez de Sabogal e incuestionable, igualmente, que no le es aplicable la doctrina de la Corte en la que parece apoyarse su impedimento.

En el proceso consta, en efecto, que el proferido por la actual Magistrada cuando ejerció el cargo de Juez Primera Superior de Bogotá fue el auto de 20 de octubre de 1976 por medio del cual sobreseyó temporalmente a los procesados Benancio Cepeda Chacón, José Isidro Cañón Ortiz y Armando Castiblanco (Fls. 247 a 271 del cuaderno principal) y que aquél de cuya revisión se trata ahora es el de 11 de enero de este año (Fls. 322 a 325), suscrito por la doctora Leonor Ramírez Alonso, en el cual se sobresee temporalmente por segunda vez a favor de los mismos sindicados, providencias que, además, no sólo aparecen distanciadas por los cinco (5) años transcurridos entre una y otra, sino, también, fundadas sobre situaciones procesales diferentes, la última de ellas luego de practicarse pruebas no consideradas en la primera, tales las ampliaciones de los testimonios de Beatriz Jiménez López (Fl. 303) y de María Odilia Castro Tovar (Fl. 304) y la diligencia de careo entre la testigo Rosa María López de Jiménez y

el sindicado Venancio Cepeda Chacón (Fls. 305 a 307 vto.), pruebas ordenadas en el primer sobreseimiento, tendientes a esclarecer los hechos materia de la investigación, cuya importancia debe analizarse en la nueva calificación y no, por supuesto, previamente, para fundar o desestimar la causal de impedimento.

La Corte, por ello, ha sostenido que la ampliación referente a esta causal (7ª), "ha sido circunscrita al evento en el que, aun siendo formalmente diferentes las providencias, aquélla en la que no intervino el Magistrado es, no obstante, materialmente igual, como ocurre, por ejemplo, cuando el Magistrado ha calificado el mérito del sumario con sobreseimiento temporal, como en este caso y luego le corresponde conocer,, sin que se haya practicado ninguna otra prueba, *el segundo sobreseimiento de tal naturaleza" se resalta.*

En suma, como lo advierte el Tribunal:

"...no puede tenerse en el presente asunto y momento procesal que la situación de excepción que previó la honorable Corte en la providencia antes mencionada le sea aplicable a la honorable Magistrada Flórez de Sabogal, pues, como ya se vio, con posterioridad a la providencia que ella dictó, se aportaron pruebas y, por otra parte, el transcurso del tiempo y la forma favorable como les fue resuelta la situación jurídica a algunos de los sindicados, ha modificado profundamente la posición de los mismos en el expediente...".

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por la Magistrada doctora Gloria Flórez de Sabogal en este asunto.

Notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION. ARTICULO 580-4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. NULIDAD LEGAL POR ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Cuando se aduce que el fallador al calificar el mérito del sumario equivocó el nomen iuris **de la infracción, hay que probar estos dos aspectos: primero, que el delito por el cual se llamó a juicio no se tipifica; y segundo, que es otro muy distinto el que se da de manera inequívoca. Si no se concreta probatoriamente el cargo y de paso se incurre en grave equivocación, la demanda no tiene base jurídica.**

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1982.

Magistradó ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 66.

Expediente número 27161.

Vistos

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del 30 de julio de 1981, mediante la cual revisó la del Juzgado Tercero Penal del Circuito, dictada el 19 de mayo de ese mismo año, que había condenado a Rosalba Velandia de González por el delito de abuso de confianza, cometido en perjuicio de Graciela de las Mercedes Salazar de Pérez, modificando únicamente la pena principal para imponerle la de doce meses de prisión y confirmando en todo lo demás, se interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación con demanda que se declaró ajustada a derecho.

Hechos

Fueron relatados en las instancias de la siguiente forma:

"...En mil novecientos setenta y cuatro Graciela de las Mercedes Salazar de Pérez concibió la idea de abrir un almacén de lámparas en esta ciudad y autorizó verbalmente al efecto a Rosalba Velandia de González, a quien designó administradora, con derecho a percibir por esos servicios el diez por ciento del producido de las ventas.

"La Velandia de González realizó toda la tramitación indispensable para la organización del comercio, incluida la firma de un contrato de arrendamiento del local donde funcionaría bajo el nombre de 'Lámparas de Envigado' (Fl. 57).

"En octubre de mil novecientos setenta y seis visitó la dueña el almacén y advirtió algunas informalidades que a su parecer no se compadecían con su condición de propietaria (Fl. 3). De acuerdo con la administradora resolvieron entonces que ésta simulara vender el expendio a su patrona y así se hizo constar en documento que firmaron las partes el veinticinco de ese mes (Fl. 80). Cumplido lo cual, la Salazar de Pérez confirió poder a la Velandia de González para que en 'Lámparas de Envigado' contara con amplias facultades de administración (Fl. 81).

"Sucedió que a los comienzos de mil novecientos setenta y ocho la propietaria tuvo conocimiento de que la administradora vendía en su almacén mercancías de casas rivales sin autorización y que reincidía en mostrarse ante terceros como dueña del almacén (Fl. 41). Pero cuando estos desleales comportamientos la movieron a prescindir de los servicios de la Velandia, se encontró con que la despedida le hacía saber que no obstante seguiría en el local donde estaba funcionando el bazar, por cuanto era ella quien había firmado el contrato de arrendamiento del mismo (Fls. 39, 46, 17 p. c.).

"Esta circunstancia dio lugar a la formación de las diligencias, por cuanto la Salazar de Pérez estimó que, al arrendar el inmueble para su almacén, la denunciada había obrado a su nombre sin que le fuera dable aprovechar este encargo en detrimento del establecimiento de comercio...".

La demanda

Invoca la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del C. de P. P.) por estimar que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad.

Considera que se violó el artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, pues el juez llamó a responder en juicio a la acusada por el delito de abuso de confianza cuando, de conformidad con la realidad procesal, debió hacerlo por estafa o por hurto.

Para demostrar el cargo trata de hacer ver que no existió abuso de confianza porque el objeto material de este ilícito es un bien mueble y no un derecho personal como el que le asiste al arrendatario de un inmueble para usarlo, que es lo que concreta la imputación en este caso.

Al mismo tiempo intenta probar que se cometió un hurto, con estos argumentos:

"...el interés jurídico que tutela el delito de hurto es el de la posesión como entendida como un poder de custodia y de disposición fáctica que alguien tenga sobre una cosa mueble. Por tanto, sólo cuando se lesiona este interés jurídico de la posesión resulta cometido el delito de hurto.

"Y se distingue la anterior infracción penal del delito de abuso de confianza precisamente porque en esta última posesión, entendida como la dicha facultad de custodia y poder de disposición real del bien mueble ajeno, ha sido dejado en el ámbito de quien recibe la cosa por un título no traslaticio de dominio.

"En consecuencia, si quien recibe la cosa apenas obtiene el poder de disposición material pero el tradente mantiene la custodia, ya no es posible que se cometa abuso de confianza, sino que el ilícito punible es el de hurto..."

Termina solicitando que se infirme el fallo y se haga la declaración de que trata el artículo 583-3 del Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio Público

Aduce falta de técnica en la presentación del cargo, pues asegura que la jurisprudencia exige dos demostraciones concurrentes: la aplicación indebida de la norma que describe el ilícito por el cual se profirió auto de proceder, y la comprobación de que es otro el tipo penal que emerge del proceso.

En consecuencia, expresa:

"...De la lectura del libelo se colige el propósito del demandante dirigido a demostrar la atipicidad de la conducta imputada a su representado por ausencia de uno de los elementos estructurales del tipo penal denominado abuso de confianza, planteando como argumentación concurrente la existencia del delito de hurto, sobre la base de un 'supuesto' apoderamiento de las mercancías de propiedad de la dueña del establecimiento comercial.

"Pero ocurre que de las pruebas recogidas ni del auto de proceder dictado en esta causa surge el cargo de apoderamiento, por parte de la acusada, de las mercancías que vendía en el establecimiento comercial y como quiera que esa fue la situación fáctica tenida en cuenta por los juzgadores en la calificación de la delincuencia, resulta inadmisible alegar la tipicidad de un hecho punible sobre bases hipotéticas o simples conjeturas.

"La Corte, en sede de casación, no podría entrar a examinar el cargo formulado en tales condiciones, porque una de las argumentaciones concurrentes: la demostración de que el delito imputado debió ser el hurto, no tiene asidero en la realidad procesal..."

Se considera

En el marco de la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del Código de Procedimiento Penal) se propone nulidad legal por error en la denominación jurídica de la infracción (Art. 210-5 *ibidem*) al ser calificado el mérito del sumario.

Es así como se afirma que la procesada no podía ser llamada a juicio por un delito de abuso de confianza sino por uno de hurto, porque aquél exige que la acción recaiga sobre un bien mueble y no sobre un simple derecho personal, mientras que éste, al parecer, lo permite.

Justamente *cuando se aduce que el fallador al calificar el mérito del sumario equivocó el nomen iuris de la infracción, hay que probar estos dos aspectos: primero, que el delito por el cual se llamó a juicio no se tipifica; y, segundo, que es otro muy distinto el que se da de manera inequívoca.*

La sola presentación del cargo de nulidad que se examina riñe con la lógica más elemental, pues comporta absurdo jurídico descartar el delito de abuso de confianza porque la apropiación no recayó sobre una cosa mueble y de afirmar el delito de hurto con el mismo argumento puesto al revés, siendo que en ambas infracciones el objeto material es idéntico; y, comporta absurdo jurídico asegurar que un derecho personal no es bien mueble a fin de destruir el delito de abuso de confianza, sosteniendo al mismo tiempo lo contrario con la pretensión de configurar el de hurto.

La violación del principio de no contradicción que resulta en este discurrir del censor anula sus argumentaciones y, en consecuencia, permite concluir que no realizó la demostración de ninguno de los dos aspectos que debía probar conforme lo demanda el manejo de esta causal de nulidad.

Además, esa violación desvirtúa el recurso como lo expresó la Corte al decir:

"...El principio de no contradicción constituye la más elemental pero también la más justa, pero no de una concreta petición de insoslayable de las exigencias lógicas de este recurso extraordinario. Sin el cumplimiento de esa exigencia la demanda tendría el alcance de un alegato común, de una nueva solicitud de justicia, pero no de una concreta petición de legalidad que es lo que, estrictu sensu, *caracteriza la casación..." (C. S. de J., Set. Cas. Penal, 26 febrero 1980).*

*Finalmente, hay que anotarle al recurrente que el bien jurídico tutelado con los delitos de hurto y abuso de confianza es el derecho que se ejerce por el "*dominus*" sobre cada uno de los bienes que integran su patrimonio económico en un momento dado. Se trata de ilícitos contra el derecho de toda persona a que sólo sea modificado su* estatus *patrimonial con el concurso de su voluntad o con autorización legal, es decir, nunca por fuerza de un proceder arbitrario; hace parte de ese derecho, como es obvio, la propiedad. Entonces, siendo la posesión un atributo de ella, no importa el título ni la forma como se ejerza. De manera que si se alega para distinguir el abuso de confianza del hurto, que en aquél la posesión de la cosa la tiene el delincuente mientras que en éste esa posesión la ejerce otro, se está haciendo una diferencia, pero no se está probando nada en el caso* sub iudice.

Si no se concreta probatoriamente el cargo y de paso se incurre en grave contradicción, la demanda no tiene base jurídica, no puede prosperar.

En tal virtud, 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 el 30 de julio de 1981 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

Varios son los factores que deben analizarse antes de entrar a ordenar una tramitación definitiva y de llegar el momento de proferir sentencia. Tiene que estudiarse si la sentencia es de aquellas sujetas a tal recurso (C. de P. P. Art. 569); la cuantía, cuando el recurso verse sobre indemnización de perjuicios (Id. 572) y si él fue interpuesto oportunamente o no (Id. 573).

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 66, 22 agosto/82.

Vistos

Contra el auto de 15 de julio del año que avanza, por medio del cual esta Sala "*Declara inadmisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el sentenciado *Julio Hernando Alvarez de Castro* y su defensor", interpuso recurso de reposición su apoderado especial, con el objeto de que se reponga y, en su lugar se declare admisible.

Resultandos y considerandos

Primero. Sostiene el recurrente que la Corte no puede juzgar sobre la juricidad del auto por medio del cual el Tribunal ordenó la nueva notificación de la sentencia de segunda instancia, porque su competencia en sede de casación le está limitada por el artículo 581 del Código de Procedimiento Penal. "Si pudiese la Corte entrar a juzgar el acto por medio del cual el Tribunal ordenó aclarar su propia sentencia, ella estaría convirtiéndose en Tribunal de tercera instancia, lo que aparece alejado a todas luces de la técnica de casación y del rigor del recurso, preocupación constante de nuestro más alto Tribunal. Si el Tribunal decidió aclarar la sentencia y volverla a notificar, es asunto que escapa al control jurisdiccional de la Corte, pues ella solamente se puede ocupar de los yerros de la sentencia que se planteen por la vía de las causales de casación, excepto, claro está, el caso de la nulidad declarable de oficio de conformidad con reiterada doctrina de esa Sala. Si pudiera la Corte analizar, por fuera de las causales de casación los errores cometidos por los Tribunales de instancia, se desnaturalizaría por completo el recurso y sus características de 'extraordinario', para convertirse la Corte, repetimos, en Tribunal de tercera instancia". No podía la Corte declarar inexistente un auto del Tribunal so pretexto de que por estar ya ejecutoriada la sentencia de segunda instancia había perdido la competencia, porque entonces la Corte no la ha adquirido "para corregir los yerros de la sentencia que ella le apunta a aquél".

Segundo. Replica a lo anterior el apoderado de la parte civil: la Corte en su auto recurrido en reposición no ha incurrido en abuso del derecho ni se ha convertido en Tribunal de tercera instancia porque para "llegar a la conclusión de si la sentencia es o no casable y si tal recurso se concedió en debida forma, la Corte tenía necesariamente que tocar aquellos aspectos, pues sólo así podía llegar a la conclusión a que llegó. A nadie se le puede ocurrir, razonablemente, que la Corte está impedida para examinar todas las providencias y términos de un proceso para poder decidir sobre la viabilidad o no del recurso de casación que se haya interpuesto sobre la sentencia dictada en él. La Corte no puede decidir sobre la admisibilidad o no admisibilidad de un recurso de casación sino mediante el atento examen tanto de la sentencia impugnada como del auto que lo concede, ya que sólo mediante el estudio de ellos puede determinar si el recurso fue o no interpuesto en tiempo y si la sentencia es de aquellas que admiten el recurso". Finaliza

con la solicitud de que se mantenga la providencia mediante la cual se declaró inadmisible el de casación.

Tercero. 1. La limitación de la Corte invocada por el recurrente en reposición, fundamentándose en el artículo 581 del estatuto procesal penal, según el cual "no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes", no tiene cabida en el asunto que ahora se considera. En efecto:

Tal limitación hace concreta referencia a la consideración o estudio de las causales de casación invocadas para impugnar una sentencia, caso en el cual la actividad de la Corte se reduce a la consideración y análisis de aquellas que expresamente y con invocación de la respectiva norma, le hayan sido planteadas, excepto, como lo recuerda el libelista, en lo relacionado con algunas protuberantes causales de nulidad que, por interpretación jurisprudencial, pueden decretarse de oficio.

Pero esa limitación está expresa y concretamente señalada, dentro de los senderos procesales en que se desarrolla el recurso de casación, para una etapa posterior y culminante de él, como es la relacionada con las reglas a las cuales debe someterse la Corporación al proferir la sentencia.

2. Una vez interpuesto un recurso de casación y llegado el proceso, por razón de ello, a la Corte, varios son los factores que deben analizarse antes de entrar a ordenar una tramitación definitiva y de llegar el momento de proferir sentencia. Tiene que estudiarse si la sentencia es de aquellas sujetas a tal recurso (C. de P. P., Art. 569); si quien o quienes recurren son titulares de él (id. 570); la cuantía, cuando el recurso verse sobre indemnización de perjuicios (id. 572) y si él fue interpuesto oportunamente o no (id. 573).

Es cierto que es el Tribunal quien debe conceder el recurso (id. 575), pero exclusivamente a la Corte corresponde decidir si es admisible o no: "Repartido el expediente en la Corte, la Sala decidirá dentro de los diez días siguientes si es o no admisible el recurso. Si fuere admitido, ordenará el traslado al recurrente o recurrentes por treinta días, a cada uno, para que dentro de este término presenten las demandas de casación. En caso contrario dispondrá que se vuelvan los autos al Tribunal de origen".

Entonces, es la Corte y sólo ella quien debe decidir acerca de la admisibilidad del recurso, para lo cual necesariamente debe tener en cuenta los factores que se han dejado relacionados. Y así habrá de estudiar de qué clase de sentencia se trata: si de primera o de segunda instancia; quién la profirió: si Juzgado o Tribunal; por qué delito o delitos ha sido proferida, para saber si es procedente de acuerdo con la máxima pena imponible; quién o quiénes interpusieron el recurso, para determinar si tenían o no personería para ello y si fue interpuesto oportunamente.

No basta, pues, que el Tribunal lo haya concedido. También se requiere, por mandato legal, que la Corte lo declare admisible. Y, para hacer esta declaratoria, necesariamente tiene que valorar los factores que se dejan relacionados, dentro de los cuales está el determinar, como se hizo en el auto recurrido en reposición, la persona concreta contra quien se profirió la sentencia, el término de su ejecutoria y si el recurso fue interpuesto dentro del señalado por el artículo 573 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, cuando la Sala entró a estudiar los factores que se han dejado precisados, no se convirtió en Tribunal de tercera instancia ni se salió del ámbito propio de sus funciones sino que examinó lo que tenía que examinar para cumplir con las prescripciones de ley, a fin de decidir si el recurso era admisible o no. Se llegó a la última conclusión, en ejercicio de una competencia suya propia y exclusiva, según se ha dejado establecido.

En consecuencia, no puede prosperar el recurso de reposición del cual se ha hecho mérito.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— NO REPONGA su auto de fecha 15 de julio del presente año, por medio del cual declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Julio Hernando Alvarez de Castro y su defensor, contra la sentencia de segunda instancia proferida dentro de estas diligencias el 19 de febrero de 1981 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD POR FALTA DE APODERADO EN EL SUMARIO

El apoderado del procesado, rendida la indagatoria, queda vinculado, como tal, a todo el desarrollo del sumario, al menos que se produzca su sustitución. Constituye exageración procedimental y apreciación rigorista, ajenas a las prescripciones de la ley, estimar como obligación del Juez la de señalar al procesado que debe nombrar un apoderado para la indagatoria y otro para intervenir en el desarrollo del sumario.

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS

Cuando se trata de impedir un interés, un beneficio directo o indirecto en operación que deba ejercer un empleado oficial por razón de su cargo, ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia se interesan por su cuantificación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 27 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 65 de 24 de agosto/82.

Vistos

El defensor del sindicado doctor Luis Guillermo Nieto Roa, ha solicitado se reponga el auto de llamamiento a juicio proferido en contra de su patrocinado, para obtener, en defecto de aquél, la declaratoria de nulidad de lo actuado, un sobreseimiento definitivo, o uno de carácter temporal.

Tramitado el recurso en debida forma, se procede a su definición.

1. *De la nulidad por violación y ausencia del ejercicio del derecho de defensa*

El impugnador pretende establecer, en cuanto a los apoderados, una doble distinción: los que sirven para la recepción de indagatoria, y, los que actúan para las demás actuaciones que se cumplen en el sumario. Los primeros confinan su intervención a esa diligencia y el juez debe hacer saber al procesado que la designación sólo comprende esa actuación, debiendo proveer mediante designación específica el asistente profesional que debe representarlo en los demás actos de la investigación.

A este respecto el memorialista anota: Como puede verse ("...El suscrito juez... hizo saber el derecho que tiene de nombrar un abogado titulado para que lo asista *en la presente diligencia...*" —Fl. 254, cuaderno número 1—), el juez se abstuvo de advertir al indagado que el derecho de nombrar apoderado no era sólo para la diligencia de indagatoria sino además para asistirlo durante el sumario. Limitado el apoderado a la diligencia de indagatoria y posesionado solamente para ella, careció de mandato para actuar dentro de las demás diligencias del sumario; sobre este punto el doctor Carlos Gómez Aranguren (apoderado para la indagatoria, aclara la Sala) ha escrito el certificado que con este memorial acompaño ("...mi asistencia profesional al doctor Nieto se limitó a la indagatoria, en razón de que el Juzgado nos indicó, tanto al doctor Nieto como a mí, que el poder así conferido se circunscribía a dicha diligencia sin extenderse al resto de la etapa sumarial..."

—Fl. 1—). "...En todo caso, es evidente que el doctor Luis Guillermo Nieto Roa solamente tuvo apoderado para la diligencia de indagatoria, que no nombró apoderado para el sumario y que no se le nombró de oficio..." (Fl. 11). "...A partir de la diligencia de indagatoria (Fl. 254, cuaderno número 1) puede verse la ausencia total de toda actuación dirigida a la defensa del sindicado..." (Fl. 11).

Y se agrega que, por ser el sindicado abogado, tenía derecho a ejercer por sí mismo su defensa. "...Sin embargo, esta facultad se concede en forma universal a todos los procesados, sean o no abogados. Lo que no puede jamás, precisamente para garantizar de manera adecuada el derecho de defensa, es prescindir de notificarse al procesado para que nombre apoderado y en su defecto se le debe asignar de oficio. La advertencia del derecho debe hacerse en la diligencia de indagatoria y no solamente para ella, sino además para todas las diligencias del sumario..." (Fl. 11).

Para demostrar el cuidado del legislador, sobre este particular, se citan los artículos 120, 123, 393, 431 y 485 del Código de Procedimiento Penal actual.

Responde la Sala

Las referencias legislativas ciertamente destacan la importancia del apoderado, en el sumario, en especial en la diligencia de indagatoria o actuaciones que tengan que ver con el procesado. Son preceptos muy conocidos, de importancia indiscutible e indiscutida que, celosamente, deben cumplirse si se quiere tener un buen procedimiento, ajeno a vicios y arbitrariedades.

Pero las normas citadas no se inobservaron.

La interpretación que el recurrente intenta establecer, tan estricta y perjudicialmente formalista, no la reconoce la doctrina, ni la praxis judicial, ni la contienen los textos citados. Lo que al respecto se suele tener por verdad, consiste en reconocer que el apoderado designado por el procesado, a no ser que éste de manera expresa y categórica limite su intervención, que no fue el caso de autos, o dispuesto por el instructor o juez de conocimiento, no reduce sus facultades al solo evento de la indagatoria, quedando vinculado, como tal, a todo el desarrollo del sumario, al menos hasta que se produzca su sustitución. Sólo cuando el propio sindicado lo remueva, si es nombramiento de confianza, o el juez reemplace al de oficio, después de requerir su activa participación (Art. 117 C. de P. P.) cesa su actividad, la misma que aquél regula, según su capacidad, necesidades de defensa o apremios de las partes. Mientras tanto, puede, debe seguir actuando a partir de la indagatoria.

Constituye exageración procedimental y apreciación rigorista, ajenas a las prescripciones de la ley, estimar como obligación del juez la de señalar al procesado que debe nombrar un apoderado para la indagatoria y otro para intervenir en el desarrollo del sumario. Y la consideración resulta tanto más extravagante e insólita, cuanto que se agudiza al punto de exigir al juez que haga ese enteramiento a quien sirve como apoderado en una indagatoria, so pena de entender éste que allí empieza y termina su intervención, corriendo la instrucción con los gravámenes de la anulación.

En este expediente el procesado, que es abogado (Art. 116 C. de P. P.) designó apoderado y no limitó explícitamente su mandato a la diligencia de indagatoria, entendiéndose su nombramiento para todos los fines de la investigación sumaria. Era deber y compromiso suyo, según el curso de la averiguación, atenderla debidamente o separarse de ella, acatando el procedimiento de renuncia de poder. Si el juez hubiera negado posibilidades al apoderado interviniente en la indagatoria, para continuar con este encargo en el resto del sumario, la sanción de nulidad sí podría abrirse camino. Pero en situación distinta, teniéndose por apoderado al que inició su actuación en la indagatoria y permitido su intervención, no corresponde una decisión como la que el recurrente recomienda adoptar.

El doctor Carlos Angel Gómez Aranguren no podía entender lo que en su certificación dice que entendió. Las conocidas normas que rigen el procedimiento penal, su pacífica, unánime y nada compleja valoración, la preparación profesional, que debe presumirse en todo abogado que acepta intervenir en un proceso, no dan margen para que se le admite ese peculiar modo de pensar, que revela, más bien, a una censurable omisión profesional o una explicación *ad hoc* muy lamentable.

Estima la Sala que la tramitación se realizó con acatamiento de las normas básicas que debían regirla. Sobre esas supuestas faltas no es factible asentar el infortunio del procesado y menos aseverar que "...De haber estado asistido... por un abogado experto, seguramente habría sido sobreseído definitivamente, si durante el sumario se hubiese probado con más

claridad la ausencia de culpabilidad...'' (Fls. 11 y 12).

Este último concepto equivoca la realidad porque hace depender, en un todo, el resultado judicial de que se encomiende la representación a un abogado experto, dejándose de lado valorar la índole de la conducta, ya que algunas no pueden manipularse hacia el éxito, así quien los maneje tenga los mejores atributos para persuadir. La afirmación no es exacta, porque relaciona pericia profesional y triunfo. Bien se sabe, a este respecto, que negar una pretensión no califica a nadie de inexperto, como reconocerla no constituye título universal e indeleble de idoneidad y competencia. Valores, principios y circunstancias superiores presiden estos certámenes de la dialética, entre ellos el derecho, la justicia y el constante y noble oficio de quienes quieren verlos realizados.

De otro lado, esa observación pugna abiertamente con la condición de abogado del procesado Nieto Roa y el conocimiento cierto que tenía de estar adelantándose, en su contra, esta averiguación. Estaba en él y solamente en él, apremiar a su apoderado, sustituírlo, tomar decidida y personal acción en su proseguimiento. Tampoco se aviene esa crítica con la siguiente explicación, ofrecida por el recurrente: ''...La ausencia de acción defensiva por parte del doctor Luis Guillermo Nieto Roa personalmente, se explica porque, como luego se verá, *consideró que en la diligencia de indagatoria había dado plena satisfacción a la justicia* en relación con su conducta...'' (Fl. 11, subraya la Sala). De donde esta misma razón obró, seguramente, en la visión de su apoderado, o en conservarlo como tal pese a su inercia. Lo que no debe hacerse ahora, es trasladar el resultado a otras causas, como sería radicarlo en el juez instructor, al atribuirle un cometido que la ley no le impone.

Agréguense, por último, estas consideraciones concurrentes al mismo fin: la misma investigación ha permitido a la Sala abstenerse de abrir sumario, por varios cargos, según se lee en la providencia de 14 de agosto de 1980 (fls. 200 y ss.); que el doctor Nieto Roa (Fl. 222) solicitó ser oído en indagatoria ''dado que tengo el máximo interés de esclarecer esta inculpación''; que la conducta era de elemental comprobación, tanto que lo realizado traducía, básicamente, lo que al respecto hubiera podido producir la activa participación del apoderado o del sindicado; su valoración exhibía iguales características, ya que la misma, en favor o en contra, se apoyaba suficientemente en las probanzas aportadas; y, que preexistencia una exhaustiva averiguación administrativa de la Procuraduría, propicia en un todo a los intereses del doctor Nieto Roa, elementos de convicción que pasaron a ser parte de este proceso.

Conviene, además, hacer al menos referencia a algunas recientes decisiones de la Sala y que tocan con el tema del derecho de defensa, durante el sumario, y sus consecuencias. Así se cita a los Magistrados Pedro Elías Serrano, Acta 54, agosto 13 de 1982; Fabio Calderón Botero, Acta 48, julio 13/82; Gustavo Gómez Velásquez, Acta 48, julio 13/82, y Fabio Calderón Botero, noviembre 5/81.

Todo esto demuestra una verdad: que el debido proceso principalmente en su fase de debida defensa, al menos en lo que corresponde esta noción a la etapa sumarial, se ha satisfecho a plenitud, en tal grado que le permita al recurrente alegar intensamente sobre la no ilicitud de la conducta del procesado, o al menos, su inculpabilidad.

II. *El sobreseimiento definitivo*

Se invoca a este respecto el artículo 491-2 del Código de Procedimiento Penal, al juzgar como ''plenamente demostrado que el hecho se realizó por parte del doctor Luis Guillermo Nieto Roa con plena buena fe, determinada por entender y creer que estaba obrando de acuerdo a (sic) las exigencias de la ley... De haberse equivocado... su equivocación implica un típico caso de error esencial de derecho determinado, con plena buena fe. En los términos del Código Penal de 1980, por haber obrado con la convicción de que no concurría en su acción ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho se adecuara a la descripción del artículo 167 del Código de 1936, porque al suscribir las acciones, entendiendo cumplir la ley, no entendió que estaba realizando un acto por razón de su cargo, sino por la circunstancia fáctica de ser miembro de la Junta Directiva...'' (Fl. 13).

Esta noción de inculpabilidad se impone cuando se aprecia:

a) La confesión del procesado, que resulta indivisible y debe presumirse verídica, presenta ''su acción como ajena a toda intención dolosa'' (Fl. 14, que recoge este aparte de la indagatoria). La Corporación Financiera de Boyacá, como institución de crédito, debía someterse a los dictados de la Ley 45 de 1923, la misma que en su artículo 91 exigía y exige a todo aquel que pretende ser parte de su Junta Directiva, ''figu-

ración que era también indispensable, dada mi condición de Gobernador en ese momento", la suscripción de algunas acciones a nombre propio. La suscripción de las cien acciones, por valor de un mil pesos, debe mirarse no como "voluntaria sino forzada", ajena a un beneficio personal y realizada "para cumplir esta norma legal" (Fl. 15).

b) La confesión no está contradicha por elemento alguno de convicción. Tan cierto es esto que, en diecisiete apartes, se refutan las erradas apreciaciones de la Corte, que podrían visualizarse e invocarse como opinión contraria a este aserto.

Es así como se indican los siguientes desaciertos: "A. No es cierto que Luis Guillermo Nieto gozara de 'categoría especial' como fundador; su condición era la misma de cualquier otro accionista fundador o no.

"B. Las Cooperativas jamás cedieron ni Luis Guillermo Nieto o Inversiones y Representaciones Nisa S. A. recibieron acciones.

"Esta última recibió el derecho a suscribir nuevas acciones. La Corte confunde el traspaso de acciones con la cesión del derecho de suscripción.

"C. Es totalmente distinta una sociedad anónima de uno de sus accionistas.

"D. La suscripción de acciones que Inversiones y Representaciones Nisa S. A. intentó hacer en la Corporación Financiera de Boyacá S. A. no tuvo como fundamento un supuesto derecho de Luis Guillermo Nieto como accionista. Este derecho no existía y, por tanto, nunca se invocó.

"Todas las observaciones anteriores demuestran que el aspecto que sirvió para construir el auto de proceder se refiere a una serie de valoraciones eminentemente subjetivas que no tenían demostración en el proceso que sirvió de base al llamamiento a juicio.

"Todo lo anterior hace que la única prueba sea la confesión indivisible contenida en la indagatoria rendida por Luis Guillermo Nieto. Dicha confesión acepta la comisión del hecho pero niega la culpabilidad. Esta negativa de la culpabilidad se apoya en el hecho incuestionable de que el doctor Luis Guillermo Nieto entendió proceder conforme a derecho, y que si se equivocó fue con plena buena fe. Se trataría de un error esencial de derecho, conforme al Código de 1936 (Art. 23) o de un error de tipo, conforme al Código 1980 (Art. 40)" (Fls. 31 y 32).

La Sala considera:

La primera observación que conviene destacar es la contradictoria forma de presentar esta alegación. Se insiste, y al efecto se ofrece el esta alegación. Se insiste, y al efecto ofrece el el procesado Nieto Roa (ver certificación del doctor Gustavo Tobón Londoño, Fls. 2 y 3), en que la suscripción de las cien acciones se hizo en obedecimiento de claros mandatos de la Ley 45 de 1923, en armonía con el Decreto número 2369 de 1960. Lo lógico, si la realidad es ésta, sería presentar no un error de derecho causado en un comportamiento pleno de buena fe, sino pregonar la acción como extraña a características delictivas, ya que cuando se obra conforme a derecho no se incurre en delito alguno.

Entonces, si se invoca el artículo 23 del Código Penal (hoy 29) se empieza por admitir la ilicitud de la conducta, esto es, que como Gobernador interviniente en Ideboy, no podía, al mismo tiempo, participar como accionista privado.

Pero para despejar dudas, para que el criterio de la Corte quede libre de equivocidades e incertidumbres, para purgar la exposición de vacíos o débiles interpretaciones, se tratará la cuestión en forma completa, corrigiéndose lo que debe corregirse, si a ello obliga la censura del recurrente.

La Sala reitera que un funcionario público (empleado oficial), si actúa por razón de sus funciones en una determinada operación, no puede participar en la misma con carácter personal, auspiciando ventajas de índole privada. Esta es la situación que ha encontrado en la conducta del ex Gobernador Nieto Roa. No alcanza a vislumbrar, pese a las argumentaciones contenidas en el memorial de reposición, un ingrediente de buena fe en tan reprochable actuación.

No cabe duda alguna que Nieto Roa era el Presidente, como Gobernador en esa época, de la Junta Directiva de Ideboy. Como tal, y en parte también como Gobernador, tenía dentro de su variada gestión oficial la responsabilidad de promover, organizar y constituir una Corporación Financiera que sirviera primordialmente los intereses del Departamento de Boyacá, en sus múltiples áreas de desarrollo. Y lo logró, venciendo no sólo los obstáculos de índole legal que se oponían a ello, sino los de naturaleza económico-financiera. La Junta Directiva de ese establecimiento público, que presidía, decidió

bajo su eficaz influjo participar en esta empresa de crédito, con un aporte muy siguificativo, tanto que constituía el mayor de todos los que se hicieron. Pues bien, al momento de organizarse y materializarse la cantidad y calidad de los aportes, el Gobernador Nieto Roa, que como tal era Presidente de la Junta Directiva de Ideboy, decidió tomar personal y privada participación, suscribiendo al efecto cien acciones, como *socio fundador*, por valor de un mil pesos, y quedando, en razón de este aporte, de sus gestiones y ascendiente oficial, como Presidente de la primera Junta Directiva de la Corporación Financiera de Boyacá, S. A. Es aquí, precisamente, donde resalta la contradicción entre el propósito oficial y el interés particular, entre las obligaciones del Gobernador - Presidente de la Junta Directiva de Ideboy y las ventajas personales, compromisos y consecuencias de ser Presidente de la Junta Directiva de la mencionada Corporación. La ley penal es enfática en incompatilizar, bajo sanción de idéntica naturaleza, este doble ejercicio de atribuciones, a todas luces inadmisible y perjudicial.

Pero se ha querido observar que este comportamiento se cumplió de buena fe, o sea, que no obstante aparecer en la ley que no podía ni debía llevarse a cabo, existieron aspectos que daban lugar, como dieron, a una equivocación en cuanto a la rectitud y posibilidad jurídica del comportamiento.

Se afirma, igualmente, que la confesión hecha y que se presume verídica, es indivisible por lo mismo que no hay elementos que la contradigan, pues más bien existen circunstancias de apoyo.

La cualificación que trata el procesado de introducir al reconocimiento de su ilicitud, no tiene, para la Sala, esa característica y alcance. No es dable, en otros términos, aceptar un obrar de buena fe. Esta situación última se funda exclusivamente en que la Ley 45 de 1923 exigía, para ser miembro de una Junta Directiva de Corporación Financiera, como empresa de crédito que es, suscribir acciones a nombre propio. Así lo recomendaron los abogados consultores al respecto y que actuaban como asesores. Incluso ésta también fue la posición de la Superintendencia Bancaria. De donde, si la interpretación era errada, otro tanto sucedía con el acatamiento que de tal opinión o concepto hizo Nieto Roa y bajo cuya influencia actuó.

Así se admita la bondad de esta evaluación, no puede explicarse, como error, y menos como error de buena fe, la acción del procesado Nieto Roa. Para que tal sucediera sería menester demostrar algo imposible en los autos: a) Que como Gobernador o presidente de Ideboy tenía, por mandato de ley, que ser Presidente de la Junta Directiva de la Corporación; y b) Que los asesores concretaron su concepto en que no había ningún contrasentido legal o punible violación de incompatibilidad o sanción al quebrantamiento de una prohibición, permitirle que, simultáneamente con el ejercicio de funciones públicas, pudiera sacar personal provecho de ellas y creara las circunstancias propias para ello.

La réplica al primer aspecto surge fácilmente. No hay un solo texto legal, ni nacional, ni departamental, ni estatutario, que enfatice o insinúe que Nieto Roa, bien como Gobernador, bien como miembro de la Junta Directiva de Ideboy, debía ser Presidente o miembro de la Junta Directiva de la Corporación, bajo el entendimiento de que si esto no ocurría, la empresa perdía toda posibilidad de existencia o de éxito. Podía y debía surgir sin esta vinculación, sin esta preeminencia. Como los intereses público y privado, oficial y personal en este campo de simultánea y mantenida acción, resultaban contrapuestos y originaban reproches éticos y resonancias penales, por eso nunca, en ningún texto o recomendación legal se hizo inescindible Gobernador - Presidente de Ideboy y Presidente de la Junta Directiva de la Corporación. Jamás se repite en otros términos, se condicionó la promoción, organización y funcionamiento de la Corporación Financiera de Boyacá, a que el mismo que la promovía y organizaba, o sea el Gobernador - Presidente de la Junta de Ideboy, fuera socio - fundador privado (por derecho propio), y en calidad de tal, pasara a ser presidente de la mencionada Corporación.

Y en cuanto al segundo punto no es menos destacada y expedita su demostración. Ni los abogados asesores (entre ellos el doctor Gustavo Tobón) ni la Superintendencia, afirmaron nunca, porque hubiera constituido grosera interpretación de la ley para violarla, que el Gobernador - Presidente de la Junta Directiva de Ideboy, podía ser al mismo tiempo suscriptor de acciones a nombre propio, con causa y beneficio eminentemente particular; lo que se dijo fue muy simple: que si quería ser Presidente o miembro de la Junta Directiva de la Corporación, debía tener acciones a nombre propio. Quedaba a su juicio decidir el aspecto fundamental de la incompatibilidad y tomar partido por su interés personal, con todas sus consecuencias, o preservar incólume el interés y la atribución públicos. El derecho administrativo en

sus proyecciones éticas, tan obvias como conocidas, y el derecho penal, mandan que un funcionario público no puede interesarse a nombre propio, en forma directa o indirecta, en operación en la cual deba intervenir por razón de su cargo. Si en la constitución de la Corporación Financiera había intervenido como Gobernador - Presidente de la Junta Directiva de Ideboy, no le era dable al doctor Nieto Roa integrar la Junta Directiva de la Corporación, si el presupuesto era violar la incompatibilidad al suscribir acciones a nombre y beneficio personal. La integración de ese cuerpo de dirección respondía a sus acciones y éstas proyectaban su efecto más allá y en contradicción a su cargo de Gobernador.

Constituye notorio contrasentido alegar la necesidad de ser Presidente o miembro de la Junta Directiva de la Corporación Financiera de Boyacá, para que el Gobernador y el Departamento tuvieran cierto control e injerencia en esa empresa, para luego aparecer y reclamar que tal designación no dependía de ser Gobernador o Presidente de Ideboy, sino de las 100 acciones suscritas a nombre propio. Y más sorprendente que con tan menguado aporte (el 0.00001%) se le designara para ese cargo, sin jugar para nada, como se quiere hacer ver, la condición de funcionario público, vale decir, Gobernador del Departamento o Presidente de la Junta Directiva de Ideboy.

Finalmente, si el doctor Nieto Roa no podía ser Presidente de la Junta Directiva de la Corporación, si no suscribía y mantenía una representación personal (100 acciones), ¿por qué el doctor Jorge Perico Cárdenas, que nunca tuvo acciones a título personal y sólo pudo invocar su oficial vinculación con Ideboy, si logró ser Presidente de la Junta Directiva? (Ver Fls. 80 y ss. del cuaderno original 2).

Se ha intentado demostrar que la falta de explícitas restricciones legales autoriza al funcionario para obrar en un plano de licitud, así las acciones y finalidades se opongan o contraríen principios fundamentales de ética, decoro y buen gobierno administrativo. Para eso se supone la inexistencia de prohibiciones. Pero cuando éstas aparecen y se recuerdan, como en el caso examinado, entonces se las interpreta no para cerrarle el paso a lo dañino sino para permitir su invasión. Mejor sería, de una vez presentar y alabar la nueva verdad: en el campo de la inmoralidad, todo es normal, correcto y legítimo (ver aparte II).

De por sí la comentada conducta del procesado Nieo Roa estructura el delito por el cual se le ha llamado a responder en juicio criminal. No sería necesario acudir a comportamiento posteriores para dejar en firme esta apreciación. Intervino en una operación oficial, por su carácter de funcionario público (como Gobernador y Presidente de la Junta Directiva de Ideboy, debía promover, organizar y constituir, con aportes oficiales muy considerables, la Corporación), debiéndose mantener esta intervención en su propia y exclusivista esfera (oficial). Contravino la prohibición perentoria, básica, esencial, de no sacar provecho personal, directo ni *indirecto*, de esa actuación oficial, pues suscribió a nombre propio, con relación única a su patrimonio e intereses, cien acciones en esa Corporación Financiera. Ergo, incurrió en el hecho delictuoso que le ha valido la formulación de la acusación que se controvierte.

Pero hay otros elementos que indican la dañada intención, por fuera de esta actividad que tiene vida propia, y que el memorialista pretende refutar mediante la reposición interpuesta y de la cual se ocupa la Sala. Así logra demostrar muchas de sus razones, la acción típica aparecería nítida y completa, en ese primer estadio de actuación que se deja comentado. Pero es necesario, por razón de procedimiento, analizar cada uno de esos planteamientos. De ello aparecerá algo muy claro y comprometedor: que los señores Pablo Numpaque Alvarez y Guillermo Nieto Roa intervinieron en la Corporación Financiera de Boyacá, no tanto para provecho de este Departamento, sino para beneficio personal, concretamente del procesado Nieto Roa.

Debe empezarse por reconocer una equivocada aseveración (también se lee en la Resolución 0957/80, de la Superintendencia Bancaria), sin repercusión en el juzgamiento de la conducta del ex Gobernador Nieto Roa, que consiste en rectificar que la cesión a la sociedad "Inversiones y Representaciones Nisa", no fue de las acciones originalmente suscritas por la Caja Popular Cooperativa Ltda., Cooperativa de Caficultores del Occidente de Boyacá Ltda. y Trabajadores Asociados Cooperativa Ltda., "Trascoop", sino de los derechos de suscripción de acciones correspondientes a estas instituciones. Pero el resultado es el mismo.

Aparte 1

Dice el memorialista, para refutar a la Sala, que ni en dicha fecha ni antes, María Cecilia Angel de Nieto o familiares suyos eran o fueron

accionistas de Inversiones y Representaciones Nisa S. A. (Fl. 18).

Se responde: Según la certificación de folio 169, cuaderno 2 original, la sociedad "Inversiones y Representaciones Nisa", se inscribió inicialmente como limitada, en el año de 1975, pasando a ser anónima en 1976, y reformada en los años: 1975, 1976 y 1977, la última de este año el 29 de abril.

El capital autorizado actual es de $ 2.640.000, dividido en 2.640 acciones, cada una por valor nominal de $ 1.000.00.

Conforme a la copia de Escritura que aparece a folio 366 *ibidem,* figuran como accionistas, entre otros: Luis Guillermo Nieto Roa, Inversiones y Representaciones *Macoxial Ltda.* y *Héctor Angel Correa.*

De acuerdo con la certificación de folio 284 *ibidem,* los socios de "Inversiones y Representaciones Macoxial Ltda.", son: Luis Guillermo Nieto Roa, *María Cecilia Angel de Nieto,* María Carolina y Ximena y Alejandro Nieto Angel.

Aparte 2

Con reiteración en los apartes 7 —Fls. 23 y 13; Fl. 27—.

Se cuestiona que no hubo cesión de acciones sino derechos de suscripción sobre una nueva emisión a "Inversiones y Representaciones Nisa S. A."; el Gobierno de Boyacá NO ofreció adquirir acciones, como tampoco las cooperativas recibieron solicitud u oferta del Gobierno Departamental para que le cedieran tal derecho, de manera que mal puede hablarse de que "prefirieron" a "Inversiones y Representaciones Nisa".

Se responde: Ciertamente, como ya se dijo, no se trata de cesión de acciones sino del derecho a la suscripción de nuevas acciones. Pero la argumentación expuesta por la Sala no resulta afectada por esta variación, como se pasa a demostrarlo:

El capital autorizado por la Corporación lo fue de $ 160.000.000.00, que se dividió, para su aporte, en tres clases de acciones (Fls. 64 y ss.).

Clase A (sector público);

Instituto de Desarrollo de Boyacá (Ideboy).

Clase B (sector privado):

Luis Guillermo Nieto Roa, Virgilio y Pablo Numpaque Alvarez, Jaime Lara Meléndez, Federación de Cafeteros de Colombia, Compañía de Importaciones y Comercio Ltda., etc.

Clase C (Instituciones del *sector social sin ánimo de lucro*).

Las Cooperativas. Tanto por la finalidad perseguida con la creación de este organismo financiero, como por la naturaleza y origen de los aportes (clase A y C, $ 73.950.000.00, de los $ 80.000.000.00 de capital suscrito, a los cuales convendría sumar los $ 6.000.000.00 de la Federación de Cafeteros de Colombia, pese a su especial condición de ente privado), la sesión de acciones, que contaba con el resguardo del derecho preferencial, como la cesión de derechos de suscripción de nuevas acciones, debía tender a la conservación de esa estructura, que garantizaba la preservación de su órbita de acción y la composición de su gobierno.

Sin embargo, para ceder esos derechos de suscripción de acciones, que pertenecían al sector de instituciones sociales sin ánimo de lucro (cooperativas) se buscó a una sociedad comercial, con fines evidentes de lucro, domiciliada en Bogotá y con un escaso patrimonio pero de la cual eran accionistas el procesado Nieto Roa y sus familiares.

Es allí donde se proyecta visiblemente la ninguna bondad de las primeras actividades del procesado Nieto Roa y en donde, como lo ha dicho el Gobernador Jorge Perico Cárdenas, se palpan los nada recomendables contactos y acuerdosdos de Pablo Numpaque Alvarez y el enjuiciado.

Pero insistimos un poco más en este elocuente punto, que da tanto como prueba indiciaria.

En el mes de agosto de 1979 se elige como Presidente de la Junta Directiva de la Corporación a Pablo Numpaque Alvarez (Fl. 55). En el mes de marzo del mismo año se proyecta un reglamento de suscripción de acciones ordinarias, en cuantía de $ 20.000.000.00. Su artículo 6º (que se repetirá en otro efectivo reglamento de suscripción) anota: "Las acciones que quedaren sin suscribir por los accionistas dentro del plazo y condiciones señalados en el presente reglamento, quedarán a disposición de la Junta Directiva, la cual deberá ofrecerlas en primer término a los *socios-fundadores...*" (Fl. 92).

Ya en el mes de diciembre de 1979, bajo la dirección del vicepresidente señor Pablo Numpaque Alvarez, se aprueba el reglamento de suscripción de acciones, en el cual figura el mismo artículo 6º (Fl. 139).

Como la gerente de la Corporación, señora Ana Elisa Beatriz Bernal de Montejo, interpretando en buena forma lo del derecho preferencial, tanto para las acciones como para los derechos de nuevas acciones, aunque otro fuera el extraño concepto que a la postre prevaleció, comunicó a Ideboy que podía suscribir acciones por valor de $ 16.000.000.00, correspondientes a 1.664.352 millones de acciones; esta entidad consignó esa suma (Fls. 156, 182) el *7 de febrero de 1980.*

Conviene reproducir aquí el siguiente texto del acta 019 de 31 de enero de 1980, para cotejar la posición del señor Pablo Numpaque Alvarez en ese entonces, lo que hizo con posterioridad en beneficio del procesado Nieto Roa y precisar, de una vez, el buen ánimo de uno y otro en cuanto a mantener la Corporación enfocada hacia el Departamento de Boyacá y hacia instituciones sin ánimo de lucro.

Dice así: "...El señor Numpaque explicó que en conversación sostenida en la mañana con la señora Gerente para manifestarle su extrañeza por no haber dado a conocer a la Junta la Resolución de aprobación del reglamento de colocación de acciones de la Corporación por la Superintendencia Bancaria y por no haber enviado a las Cooperativas accionistas la oferta de suscripción que debe enviarse a todos los accionistas, la señora Gerente le respondió que no lo había hecho por tener orden de no comunicar a las Cooperativas accionistas el derecho que tienen de suscribir acciones. Agregó que esto para que las acciones que correspondan a las Cooperativas accionistas sean suscritas por los restantes accionistas. Ante la manifestación del señor Numpaque de que este comportamiento era ilegal y arbitrario, pues la ley ordena ofrecer a todos los accionistas y el reglamento previó un término de treinta (30) días para que estos respondan, antes de poder ofrecer las que no sean suscritas, la señora Gerente respondió que sin importar este concepto ella ya había ofrecido las acciones a los restantes accionistas y aceptaría la suscripción que estos accionistas solicitaran, sin tener en cuenta el derecho preferencial de las Cooperativas, pues a éstas ni les había hecho oferta ni les aceptaría el ejercicio de su derecho de preferencia. El Secretario de la Corporación manifestó en seguida que la señora Gerente, al hacer en su presencia el cálculo del número de acciones que corresponden a cada accionista, adjudicó a los accionistas distintos de las Cooperativas el ciento por ciento de las acciones, sin respetar la proporción del veinticinco por ciento (25%) que consagra el Reglamento. Ante esto, dijo el doctor Merchán, él le manifestó a la señora Gerente que tal proceder era ilegal, a lo que respondió que como en su concepto las Cooperativas no podían suscribir sus acciones, el derecho de preferencia operaba únicamente para los restantes accionistas y por eso ella ofrecía la totalidad de las nuevas acciones a los accionistas distintos de las Cooperativas. Continuó el doctor Merchán explicando que él fue enfático en que no se podía ofrecer a cada uno más del 25% de las acciones que poseía al momento de aprobarse el reglamento, pero que la señora Gerente replicó que se haría como ella decía. Dijo, además, que él conocía ya las cartas de oferta firmadas por la señora Gerente y que en ellas se ofrecía a cada accionista, distinto de las Cooperativas, el cincuenta y seis por ciento (56%) de las acciones que cada uno posee, en lugar del 25% que ordena el reglamento.

"Escuchado este relato, la Junta deliberó detenidamente sobre tal situación y consideró que no podía permitir esta violación de la ley y de los estatutos, por lo cual el único camino a seguir, dado que la señora Gerente no atendía los razonamientos que se hacían, era proceder a remover a la señora Gerente, de acuerdo con las facultades que tiene para ello la Junta, según el literal b) del artículo 45 de los Estatutos.

"En consecuencia, por unanimidad de los presentes, la Junta decidió remover a la señora Ana Elisa Bernal de Montejo, remoción efectiva a partir de este mismo momento, para lo cual telefónicamente se le comunicará de inmediato..." (Fl. 145 *ibidem*).

Debe destacarse que ésta fue una reunión extraordinaria, celebrada en la oficina de la Avenida 19 número 10-38, con ausencia del Presidente de la Junta y de la Gerente Ana Elisa Bernal de Montejo, con asistencia de Pablo Numpaque Alvarez, Francisco Ramírez R. y Ricardo Muñoz Medina, explicándose que la Junta se celebraba en Bogotá, y no en Tunja, por la urgencia del asunto y la "imposibilidad de trasladarse la mayoría de los miembros" a aquella ciudad.

El señor Rafael Merchán Perilla, que reemplazó a doña Ana Elisa Bernal de Montejo, hasta que la Superintendencia Bancaria intervino la Corporación, entidad que negó a posesionarlo como tal, afirma a folio 252: "...La destitución de la señora Ana Elisa Bernal de Montejo se produjo por discrepancias con los miembros de la Junta por la suscripción de nuevas acciones de un aumento de capital aprobado por la Junta y por la Superintendencia Bancaria; este aumento de capital se regía por un reglamento

de suscripción y colocación de acciones que estipulaba los procedimientos y plazos para que los accionistas suscribieran las mismas acciones, dentro de él se contemplaba que los accionitas podrían adquirir el 25% de las acciones que poseían a la fecha de aprobación del reglamento, el cual comprendió 30 días para efectuar ese aumento de capital. La Gerente procedió a distribuir entre accionistas del sector público y accionistas particulares de pequeña escala un porcentaje aproximado al 56%, violando el reglamento que estipulaba sólo el 25%, el aumento de capital ascendía a $ 20.000.000.00 distribuidos en 2.000.000 de acciones de $ 10.00 cada una. Dentro del reglamento aprobado por la Superintendencia advertía a la Gerente de la Corporación que a las Cooperativas se les prohibía suscribir acciones en la Corporación, ésto seguramente fue la base para que la Gerente procediera a repartir las acciones entre los socios habilitados pero pasó por alto procedimientos del reglamento mencionado en cuanto a los derechos de todos los socios y en especial el plazo ya que el mismo reglamento estipulaba 30 días para suscribir el 25% de las acciones poseídas en la fecha en que se aprobó el reglamento. Posterior a los 30 días estas acciones no suscritas quedaban en poder de la Junta Directiva para proceder a adjudicarlas. Como la Gerente hizo un ofrecimiento mayor al 25% violando el reglamento, la Junta procedió a removerla del cargo...".

En el memorando de Fs. 259, de 21 de abril de 1980, ciñéndose a la Resolución número 344 de 22 de enero de 1980 (Superbancaria) y tratándose el 25% de la nueva emisión en forma corriente, el agente especial de la Corporación (intervenida desde 29 de febrero de 1980, fs. 245 y ss.), indica que a Ideboy le corresponde 750.000 acciones, a la Caja Popular Cooperativa 500.000 acciones, a la Cooperativa de Caficultores de Occidente Ltda., 173.750 acciones; a Trabajadores Asociados Coop. de Boyacá Ltda., 400.000 acciones; y al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, 25 acciones; etc.

En el acta 020 (febrero 4/80, Fs. 146) se informa sobre la cesión de derechos a suscribir acciones 1.073.750 acciones) a "Inversiones y Representaciones Nisa", por parte de la Caja Popular Cooperativa Ltda., Trabajadores Asociados Cooperativa Ltda. y Cooperativa de Caficultores del Occidente de Boyacá Ltda.. De las apresuradas comunicaciones de tal cesión, dan cuenta los folios 160, 162, 164, 165, 166 y 167.

Entre los varios motivos considerados por la Superbancaria, para tomar posesión de la Corporación, señalaron, "el trámite de enajenación de acciones", la inclusión "como accionista de la Corporación a Inversiones y Representaciones Nisa S. A.", empresa esta sin ningún derecho a suscribir acciones" y la remoción de la Gerente Ana Elisa Bernal de Montejo, Resolución 0957, 19 de febrero de 1980, folio 246.

Con base en los anteriores datos, se tiene que afirmar lo siguiente:

a) Que si el Ideboy consignó una suma de dieciséis millones de pesos, para suscribir 1.664.352 de acciones, buena parte de las cuales correspondientes al cupo que podían suscribir las tres referidas cooperativas (1.073.750), demostraba así *inequívoca y explícitamente* su deseo de aumentar su participación en la Corporación;

b) Que el enfrentamiento con el sector público, que quería proteger su valiosa inversión disponiendo una mayor participación, fue manifiesta, en particular con el grupo de Pablo Numpaque Alvarez;

c) Que "Inversiones y Representaciones Nisa" pudo suscribir 1.073.750 acciones, porque las tres mencionadas entidades, que ya conocían la voluntad de Ideboy, prefirieron que esas nuevas acciones, por negociación de los respectivos derechos, pasara a la sociedad de la cual formaba parte el procesado Nieto Roa y su familia; y,

d) Que resulta inexplicable, a no ser que se acuda a la muy notoria evidencia de los oscuros propósitos de Pablo Numpaque Alvarez y Nieto Roa, que tres grandes accionistas de la clase C (instituciones del sector social sin ánimo de lucro) prefieran la cesión acelerada de sus derechos a una sociedad ajena a esa finalidad que exhibía y ostentaba la de compañía con ánimo de lucro, caracterizadamente comercial y privada. Todo ello con detrimento del aumento de acciones que quiso tener una institución pública como el Ideboy, constituida para el desarrollo del Departamento de Boyacá.

Aparte 3

Se niega la controversia sobre la cesión de derechos a suscribir nuevas acciones, en el sector cooperativo, así como el favorecimiento a Nieto Roa, como socio-fundador.

Se responde: El artículo 6º, ya citado, del Reglamento de Colocación de Acciones, sí destacaba un privilegio para los socios-fundadores De no haberse anticipado Ideboy a copar ese porcentaje de nuevas acciones del sector cooperativo, en vista de las orientaciones que al res-

pecto impartía la Superintendencia de Cooperativas y la Superintendencia Bancaria, esa condición especial le habría posibilitado a Nieto Roa aumentar su personal participación, directamente o mediante la sociedad en la cual era parte.

Viene al caso recordar que no es válido el distingo entre la persona natural, el procesado Nieto Roa y su familia, y la persona jurídica, "Inversiones y Representaciones Nisa", porque si bien éste resulta pertinente en el campo civil y comercial especialmente para separar patrimonios y acciones de responsabilidad, no lo es cuando se trata, en el campo penal (V. Gr. celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, peculado, estafas, atentados contra la economía, etc.), en donde es obligatorio desconocer esas divisiones, pasar por sobre apariencias legales, rastrear profundamente sus implicaciones, seguir los vínculos económicos y parentales y, muchas veces, efectuar transacciones realizadas para asegurar el producto del delito. La Superintendencia de Cooperativas quiso limitar la participación de entidades de esta naturaleza. Sobre el particular es muy diciente la actitud de la gerente Ana Elisa Bernal de Montejo, la índole de las resoluciones que se mencionan en el memorando de folio 260, el oficio librado por la Superintendencia Bancaria, tratado en la reunión que documenta el Acta de folios 152 y 153 y los puntos tratados en el artículo 2º de la Resolución número 0344 de 22 de enero de 1980, de la Superintendencia Bancaria, folios 158 y 159.

Pero como si todo ésto fuera poco queda un hecho de sobresaliente significación: Las tres mencionadas cooperativas, corrieren a ceder sus acciones, no al sector público, ni al sector social sin ánimo de lucro, sino a "Inversiones y Representaciones Nisa". ¿Por qué si era tan legítimo acrecer ese patrimonio, no lo hicieron? ¿Por qué prefirieron a una sociedad sin amplias perspectivas económicas y de centrada y evidente proyección mercantilista y ánimo de lucro particular?

Aparece como otra evidencia advertir en esta censurable operación, el favorecimiento al procesado Nieto Roa.

Aparte 4

Nieto Roa, se argumenta como refutación, no invirtió $ 10.735.500.00 en la Corporación, porque "Inversiones y Representaciones Nisa" era una sociedad anónima y como tal distinta de Luis Guillermo Nieto; además, éste era un accionista minoritario, y no es cierto, como ya se dijo, que María Cecilia Angel de Nieto fuera accionista de la misma.

Se responde: Lo relacionado con María Cecilia Angel de Nieto y la distinción que debe hacerse entre el procesado Nieto Roa y la sociedad anónima "Inversiones y Representaciones Nisa", son razones ya contradichas. Las otras carecen de trascendencia. No se ha podido demostrar, para desconectar los actos del Gobernador-Presidente de la Junta de Ideboy de ese final beneficio, que el procesado Nieto Roa no tuviera interés patrimonial en "Inversiones y Representaciones Nisa" y que además sus familiares, muy cercanos, por cierto, no contaron con similar participación. Ahora se pretende entrar a discutir la cuantía de este interés social y minimizarlo en la misma forma como se quiere empequeñecer su aporte en la Corporación, dejando de lado, en este último aspecto, la calidad que ganó en la organización e inicial funcionamiento de la misma. Mírese la cuantía de las acciones poseídas en "Inversiones y Representaciones Nisa", las de sus parientes en ésta y en Macoxial, y lo que representaba como aumento el nuevo aporte en la Corporación ($ 10.737.500.00) y se tendrá que advertir lo de su cuantiosa participación y el crecido beneficio que reportaba y esperaba conseguir. Las cifras, por sí mismas, hablan más que la argumentación comentada.

Aparte 5

Los accionistas fundadores, se comenta, no dan categoría especial en el manejo de la Corporación. Tenían un rango igual al de cualquier otro accionista. Su participación se limitaba al 0.00001%.

Se responde: Cuando se trata de impedir un interés, un beneficio directo o indirecto en operación que deba ejercer un empleado oficial por razón de su cargo, ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia se interesan por su cuantificación. No se exige una cifra mínima, para decidir si esa participación tiene carácter ilícito y punible. Ya se vio, según el reglamento de colocación de acciones, cómo el *socio fundador,* si corresponde a una categoría especial, que, eventualmente, puede reclamar privilegios y beneficios. Pero, además, la condición de socio-fundador le permitió integrar la primera Junta Directiva de la Corporación, posición de innegable importancia y utilidad, como puede verse en los artículos 81, 91 a 96 y 104 de la Ley 45 de 1923; 200 y siguientes del Código de Comer-

cio y los capítulos IV y siguientes de sus estatutos (Escritura número 2144, Notaría Primera del Círculo de Tunja, 10 de noviembre de 1978).

De no ser cierto lo anterior, se tendría que, inicialmente, se pregona la trascendencia y beneficio de integrar la Junta Directiva de la Corporación, para luego, al final, negarle toda repercusión en este amplio y múltiple campo de actividad comercial.

Aparte 6

Se insiste en atomizar hasta volverlo inocuo, el aparte inicial, la participación económica del procesado Nieto Roa, pues sobre un capital autorizado de $ 160.000.000.00, la representación de sus acciones llegaba al 0.00001%, lo cual, en su imaginario y difícil rendimiento de dos mil millones, apenas daría una utilidad aproximada de $ 13.000.00.

Se responde: Ya se dijo en sección precedente, la indiferencia que este aspecto marca para la ley penal. La prohibición es tajante: no interesarse. *El volumen de ese interés no marca el grado de ilicitud al punto que determinadas cifras se tengan por no constitutivas de delito y, a partir de otras éste aparezca a plenitud. No quiere el legislador esa perjudicial y confusa simbiosis de intereses privados y públicos, que unas veces exhiben evidente audacia económica, representable en cifras patrimoniales, y las más de las veces esconden sus verdaderos fines y provechos. Cuando el quebranto de la prohibición se traduce en dinero, de por sí aparece el reprochable interés, sin que se tenga que desentrañar la noción de interés, para ver si lo reportado o lo que representa ese incentivo cabe en tal concepto o le es ajeno, ni analizar su monto actual o futuro, ni sus probables utilidades o posibles pérdidas.*

Pero así nos desentendamos de lo dicho, tiene que aceptarse que algo debían representar, como "interés", esas cien acciones. Dígalo si no la actitud del procesado Nieto Roa cuando se le reconoció, como socio, el 25% de derecho de suscripción en la nueva emisión de acciones. No estimó esas 25 acciones como algo baladí, como representativas de una situación que había tenido que atender por mandato de la ley y para proteger los intereses de Ideboy o del Departamento de Boyacá. Con fecha 28 de febrero (Fls. 173, 174) se apresuró a consignar los doscientos cincuenta pesos, correspondientes a las nuevas 25 acciones.

Aparte 7

Ya aparece contestado en los párrafos precedentes.

Aparte 8

Como respuesta puede verse lo dicho en el acápite 6.

Las leyes comerciales nada tienen de simbólicas en el campo económico. Cuando exigen aportes en dinero, bienes, servicios, etc., demuestran las necesidades de comprometer y arriesgar algún patrimonio, sobre todo cuando se trata de empresas que vuelcan sus tareas a la esfera mercantilista o financiera. A no ser que el procesado Nieto Roa, al aparentar sometimiento a esas normas, también obraba fraudulentamente en cuanto a esas pretensiones u objetivos de la ley.

Aparte 9

Se responde: Sobre la ninguna utilidad de los beneficios de Nieto Roa en acciones de las Cooperativas, basta recordar lo que se dijo en cuanto al desvío, de su específica finalidad (área social o pública, dominada por entidades sin ánimo de lucro), de los derechos a tomar nuevas acciones, que se escamotearon a Ideboy, así se tuviera que afrontar una batalla jurídica que todavía está por definirse ante el Consejo de Estado, según información del memorialista, y que fueron a parar a una sociedad en la cual el procesado Nieto Roa, sus consanguíneos y afines, tienen considerable interés.

Aparte 10

Se quiere demostrar, con simples alegaciones, que el Departamento de Boyacá nunca quiso aumentar su aporte más allá de lo que estrictamente le correspondía (25% de sus iniciales acciones) y que en tal suceso nada tuvo que ver el procesado Nieto Roa.

Se responde: Quedar reducido Ideboy (o sea el Instituto de Desarrollo de Boyacá) a 750.000 acciones, en la nueva emisión, en vez del 1.664.352 acciones que pagó el 7 de febrero de 1980 (Fl. 156), indica a las claras y en forma explícita e innegable su verdadero interés. Y no logró este cometido, porque el sector cooperativo (Caja Popular Cooperativa Ltda., Cooperativa de Caficultores del Occidente de Boyacá Ltda. y Trabajadores Asociados Cooperativa Ltda.) dominado férreamente por el señor Pablo Numpaque Alvarez, prefirió ceder esos derechos (1.737.750 acciones por valor de $ 10.737.500.00), a una

sociedad anónima, con ánimo de lucro, o sea a "Inversiones y Representaciones Nisa", en la cual participaban el procesado Luis Guillermo Nieto Roa y algunos familiares suyos, según lo demostrado en párrafos anteriores. Recuérdese, también el motivo de la remoción de la gerente Ana Elisa Bernal de Montejo, que quiso volver realidad este propósito.

Aparte 11

La designación como Presidente de la Junta de la Corporación Financiera de Boyacá, recaída en el doctor Nieto Roa, no fue una autoelección. Si bien *la ley no le obligaba a ser miembro de la Junta,* tampoco se lo *prohibía.*

Se responde: Ya se dilucidó, según criterio de la Sala, esta cuestión. No está por demás insistir que el artículo 167 del antiguo Código Penal (hoy 145), al cual está sujeto todo empleado público cualquiera sea su jerarquía, naturaleza, condición, grado y orden, establece en forma categórica la prohibición que inexplicablemente se quiere omitir en la consideración de la conducta del procesado Nieto Roa.

De otro lado, si se desea observar una razón más del "interés" doloso del enjuiciado, basta reparar en las propias afirmaciones del memorialista, aspecto en el cual la Corte ha mantenido un incansable énfasis: "...Luis Guillermo Nieto aceptó ser miembro de la Junta Directiva de la Corporación... porque *consideró que desde la Junta podría participar directamente en la orientación y el control* de una entidad que estimaba *especialmente importante para el Departamento...*" (destaca la Sala).

Apartes 12 y 13

Su refutación puede verse en secciones anteriores, pues en éste se reitera la argumentación.

Aparte 14

El contraste entre la conducta del procesado Nieto Roa y los doctores Jorge Cárdenas Gutiérrez y Lázaro Pardo Silva, vinculados a la Federación de Cafeteros de Colombia, se quiere desvirtuar aludiendo a que la Federación nunca actúa a nombre propio, por ser persona jurídica; que como tales representantes "no fueron miembros de la Junta Directiva de la Corporación" era inútil satisfacer el requisito de la Ley 45/23; y que el señor Héctor Ramírez, suplente de José María Sarmiento Galindo, sí suscribió 100 acciones y "fue elegido en la Junta Directiva por la Federación Nacional de Cafeteros de *Boyacá*" (subraya la Sala).

Se responde: Las tres fundamentales ideas que en este párrafo se exponen, no guardan mucha coherencia, ni consiguen el fin propuesto.

En efecto, si la Federación no intervenía, y de allí la ausencia de Cárdenas Gutiérrez o Pardo Silva, particularmente de este último que llevaba tal vocería, ¿por qué sí aparece participando con Ramírez, a quien se le adjudica esa representación? ¿La tenía o no la tenía? ¿Se hizo presente la Federación mediante un representante (persona natural) o no participó en esa forma? Si Cárdenas y Silva, no obstante que la entidad suscribía y pagaba 600.000 acciones, podían abstenerse de formar parte de la Junta Directiva de la Corporación, ¿por qué Nieto Roa, Gobernador y Presidente de Ideboy, no podía asumir igual postura, alejando todo interés personal en esta intervención? La apreciación de la Corte, expresada en el auto de cargos, subsiste y tiene su interpretación todo al efecto atribuido a la misma.

Importa anotar que la Federación de Cafeteros de Colombia, que acreditó a Cárdenas Gutiérrez y Pardo Silva como sus representantes y contactos directos para participar en la Corporación, no es la Cooperativa de Caficultores del Occidente de Boyacá Ltda... Agréguese que, el acta de organización (Fl. 31 vto) destaca: "...se reunieron José María Sarmiento Galindo, en representación de la Cooperativa de Caficultores del Occidente de Boyacá Ltda., y en nombre propio;... y además, *en su propia representación,* los señores Efraín López Parada, Luis Alberto Guerrero, *Héctor Ramírez Suárez...*" (subraya la Sala).

Aparte 15

Se pretende establecer que "la decisión de participar en la Corporación la tomó la Junta Directiva del Ideboy, no el Gobernador"; que éste apenas era uno de los siete miembros que la componían, cinco de los cuales no eran empleados del Departamento ni subalternos del Gobernador. Además, "en cuanto que la Junta Directiva del Ideboy aprobó la inversión durante el Gobierno de Nieto, dicha aprobación podrá ser revocada en cualquier momento hasta su efectivo cumplimiento". Por último, que se ha citado, en relación con la Junta de Ideboy, la Ordenanza número 13 de 1970, cuando la que correspondía era el "Decreto ordenanzal número 0447 de mayo 8 de 1978".

Se contesta: Nunca se ha dicho que la mencionada decisión la tomó el Gobernador, como tal, y en forma exclusiva y excluyente. Se ha indicado cuestión diferente, aunque con sustancial relación con estos puntos. Se ha señalado que el Gobernador Nieto Roa, como tal, debía presidir la Junta Directiva de Ideboy, o hacerlo como delegado suyo el subalterno denominado Secretario Departamental de Hacienda. Y así sucedió: en la Junta de Ideboy se aprobaba, con la intervención de dicho delegado, el aporte y luego el procesado Nieto Roa, como Presidente de la Junta de Ideboy, presidencia a la cual no podía acceder si no era Gobernador, dictaba el Acuerdo 00447, de 8 de mayo de 1978, que autorizaba al Gerente de Ideboy para hacer efectivo el aporte de los treinta millones de pesos (Fls. 89, 93 y 458).

La ley no tiene en cuenta para estructurar un delito como el que se predica del procesado Nieto Roa, el número de integrantes de tal junta (dos, diez, veinte); si de ellos todos o parte de ellos eran subalternos del Gobernador, si todos o algunos pertenecían al sector público o al privado, si votaron en contra o en favor, si hubo algún retiro transitorio de la junta o permanecieron en ella, etc., etc. Cuenta simplemente que el acto se asumió con participación del incriminado, en ejercicio de su cargo y que no podía interesarse, en razón de esta investidura y la índole y efectos de la actuación, en provecho suyo, directo o indirecto.

En el caso examinado la cuestión resulta más notable por tratarse del Presidente de la Junta, que lo era por efecto de ser Gobernador del Departamento, el mismo que había tramitado y vencido todos los obstáculos que se opusieron a la organización y constitución de la Corporación Financiera de Boyacá.

De ahí que resulte indiferente si la ordenanza citada lo fue correctamente o en forma equivocada. Se admite lo segundo, ya que el mismo Acuerdo 00447 la cita en sus considerandos. Pero lo que no se ha demostrado es que no actuó en la forma como lo hizo y en tal calidad. Por la forma como está redactado el citado acuerdo, en donde aparece el procesado Nieto Roa como Presidente de la Junta Directiva de Ideboy, debe entenderse que esta era una real representación, con base en una u otra ordenanza, porque de no, se tendrían los delitos de falsedad documental y usurpación de funciones.

Tampoco juega rol alguno tratar de dividir la actividad del procesado Nieto Roa y la actuación de los gobernadores que le sucedieron, señalando para estos la posibilidad de revocar lo decidido por aquél. No se está criticando la necesidad y conveniencia de dotar al Departamento de una Corporación Financiera. La buena opinión que a este respecto se tiene, no se muda porque uno de sus promotores y organizadores hubiera incurrido en alguna acción delictuosa, purgable por otro camino distinto al de la revocación de los aportes hechos por el sector oficial (clase A de acciones), que, conforme a las normas de la Ley 45 de 1923 y sus regulaciones dentro del derecho comercial, generaban obligaciones y responsabilidades.

Aparte 16

Analizado anteriormente.

Aparte 17

Tiene razón el memorialista al reclamar el carácter de persona de derecho privado de la Federación Nacional de Cafeteros. Esta rectificación, ciertamente, no incide en lo más mínimo en la situación comentada y que compromete al procesado Nieto Roa. Lo que la Sala quiso ponderar, con esa errada afirmación, fue la proximidad en que se hallaba esa entidad, por su naturaleza, fines y medios de acción, a las instituciones oficiales o sin ánimo de lucro, que participaban en la organización y constitución de la aludida Corporación Fianaciera, pues al fin y al cabo su función, en ciertos aspectos, corresponde a lo que el derecho administrativo llama "descentralización por calobaración". Pero no puede pasarse por alto, en el comentario de esta enmienda, cómo los representantes de una "persona de derecho privado" (doctores Cárdenas Gutiérrez y Pardo Silva), se sustrajeron al halago y seducción del beneficio personal, retirándose por completo de la suscripción de acciones a este título, y en cambio, el Gobernador - Presidente de la Junta Directiva de Ideboy se olvidó de prohibiciones penales y mandatos éticos de fácil conocimiento y obligado acatamiento.

No prospera la petición que sobre estos aspectos ha formulado el recurrente.

III. *El sobreseimiento temporal*

Son motivos para ello, la opinión del Procurador Primero Delegado para lo Penal, cuando descorrió el traslado sobre posible calificación del sumario, los comentarios consignados en el salvamento de voto del Magistrado Dante Luis Fiorillo Porras y la ausencia de demostración de

la posibilidad de provecho propio en la conducta del procesado Nieto Roa.

Las dos primeras series de argumentos encontraron, según criterio de la Corte, adecuada respuesta en la providencia de llamamiento a juicio. Se conocieron oportunamente y con atendible propiedad en las apreciaciones emitidas, se respondieron. Nada nuevo se consigue con recordar estas consideraciones, al menos para fundamentar un recurso de reposición. No obliga su respuesta concreta.

De otro lado, las anotaciones que en esta decisión se presentan, como contestación a los planteamientos del memorialista, complementan ese análisis. Igualmente sirven en su contenido y unidad para desvirtuar lo de ausencia de lucro propio en la punible conducta realizada por el procesado Nieto Roa.

Es imposible dejar de advertir un provecho personal en ese inicial aporte y en esa figuración como Presidente de la Junta Directiva de la Corporación y caracterizar, por el contrario, ese comportamiento como alejado de su esfera comercial y utilitarista. Entender la cuota de las cien acciones, por valor de un mil pesos, como actitud meramente simbólica, para llenar un requisito de ley, es incurrir en un juicio equivocado, pues se niega la trascendencia del acto mandado por la ley, o sea, que los directores de una Corporación Financiera comprometan su patrimonio, demostrando así la bondad y rectitud de sus propósitos, así como el éxito de la empresa, puesto que sus propios haberes se ligan al desarrollo de la misma. A no ser que en esto también el procesado Nieto Roa hubiera querido obrar fraudulentamente, cuestión que no aparece tan cierta, puesto que posteriormente apareció suscribiendo 25 acciones más, representativas del 25% que le correspondía en el cupo de la nueva emisión de acciones. Y más arraiga esta idea cuando se observa que comprometió a una sociedad en la cual él y sus familiares tenían una estimable participación en la suscripción de acciones por valor de $ 10.737.500.00. Esto, sin dejar de lado, porque en este campo delictivo tienen que computarse como pertinentes esas eventualidades, lo que pudiera tocarle en el futuro como socio - fundador, en nuevas acciones no tomadas por otros socios, a más de haber podido ser miembro de la junta, con la abundante serie de efectos que a este rango carga el derecho comercial.

Sigue la Sala estimando que la conducta del procesado Nieto Roa revela en forma eficiente una indebida confusión de las calidades del funcionario o empleado público y las puramente personales de éste, al punto que actuó como empleado oficial pero en interés particular. No es dable sostener una simultaneidad de actos, pero al mismo tiempo independizarlos, para estar marcando unas imposibles líneas divisorias entre el beneficio personal y el provecho público, la acción privada y la función oficial.

Como simultánea fue la actuación del funcionario, para promover, organizar y dar vado al funcionamiento de la Corporación, y su intervención personal que le ofrecía rendimientos particulares, por eso mismo tiene que hablarse de ilícita participación y de confusión indebida de calidades que debieron respetarse con intransigencia extrema.

Que el provecho público, comunitario, oficial no se haya perdido del todo, o que se mantuvo en su integridad, no es razón válida para excluir el comportamiento personal ilícito, que se introdujo a una esfera oficial de intervención, quedebió preservarse incontaminada, como lo fue la creación de ese establecimiento de crédito. Si el procesado Nieto Roa no hubiera actuado como Gobernador - Presidente de la Junta Directiva de Ideboy, y como tal no hubiera tenido la obligación de propender por la creación de una Corporación Financiera para Boyacá, cometido que obedeció y consiguió, su participación personal en tal empresa, podría tolerar una discusión sobre el tema de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Pero ocurriendo todo lo contrario, el debate resulta un tanto extraño, ajeno a sus propias proporciones y límites legales. No hay que olvidar, para alejar conceptos de independencia de funciones oficiales y atributos personales, que cuando se actúa dentro del ámbito de las primeras, sin que se presente solución de continuidad o desconexión entre unas y otras, aquéllas cubren por completo la conducta o impiden esa forzada separación que se ha querido establecer en el análisis de la conducta del procesado Nieto Roa. Cuando persistía su actividad oficial y los actos de organización odebecían sustancialmente a esa función oficial (Gobernador - Presidente de la Junta Directiva de Ideboy), apareció también el comportamiento personal, de interés privado, de ventaja individual. De ahí, pues, que no sean admisibles esas diferenciaciones que pierden visión sobre el contenido unitario de la actividad desarrollada, que indisolublemente involucraron función pública y beneficio particular.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—

Resuelve

NO REPONER el auto de ocho de junio del año en curso, mediante el cual se llamó a responder en juicio por el delito de "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, ex Gobernador del Departamento de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Salvamento de voto

De acuerdo con la anterior providencia de la Sala en cuanto niega la nulidad solicitada con fundamento en el argumento de que hubo violación y ausencia del ejercicio del derecho de defensa, sigo apartándome, en cambio, de la determinación de mantener el llamamiento a juicio porque, como lo expuse en amplio salvamento de voto respecto del auto de proceder, los elementos probatorios recogidos en el sumario no arrojan la prueba plena o completa del cuerpo del delito materia de la imputación.

Como en ese salvamento de voto expuse con amplitud las razones de esta posición, considero innecesario repetirlas en esta oportunidad.

A los argumentos allí expuestos, en consecuencia, me remito para reiterar mi inconformidad con la decisión de la mayoría.

Dante L. Fiorillo Porras

3 de septiembre de 1982.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS

El funcionario que dicta el auto de proceder no puede aducir como motivo de impedimento para dictar la sentencia correspondiente, el haber comprometido su criterio en el auto calificatorio, ya que en él precisamente se concretan los cargos al procesado y se le deduce una posible responsabilidad en la comisión de los mismos, en tanto que en la sentencia la prueba debe ser analizada en forma más profunda y por tanto, sin que, al hacerlo, el funcionario esté obligado a su anterior opinión. Menos aún puede aducirlo cuando se trata de revisar la sentencia proferida por quien lo reemplazó en el Juzgado de primera instancia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 31 de agosto de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada Acta número 67.

Vistos

La Magistrada Beatriz Castaño de López, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se ha declarado impedida para intervenir en este asunto por haber dictado, como Juez Quince Superior, el auto de proceder contra los encausados Félix Antonio Camacho Gómez y Samuel Salinas, razón por la cual considera que ha emitido su opinión sobre el fondo del proceso y, hallarse impedida al tenor del numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal para conocer de la sentencia correspondiente.

Los restantes Magistrados que integran la Sala de Decisión, por el contrario, estimaron infundado el impedimento alegado, ya que la actuación cumplida por la doctora Beatriz Castaño de López no lo fue fuera del proceso y para fundamentar su decisión transcriben diversas providencias de esta Sala.

Consideraciones de la Corte

Son múltiples y uniformes las decisiones de esta Sala con relación a los motivos de impedimento de los funcionarios que intervienen en el proceso penal, tales como Jueces, Magistrados y Agentes del Ministerio Público.

En esta oportunidad, la Sala una vez más reitera su posición para concluir que la Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, doctora Beatriz Castaño de López, no tiene motivo valedero para separarse del conocimiento del proceso.

El legislador colombiano ha señalado que los jueces deben conocer de los procesos penales desde el auto cabeza del proceso hasta la sentencia definitiva. Y este conocimiento ha de ser gradual, de acuerdo a las pruebas que se aducen al informativo, razón por la cual su inicial opinión en el auto de detención, no puede ser motivo de impedimento para proceder a la calificación definitiva del mérito del sumario, ya que la primera es provisional y, por lo regular, susceptible de modificaciones sustanciales. La segunda, si bien es concreta y exigente, no es definitiva cuando da iniciación a la etapa de la causa.

El funcionario que dicta el auto de proceder no puede aducir como motivo de impedimento para dictar la sentencia correspondiente, el haber comprometido su criterio en el auto calificatorio, ya que en él simplemente se concretan los cargos al procesado y se le deduce una posible responsabilidad en la comisión de los mismos. La prueba para dictar sentencia definitiva debe ser, a no dudarlo, analizada por el juez en forma más profunda para deducir el grado de responsabilidad que exige el estatuto procedimental para tal efecto, sin que por este modo el funcionario esté ligado a su anterior opinión.

El aceptar un planteamiento como el expuesto por la funcionaria impedida llevaría a un descontrol institucional, pues todo proceso se vería avocado al cambio sucesivo de juzgadores, lo que

motivaría inseguridad jurídica para las partes intervinientes.

La opinión que la doctrina y la jurisprudencia han aceptado como causal de impedimento, es aquella que el funcionario ha emitido fuera del proceso a su conocimiento y no la que por mandato legal debe consignar por razón de sus funcionarios en cada caso particular. Sobra a este efecto, hacer relación a tales decisiones, ya que la Sala Dual del Tribunal Superior al rechazar el impedimento manifestado por la Magistrada Castaño de López, tuvo especial esmero en aportarla como sustento de su pronunciamiento.

Y si no existe impedimento para dictar sentencia de primer grado cuando el mismo juez ha dictado el auto de proceder, menos aún lo hay cuando el funcionario ha sido designado juez de mayor jerarquía y en ejercicio del cargo integra la Sala que ha de revisar la sentencia dictada por quien lo ha reemplazado en la primera instancia.

Cabe agregar que aun en el evento de que el nuevo juez haya acogido los puntos de vista consignados por su antecesor en el auto de proceder, para proferir sentencia de primer grado, tampoco se presentaría causal de impedimento, porque con ello no se estaría quebrantando el debido proceso ni la doble instancia consagrada por la legislación colombiana.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal DECLARE INFUNDADO el impedimento manifestado por la Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, doctora Beatriz Castaño de López y ORDENE que continúe en el conocimiento de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION. CAUSAL 4ª INTERPRETACION HISTORICA DEL VEREDICTO

Dónde debe buscarse el fundamento. Cuando el veredicto es completo no cabe aclaración alguna.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 14 de septiembre de 1982.

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

Aprobado Acta número 071.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia de 26 de enero del año en curso, a tiempo que denegó las solicitudes de nulidad propuestas por el defensor del procesado y que declaró extinguida la acción penal que por lesiones personales hubiera podido iniciarse contra Ramiro Romero Portilla, la víctima en este proceso, confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad el 22 de octubre de 1981, condenando al procesado Luis Antonio Bayona Rey a la pena principal de ocho (8) años de prisión y a las accesorias correspondientes como autor penalmente responsable 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, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual el apoderado especial de éste presentó la correspondiente demanda de casación, declarada más tarde formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. *Los hechos:*

Aparecen reiteradamente expuestos a lo largo de la investigación y del juicio en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a la realidad procesal:

"...A eso de las siete de la noche del sábado, 18 de octubre del año inmediatamente anterior, en el negocio denominado "El Kiosco", barrio La Feria, calle 28, número 1-27 y frente al matadero municipal, Ramiro Romero Portilla halló su muerte violenta a manos del negociante de cerdos, Luis Antonio Bayona Rey, quien le propinó tres balazos de pistola...".

"...En aquella cantina desde las primeras horas de la tarde se hallaba libando licor Ramiro Romero Correa, padre de la víctima con algún amigo. Y siendo las 6 de la tarde aproximadamente la esposa mandó a su hijo, Ramiro Romero Portilla a que sacara a su padre de aquel lugar. Como el anciano acató la invitación de su hijo y salió del negocio a enterarse si su vehículo se encontraba donde lo había parqueado, la propietaria y administradora de la cantina, de manera soez y descomedida empezó a lanzar improperios para cobrar la cuenta del consumo alcohólico de Romero Correa...".

"...Aquella actitud vulgar de la señora hizo que Ramiro Romero Portilla le llamara la atención y le exigiera respeto para con su padre. Pero aquélla, también emprendió la jerga irreverente contra el joven. Circunstancia que lo alteró y lo impulsó a propinarle un golpe por la cara a la bulliciosa mujer, quien entró y avisó de lo ocurrido a Luis Antonio Bayona Rey, quien se hallaba en estado de embriaguez, departiendo en otra mesa...".

"...El beodo y amigo de la cantinera, resuelto, salió a reprender a Romero Portilla por la actitud de haber golpeado a la mujer. Pero, como aquél ya estaba alterado, ante el llamado de atención desafió a que se fueran a los golpes a quien lo reprendía. Invitación aceptada por el retado, y bien parece, que aquello se convirtió en un intercambio de golpes, para finalizar con que Bayona Rey desenfundara su pistola y disparara contra quien lo provocaba a golpes de mano...": (Fs. 97 a 98 Cdno. Princ.).

II. *La demanda de casación.*

Con fundamento en dos motivos, —no ordenarse la aclaración del veredicto pedida por la defensa y dictarse la sentencia por homicidio simple, sin embargo, de que el jurado reconoció la riña imprevista—, se acusa la sentencia del

Tribunal al amparo de las causales cuarta y segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, respecto de las cuales formula sendos cargos, a saber:

Causal cuarta:

"...*Unico cargo.* Durante la audiencia y cuando el Jurado dio su veredicto, la defensa solicitó al Juez de Derecho que aquél aclarara su decisión, pues en cuanto al pedimento hecho en el debate, sobre ocurrencia del hecho en riña imprevista para el sindicado, los jueces de conciencia, obviamente por no ser expertos en la ciencia del derecho y no tener capacidad para usar las expresiones técnicas de la ley, aceptaron la existencia de una riña, pero la calificaron de recíproca. Esta procedente petición sobre mejor claridad del veredicto fue denegada por el Presidente de la Audiencia, con lo cual hizo nugatorio el derecho de defensa que le asiste al sindicado, en este caso y dio pie para que el señor Bayona Rey fuese condenado, sin que se tomara en cuenta la atenuante específica del artículo 384 del Código Penal, a la cual obviamente debió referirse el Jurado, como que la ocurrencia de tal circunstancia resulta plenamente comprobada en el proceso. Ello dio lugar a que se infringiera la garantía de defensa que consagra para el sindicado el artículo 26 de la Constitución Nacional y se dio origen a nulidad supralegal de lo actuado...".

Causal segunda:

"...*Unico cargo.* Dijo la Corte en sentencia de 27 de julio de 1945 (G. J. LIX, pág. 471) que "el jurado... no está obligado a emplear términos técnicos de las ciencias jurídicas ni a colocar los hechos dentro de las clasificaciones del Código Penal. Es el Juez de Derecho el que tiene que acomodar el veredicto a esos términos y clasificaciones, averiguando si una circunstancia añadida por el Tribunal Popular a su respuesta califica o especifica el hecho, o si apenas puede ser tomada como de mayor o menor peligrosidad de las contempladas en los artículos 37 a 38 del citado Código". Al denegar el Tribunal Superior de Bucaramanga que la riña, calificada de recíproca, ninguna consecuencia en la dosimetría de la pena conlleva a esa calificación y siendo lógico que no puede hablarse de declaraciones supérfluas en la respuesta del jurado, contrarió en su sentencia el veredicto de los jueces de hecho, que obviamente se refirieron a una circunstancia atenuadora de la responsabilidad, como lo es la riña imprevista para el sindicado, alegada por la defensa...".

III. *Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte.*

Causal cuarta.

Cargo único.

El proceso es nulo, afirma el recurrente, por desconocimiento del derecho de defensa, quebrantado al no acceder el juez a ordenar la aclaración del veredicto, incompletamente rendido por el jurado de conciencia al admitir la riña, sin indicar que había sido imprevista para el sindicado.

Se responde, con el Ministerio Público, precisando "que ni el defensor, ni su vocero pidieron se declarara la existencia de riña imprevista en el desarrollo de los hechos, como podría desprenderse de la demanda, ni tampoco lo propuso el Fiscal", (...) "por manera, que si en el curso del debate de audiencia no se propuso dicha circunstancia atenuante, no se ve la limitación de la defensa por parte del Juzgado al negar la aclaración respecto a una circunstancia o situación que no fue alegada por la defensa y que guarda más directamente relación con la petición de la Fiscalía, que la desechó y sin que pudiera entenderse o deducirse en forma indudable que los términos recíproco e imprevisto pudieran confundirse por el jurado, ya que se trata de palabras comunes y cuyo contenido o alcance no requiere para precisarlo ser técnico en derecho".

La Sala advierte, en efecto, que *en parte alguna del proceso se ha admitido, por quienes han estado a cargo de su adelantamiento, la existencia de la riña imprevista para el procesado, circunstancia que ni siquiera fue alegada por éste o por su apoderado y o su defensor, todos los cuales pretendieron ubicar el comportamiento de Luis Antonio Bayona Rey dentro de la causal de justificación consistente en haber obrado éste en legítima defensa de su vida o de su integridad personal, como puede verse en la solicitud de su apoderado, luego de cerrada la investigación (F. 92) y de las intervenciones del vocero y del defensor en la diligencia de audiencia pública (F. 153).*

No es pues, por tanto, en las alegaciones y peticiones de la defensa donde es posible hallar fundamento a la decisión del jurado que, en cuanto a las modalidades del hecho, desechó las presentadas por el procesado, su apoderado, su vocero y su defensor, a tiempo que acogió los planteamientos de los funcionarios que en esa materia se limitaron a exponer, como elementos puramente fácticos, sin relevancia jurídica, la

riña inicial suscitada entre los protagonistas y el estado de embriaguez del procesado.

En el auto de proceder, en efecto, se desestimó, expresamente, la existencia de la riña imprevista para el procesado:

"...Podría sostenerse que hubo una "Riña Imprevista" pero tal hipótesis no se da en el caso presente porque la acción homicida se desarrolló y culminó cuando los contendores habían sido separados y ninguno corría peligro. La reyerta o combate ya había terminado y lo que posteriormente se presentó constituye una figura jurídica distinta que es el homicidio de simple propósito...".

"...La Corte de manera magistral dijo en una de sus doctrinas: "La reciprocidad del ataque, reconocida por el jurado, *tan sólo sirve para configurar la riña*, pero nada más. Porque es un combate, un cambio de golpes de parte y parte. En eso precisamente consiste la reciprocidad...". (Fs. 116 a 117).

En la audiencia pública, además, el Fiscal del Juzgado sostuvo, fuera de toda duda, la existencia de la riña inicial entre los protagonistas advirtiendo, no obstante, que no fue imprevista para el acusado, riña que, por lo demás, ya había concluido cuando el homicida causó la muerte a su víctima:

"...no comparte —dice el Fiscal— la tesis de que el acusado hubiera actuado en el curso de una riña imprevista, porque si bien, entre los protagonistas hubo una riña, intercambio de golpes, cuando se produjeron los disparos ya los protagonistas habían sido separados, es decir que la riña había concluido" (F. 146).

En suma, el fundamento razonable de la decisión del jurado de conciencia, conforme a la cual el procesado cometió el hecho "en el transcurso de una riña recíproca y bajo los efectos de la embriaguez" (F. 156), no puede encontrarse sino, en cuanto a la reciprocidad del ataque, en el auto de proceder (117) y, en cuanto a la simple riña y al estado de embriaguez, en la petición del Fiscal durante la audiencia pública (F. 146), lo que quiere decir que el veredicto encuentra suficiente respaldo procesal, que es completo y que, por consecuencia, lo que la defensa pretendía al solicitar su aclaración, siendo ésta innecesaria, era que el Jurado lo adicionara en forma tal, que habría producido un nuevo veredicto, diferente, totalmente del realmente proferido, lo que era, a todas luces, como con tino lo decidió el juzgador, petición inaceptable.

El cargo, por tanto, no prospera.

Causal segunda

Cargo único.

No obstante el cargo, ya desechado por la Corte, consistente en que la sentencia fue dictada sobre un veredicto incompleto, el recurrente apoya éste en la consideración de que el jurado al reconocer la riña, había admitido igualmente que ésta había sido imprevista para el procesado, de donde concluye que la sentencia, al desconocer esa circunstancia, fue proferida en desacuerdo con el veredicto.

Aun cuando lo dicho por la Corte respecto del cargo formulado con fundamento en la causal cuarta sería suficiente para desestimar éste que se hace con apoyo en la causal segunda, no sobra repetir, con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, "que el reconocimiento de las circunstancias atenuantes debe ser expreso y concreto, sin que sea posible darle un alcance diferente a los términos empleados por el jurado, pues de esta manera se incurriría en la irregularidad de sustituir a los jueces de hecho, de manera que no autoriza ni contempla en forma alguna la ley, ya que precisamente ésta les atribuye la decisión o señalamiento de las mismas circunstancias calificadoras; y tampoco podría llegarse a tal aceptación con la consideración de que la respuesta no contiene términos inocuos o sin efecto alguno y tal no podría ser la intención del jurado, pues se llegaría a la situación expresada, aparte de que son muy diferentes los alcances de las referidas palabras, cuyo significado estaba al alcance de los jueces de hecho, no obstante que no pueda exigirse a éstos, como no corresponde a su institución, conocimientos de derecho".

No prospera, por tanto, la demanda.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DEFENSA ADECUADA

La abundancia de alegación no siempre es mejor que un planteamiento claro, breve pero sólido de los aspectos favorables del caso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 71 de septiembre 14 de 1982.

Vistos

El Juzgado Tercero Superior de Ibagué, en sentencia fechada a 3 de junio de 1981, condenó a Gabriel Sánchez a la pena de veinte años de prisión, así como también a las sanciones accesorias correspondientes y a la indemnización de perjuicios, por el delito de homicidio, agravado en la persona de José Joaquín Escobar Casas, hecho ocurrido en la población de Playarrica, jurisdicción del Municipio de San Antonio, Departamento del Tolima, en las horas de la madrugada del 18 de junio de 1979. En la misma providencia absolvió, de ese delito, a los procesados Emiro Enciso Gil, Diomedes Borja y José Jacid Hernández.

Esa sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué mediante la que lleva fecha 24 de septiembre de 1981 con la modificación consistente en condenar también a Sánchez a la suspensión de la patria potestad.

Contra esta última interpuso oportunamente el procesado recurso de casación que le fue concedido, declarado admisible por esta Sala y tramitado conforme al rito de ley, agotado el cual, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que el día ya mencionado, o sea el 18 de junio de 1979 y a eso de la una y media de la madrugada, se dirigía Faride Calderón Tafur, acompañada de José Joaquín Escobar hacia su residencia, luego de salir del Club y Discoteca en Playarrica, cuando fueron sorprendidos por un par de sujetos que se hallaban ocultos a un lado de la calle y que dispararon sus armas sobre Escobar a quien propinaron seis balazos que le causaron la muerte en forma instantánea, después de lo cual huyeron a la carrera, sin que, de momento pudieran ser identificados.

Sobre tal hecho se inició la correspondiente investigación por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de San Antonio, que luego pasó el asunto al de Instrucción Criminal, quien dictó auto de detención contra Faride Calderón, Diomedes Borja, Anselmo Barreto Capera y Emiro Enciso Gil, el último de los cuales fue considerado como autor intelectual del homicidio por cuanto era enemigo del occiso con quien, en anterior oportunidad, se había trabado en riña.

Posteriormente se revocó la detención contra Barreto Capera y la mujer Faride Calderón pero, en cambio, se dispuso insistir en la captura de Gabriel Sánchez y Omar Borja, quienes en versión de José Jacid Hernández, habían estado, la noche de autos, en compañía de la víctima.

Ya con anterioridad a la decisión que se deja mencionada, se había pedido al Comandante del Puesto de Policía de Playarrica la captura de Gabriel Sánchez, de quien se decía en el correspondiente mensaje que "era suficientemente conocido..." en la localidad. (Fs. 253, Cdno. número 1).

Esta orden se repitió con posterioridad (Fs. 304 *ibidem*), sin que hubiera logrado efecto alguno pues ni dicho individuo ni Borja se hicieron presentes.

Por tal motivo, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Superior de Ibagué, a donde pasó el proceso una vez adelantada la inves-

tigación, resolvió emplazar a Sánchez y declararlo reo ausente, lo que hizo por auto 10 de octubre de 1979 (Fs. 370 id. id.).

Cerrada la investigación, se llamó a juicio a Emiro Enciso Gil, Diomedes Fierro Borja, José Jacid Hernández o Roosevelt Hernández y a Gabriel Sánchez como coautores del homicidio en José Joaquín Escobar Casas, hecho al que se consideró como asesinato por concurrir las circunstancias de premeditación, indefensión de la víctima y haber mediado precio o promesa remuneratoria. Es de advertir que a Sánchez se le consideró como autor material del delito y a Enciso como autor intelectual.

En la misma providencia se sobreseyó temporalmente a favor de Noé Borja Capera, también considerado como autor material en un principio. Y de modo definitivo fueron sobreseidos Anselmo Barreto Capera y la mujer Faride Calderón Tafur, así como también los restantes indagados.

En ella, además, se reiteró la detención preventiva de Sánchez y se dispuso nuevamente su captura pero como ésta tampoco fuera lograda en esta oportunidad, se le emplazó nuevamente y se le declaró reo ausente, nombrándosele como defensor el mismo Emiro Enciso Gil.

Algunas pruebas se practicaron en el plenario de la causa entre ellas las declaraciones de Anselmo Barreto, quien corroboró lo dicho por Diomedes Fierro en el sentido de que había visto a Sánchez en el lugar de los hechos y que posteriormente se había ausentado de la población.

Agotado el plenario de la causa, se fijó fecha para la audiencia pública que tuvo lugar el cuatro (4) de noviembre de 1980. Durante ella el defensor de los procesados Emiro Enciso Gil y Gabriel Sánchez, atacó la prueba existente contra sus representados en particular por el aspecto de la veracidad de los testigos y terminó diciendo que "no habiendo mérito para condenar a Emiro Enciso Gil, tampoco lo hay para su otro defendido Gabriel Sánchez contra quien sólo obra el dicho de los procesados Diomedes y Jacid, ya en la etapa del juicio, en donde también aparece un tal Omar Barragán, que no se sabe si exista o no, versiones éstas que como ya vimos, sólo aparecen al final del proceso, debido a que como ya se dijo, se produce debido (Sic.) al estado preocupante que viven los acusados por el tiempo que llevan en detención y en busca de su anhelada libertad. Aclara que esta intervención ha sido para sus dos representados, Emiro y Gabriel Sánchez".

El veredicto relativo a Gabriel Sánchez fue condenatorio. No así en relación con Emiro Enciso Gil, Diomedes Fierro Borja y José Jacid Hernández que fue absolutorio pero declarado por el Juez contrario a la evidencia de los hechos, decisión que, habiendo sido recurrida por los respectivos defensores, fue, sin embargo, confirmada por el Tribunal en providencia que lleva fecha doce (12) de febrero de 1981 salvo en lo que respecta a José Jacid Hernández cuya absolución se consideró debidamente fundamentada (Fs. 281 y siguientes del Cuaderno número 1).

En virtud de esas decisiones, se convocó un nuevo jurado que se reunió el 26 de mayo del año últimamente mencionado y que oyó tanto al vocero como al defensor de Emiro Enciso Gil los cuales trataron de demostrar la ausencia de participación de su representado en el hecho delictuoso que se estaba juzgando.

El defensor, al referirse a Sánchez advierte que a éste sólo se le vino a comprometer en la tercera versión que de los hechos hiciera Anselmo Barreto, calificando de "torpe patraña" (Fl. 355) la relación que de los mismos hace este individuo y advirtiendo que está desmentida por otras pruebas. Asevera que de aquellos aparecen, según las declaraciones, tres ejecutores cuando lo cierto es que sólo actuaron dos y señala como posible autor a Anselmo Barreto Capera a quien acusa también de querer incriminar a Enciso por cuanto entre ambos existía rivalidad comercial. En ningún momento señala como autor del hecho juzgado a Gabriel Sánchez ni hace la menor insinuación sobre su posible responsabilidad en el mismo.

Esta segunda audiencia terminó con veredicto absolutorio para los dos procesados que se estaban juzgando, a saber, Emiro Enciso Gil y Diomedes Fierro Borja.

El Juzgado en presencia de esa respuesta a los cuestionarios, se vio obligado a acatarla, como lo hizo, por sentencia de tres (3) de junio de 1982 en la cual se ocupó también de lo concerniente a Gabriel Sánchez acogiendo el veredicto que sobre él profirieron los jurados en la primera audiencia y manifestando, a este respecto, que "fue visto en las horas del día y noche (Sic.) del 17 de junio de 1979, hasta pocas horas antes del crimen de Escobar Casas, realizado, como ya se ha dicho, a la una de la mañana del 18 de los mismos. O sea que su presencia y por consiguiente oportunidad para agotar el hecho punible, aparece palmaria, probado así mismo, que el sujeto Diomedes Fierro Borja, al ser recriminado por su pariente, Anselmo Barreto Capera,

en la misma madrugada del crimen cuando compartían la misma habitación, señaló a Gabriel como responsable de la muerte de Escobar diciendo en efecto que "por varias veces" le había dicho que "no hiciéramos nada y él metió la cabeza y no atendió" sus voces que tendían a que desistiera del propósito criminal. Es igualmente hecho establecido en forma plena, que desde aquella misma noche o madrugada de los sucesos Gabriel Sánchez desapareció de la región y población en que vivía con su familia, sin que haya un hecho distinto al sacrificio de José Joaquín que motivara su fuga y ausencia. Vale repetir que los testimonios de Alirio Cortés, Isidro Fierro, Julio César Giraldo, María Fanny López de Mora y Alcibiades Montiel, evidencian la presencia de Sánchez en Playarrica "inclusive fue visto pocos momentos antes del crimen en una calle por la cual debía pasar o pasó el desventurado José Joaquín Escobar", junto con su pretendida Faride Calderón, viaje del cual no regresaría vivo, pues a su asecho se hallaba ya el acusado Gabriel Sánchez y otra persona, que a últimas se ha dicho que era Omar Barragán" (Fs. 357).

El Tribunal se pronuncia respecto a la responsabilidad de este procesado diciendo que "el veredicto condenatorio emitido en la primera audiencia pública contra Gabriel Sánchez, juzgado en contumacia, como autor material del delito, se justifica ampliamente no sólo frente al material probatorio recaudado en la etapa instructiva, sino además, teniendo en cuenta los elementos de juicio que se arrimaron en el período probatorio de la causa".

"Este individuo conocido en la región de Playarrica, donde habitó permanentemente con su familia hasta la noche de autos, fecha en la cual abandonó el lugar, fue visto no sólo el día que antecedió al crimen en el caserío de Playarrica, sino en la misma noche del suceso desgraciado y aún momentos antes del homicidio, como lo afirma (Sic.) bajo juramento Alirio Cortés, Isidro Fierro, Julio César Giraldo, Fanny María López de Mora y Alcibiades Montiel. Además Diomedes Fierro Borja señaló de manera precisa ante su pariente Anselmo Barreto a este sujeto como autor de la decisión. Afirmación que ratificó en la etapa probatoria de la causa cuando en ampliación de su injurada dijo que Gabriel Sánchez su compañero de tragos en las horas que precedieron el crimen le confió que en compañía de Omar Barragán se proponía terminar con la vida de José Joaquín Escobar, trabajo por el cual recibiría cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) (Fs. 386 y 387).

Como ya se dijo, por medio de esta providencia el Tribunal confirmó, en un todo, la proferida por el Juzgado.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Se procede a resumir, a continuación, el escrito por medio del cual se demanda la casación de la sentencia recurrida y, en seguida, la respuesta que el Ministerio Público, representado por el Procurador Tercero Delegado Penal, da a las pretensiones del actor.

Este formula, en extenso alegato, un solo cargo contra la sentencia recurrida, proyectándolo en el ámbito de la causal cuarta de casación por considerar que aquella fue dictada en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional por violación de una de las garantías, la de defensa adecuada, que consagra el artículo 26 de la Carta Política.

Después de señalar, con ayuda de sentencia de esta Sala, que la disposición en cita determina la observancia de un número plural de garantías para asegurar el correcto juzgamiento de las personas y de singularizar, como específicamente violada en este proceso, la que se menciona en el aparte anterior, expone para sustentar el cargo lo que se sintetiza a continuación:

A Gabriel Sánchez no se le vinculó al proceso en las primeras diligencias sino en forma tardía cuando ya había corrido buena parte del mismo y "aunque su situación jurídica, dice el censor, no se agravó puesto que en el auto de llamamiento a juicio, con relación a Gabriel Sánchez, el señor Juez se limita a repetir que 'fue visto en la noche del crimen', es lo cierto que el señor Juez resolvió emplazarlo, lo que naturalmente se hizo en Ibagué, pero como Gabriel Sánchez era un campesino de la región de Rovira y San Antonio, nunca llegó a imaginar que un Juez de Ibagué lo necesitara para que rindiera indagatoria y, naturalmente, no atendió el emplazamiento".

Agrega que el apoderado de oficio "no hizo absolutamente nada por su representado. Se limitó a posesionarse del cargo... Este apoderado ni siquiera pidió que buscaran a Gabriel Sánchez en su pueblo de origen o en el municipio donde le expidieron la cédula —pequeños pueblos donde presumiblemente lo conocían— ni averiguó por qué razón el señor Juez Tercero Superior de Ibagué ordenó a las autoridades de Policía lo buscaran en Circacia (Quindío) lo cual es uno de los misterios del proceso".

Agrega que mientras los otros sindicados tuvieron defensa, Sánchez careció de ella y que, "para agravar dicha situación, una vez dictado el auto de proceder, el Juez le designó el mismo defensor que a Emiro Enciso Gil".

"Error inmenso, dice el demandante, y muy perjudicial para Gabriel Sánchez porque lo ideal es que cada procesado tenga su propio defensor, máxime en tratándose de un reo ausente, para que el defensor pueda lanzar sus propias hipótesis y rechazar las ajenas, pues si se le da por defensor al de otro de los procesados, se limita su defensa, como en efecto sucedió".

Insiste en que entre Sánchez y Enciso había "contraposición de intereses" porque el segundo fue señalado como autor intelectual del delito en tanto que el primero se le colocó en calidad de autor material y que por eso al primero le interesaba que no se aclarara el motivo determinante de la muerte "porque toda duda se resuelve a favor del reo" en tanto que al segundo le convenía que dicho motivo se esclareciera plenamente para que, en lugar del precio o promesa remuneratoria, se acogiera otro móvil, por ejemplo, el pasional como causa del delito.

Añade que, por eso, el defensor de Enciso no hizo lo debido respecto a Sánchez y que, además, llegó a formular afirmaciones gravísimas para éste como la de que el acuerdo criminoso entre ambos procesados, si lo hubo, había quedado roto antes del crimen, lo cual equivalía a echar toda la responsabilidad sobre el último de los nombrados, esto es, Sánchez.

Acepta, no obstante, que "a la única persona a quien no hicieron cargos en la audiencia pública ni el señor Fiscal ni el señor apoderado de la parte civil, fue a Gabriel Sánchez".

"Entonces, se pregunta, ¿por qué se condenó a Gabriel Sánchez? Sencillamente porque no tuvo defensa".

Y enumera, a continuación por qué no la tuvo, insistiendo en que no se le emplazó debidamente y agregando que no se borró de la mente de los jurados la idea de que quien huye es culpable, ni se analizó la personalidad del procesado, ni se examinaron los requisitos para considerar a alguien coautor de un delito, ni se hizo la diferencia entre autores materiales e intelectuales, ni fueron criticados los cuestionarios, ni se expusieron otras probables causas del homicidio distintas al lucro, ni, en fin, se insistió en la responsabilidad posible de Faride Calderón.

Además, critica la forma breve como el defensor se refirió a Sánchez, para, en cambio, hacerlo en forma extensa por lo que dice relación a Enciso ya que, respecto al primero, se limitó a preguntar quién lo había visto en el lugar del crimen cuando éste era cometido.

Al examinar la acusación, la Procuraduría niega que hubiera oposición de intereses entre los dos procesados, Sánchez y Enciso y por lo tanto a aquél le hubiera perjudicado la alegación de que éste había desistido del delito, lo que daba a entender que el primero había perseverado en él por su cuenta.

Por lo que hace a la pretendida falta de defensa en la audiencia, también niega que eso hubiera ocurrido, haciendo notar que el defensor común de ambos procesados, se refirió extensamente a la prueba, atacándola para deducir la falta de demostración del cargo.

Y, finalmente, hace notar que la labor de defensa se hace de acuerdo con criterios individuales en el sentido de que cada defensor la planea como cree que debe hacerse sin que sobre el particular pueda decirse, sin más que, por ser adversos los resultados, aquella fue inexistente o inadecuada.

Pide, en consecuencia, que se deseche el cargo y que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Observa la Sala, en primer término, que no es cierto hubiera adolecido el emplazamiento del sindicado y luego procesado Sánchez, de las fallas que le atribuye el actor.

Es verdad que se le buscó en Ibagué, pero no es menos cierto que al Comando del Puesto de Policía de Playarrica, lugar de residencia habitual de dicho individuo, donde había permanecido hasta entonces y tenía su familia, se libraron dos comunicaciones que pueden verse a folios 253 y 331 del primer cuaderno, en las cuales, sobre todo la primera, se insiste en que es persona ampliamente conocida en la localidad.

Es decir, se le buscó donde debía hacerse, esto es, en el lugar de su residencia habitual y donde estaba su hogar, sin que tal situación pueda ser desvirtuada por el hecho de haberse dirigido comunicaciones a otras partes tendientes al mismo fin de la captura.

Así que no resulta valedera la alegación que, en el sentido arriba indicado, ha hecho el actor.

Por lo que hace a la falta de defensa a lo largo del proceso y especialmente en la audiencia pública, la Sala señala que la investigación fue muy completa, pecando antes de prolija que de insuficiente y que en ella se recibieron las pruebas que el buen sentido de los funcionarios indicaron como necesarias o simplemente útiles para aclarar los hechos.

De otro lado, no aparece que el hecho de haberse designado el mismo defensor para Sánchez y Enciso hubiera perjudicado al primero.

No es lógico el planteamiento que, sobre el particular, hace el demandante en el sentido de que mientras a uno le convenía la duda, al otro no. La verdad es que, dado que ésta se resuelve siempre a favor del acusado, a ambos les hubiera sido útil esa situación.

Tampoco se ve la razón para que el alegato en favor de Enciso de que el pacto entre éste, considerado intelectual, y el autor material, o sea Sánchez, se había roto antes del hecho, perjudicara exclusivamente al último, pues, desaparecido dicho convenio, no podría alegarse que el sicario hubiera tenido un motivo para llevar a cabo el hecho. Es decir, quedaría éste sin un móvil adecuado.

Como argumento para reforzar la falta de defensa, cita el actor el de que, pese a no haber sido acusado Sánchez, el jurado lo condenó. Se refiere a que durante la audiencia ni el Ministerio Público ni la parte civil lo atacaron. No obstante lo cual, los jurados profirieron un veredicto condenatorio, lo que el actor atribuye a que no fue defendido adecuadamente.

Un somero examen de esta situación demuestra, por el contrario, que la de dicho procesado era tan comprometida, tal fuerza tenían los cargos que contra él se formularon en el auto de proceder, que, sin necesidad de hacer énfasis sobre ellos en la audiencia pública el *"juri"* los aceptó profiriendo veredicto condenatorio.

Y no contribuye a sustentar la censura el esbozo de defensa que, como se dijo, plantea el actor ya que sólo demuestra la forma como él la hubiera llevado a cabo. Pero no que fuera el único modo de hacerla.

Como ha dicho la Corte, *cada defensor planea su propia estrategia de defensa, acordándola con los hechos del proceso y llevándola a sus fines, según su particular criterio, razón por la cual no pueden fijarse pautas ni por el juez ni por otros abogados.*

La efectividad de la defensa no puede deducirse solamente de la cantidad de argumentos que un defensor presente ante los jurados o ante el juez, en su caso, en orden a liberar a su representado de los cargos que contra él pesan.

La abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento claro, breve, pero sólido de los aspectos favorables del caso. Muchas veces la sencillez de la exposición, centrada sobre unos pocos argumentos, o así sea sólo sobre uno, hacen más en favor del procesado que un caudaloso flujo de pretendidas razones que sólo consiguen, casi siempre, confundir y desorientar al jurado o al juez, así den a la parte o a su apoderado la sensación de que están agotando, hasta sus máximos límites, el esfuerzo defensivo.

En el presente caso, el defensor de Sánchez alegó poco, ciertamente, pero lo hizo al hilo de la acusación, atacando el punto cardinal de ésta, o sea la presencia del acusado en el momento de los hechos y en el lugar donde estos se realizaron.

Sólo que las pruebas de cargo no eran fácilmente rebatibles y prevalecieron en la conciencia del jurado, pese, como lo hace notar el mismo demandante, a que ni el fiscal ni la parte civil insistieron en reiterar la acusación contra Sánchez.

Todo lo anterior está demostrando que no logró el demandante, no obstante el persistente esfuerzo que hizo, demostrar el cargo de falta de defensa como origen de la nulidad constitucional que alega y que, por lo tanto, debe rechazarse.

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 Tercero Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secrtario.

IMPEDIMENTOS. (CAUSAL 7ª DEL ARTICULO 78 DE C. DE P. P.).

Por cuanto la revisión no es una instancia superior a la casación, para que los Magistrados puedan alegar esta causal debe haber identidad de materias entre lo planteado y resuelto por ellos al desatar el recurso extraordinario de la revisión. Si no se da esta identidad, el impedimento es infundado. Se reitera reciente doctrina de la Sala.

RECURSO DE REVISION. RECURSO DE CASACION. CARACTERISTICAS

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 15 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 71 de 14 de septiembre de 1982.

Vistos

El honorable Magistrado Alvaro Luna Gómez se declara impedido para intervenir en el recurso extraordinario de revisión interpuesto en el proceso penal que culminó con la sentencia condenatoria proferida contra Francisco Marino Sanjuán por el delito de homicidio.

Resultandos y considerandos

1. Invoca como causal de su impedimento la prevista en el número 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, "por haber dictado como Magistrado ponente la sentencia de cuya revisión se trata".

2. *Aunque esta Corporación venía aceptando en todo caso como causal de impedimento para intervenir en un recurso de revisión, el haber formado parte de la Sala que decidió el recurso de casación en el mismo proceso, en providencia del 26 de mayo del presente año, una Sala mayoritariamente integrada por Conjueces, modificó tal criterio jurisprudencia, así:*

"Cuando el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal consagra como causal de impedimento o de recusación el "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", está haciendo referencia a la situación del juez o magistrado que habiendo dictado una determinada providencia (auto o sentencia) o habiéndola suscrito como miembro de la Sala que la profirió en el caso de juez colegiado, le corresponde luego ocuparse de ella en una instancia superior en virtud de recurso de apelación o casación; preténdese de esta manera evitar que el funcionario revise su propia providencia o intervenga en su reexamen, en detrimento de la finalidad propia de los recursos, que es la de que otro juzgador en instancia superior haga nuevo estudio de la situación jurídica resuelta por el de la instancia inferior, para garantizar hasta donde sea humanamente posible que no haya incurrido en desacierto jurídico.

"Aunque el formalmente llamado recurso extraordinario de revisión se dirige "contra las sentencias ejecutoriadas" (Art. 584 C. de P. P.), sustancial y realmente lo que se dispone revisar cuando prospera la demanda, es el proceso en su integridad, del cual la sentencia no es más que su parte conclusiva; en efecto, cuando en la segunda instancia o en sede de casación se le halla razón al recurrente, la providencia controvertida (auto o sentencia) se revoca o casa y es reemplazada por otra que la sustituye, sin que el proceso sufra variación alguna, a menos que se reconozca la existencia de nulidad; en el recurso de revisión, en cambio, la sentencia en cuanto tal no es objeto de concreto y especial examen, sino

en la medida en que ella refleja la existencia de la causal reclamada por el demandante y, como ya se indicó, la consecuencia de su prosperidad es la orden de reabrir el debate procesal para que durante su nuevo decurso sea corregido el error que la Corte evidenció a petición del recurrente.

"Por manera que cuando el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal menciona el "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", no le está dando a la palabra "revisión" la connotación jurídica que corresponde a ese mismo vocablo cuando el código lo emplea para referirse al recurso extraordinario de que se ocupa el Capítulo II del Título IV de su Libro Tercero (Arts. 584, 91).

"Si se examinan las causales de revisión del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal se encontrará que ninguna coincide con las que trae el artículo 580 en materia de casación y, además, que todas tienen vida propia, y que algunas de ellas (causales 2ª y 5ª) se fundan en hechos cuya comprobación se logra después de ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que, ordinariamente, el examen que hace la Corte con motivo del recurso extraordinario de revisión no enfrenta a sus Magistrados con la sentencia de casación que emitieron en el mismo proceso y, por lo mismo, no revisan su propia providencia. Esta regla, sin embargo, admite excepciones: ellas se dan cuando el motivo de revisión que plantea el recurrente apunta concretamente a una situación procesal que le presentó antes a la Corte dentro de una causal de casación en el mismo proceso y a ella se referían revisando su propia providencia, como cuando se demanda en casación la sentencia por supuesta violación indirecta de la ley consistente en que —a juicio del recurrente— el Tribunal condenó con fundamento en prueba jurídicamente inexistente, y luego de que la Corte no casa la sentencia por encontrar que la prueba existía o que había otras que permitían el fallo condenatorio, solicita revisión con fundamento en la causal cuarta".

3. *La Sala comparte este criterio, que implica modificación de la doctrina precedente en cuanto aceptación indiscriminada y general del impedimento fundado en la causal 7ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, y precisión de concretas situaciones que validarían su eventual admisión.*

Cabría agregar a estas consideraciones que *técnicamente la revisión supone un reexamen de la realidad histórica sobre la cual se levantó el proceso a tiempo que la casación se ocupa únicamente de los ataques a la legalidad de la sentencia, con lo que una y otra instituciones presentan caracteres y finalidades propios; la revisión no es, por lo tanto, una instancia superior a la casación, como para deducir que resuelto este recurso por la Corte, sus Magistrados tendrían que volver sobre tal determinación al planteárseles respecto del mismo proceso su revisión, pues que —como ya se advirtió— al ocuparse de este nuevo recurso no estarían revisando su propia providencia.*

4. *En el presente caso, basta examinar la demanda de casación en su oportunidad presentada a la Corte en este mismo proceso y la providencia en que tal recurso fue desatado en sentido negativo, para percatarse de que los tres cargos formulados y resueltos con fundamento en la causal cuarta —única propuesta por el actor— son absolutamente ajenos al motivo de revisión que ahora plantea, como que aquéllos se referían a supuestas nulidades legales y constitucionales del proceso y estos versan sobre hechos nuevos que, al amparo de la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, tendrían la virtud, según el demandante, de demostrar la inocencia o irresponsabilidad del condenado.*

Al desatar el recurso de casación, la Sala no se ocupó, pues, del acervo probatorio sobre el cual se edificó la sentencia de condena, sino de la cuestión atinente a la existencia o no de los vicios formales que entonces se le propusieron; ahora, en cambio se demanda la revisión del proceso con fundamento en supuestos o reales hechos cuyo examen exige análisis de fondo sobre su realidad probatoria, aspecto éste no tocado por la Corte con ocasión del recurso de casación.

De las consideraciones precedentes despréndese que no habiendo identidad de materia entre lo planteado y resuelto por la Sala al desatar el recurso extraordinario de casación y lo que ahora se le pide por la vía también extraordinaria de la revisión, no se da la causal del impedimento invocada.

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

Resuelve

NO ACEPTAR el impedimento manifestado por el honorable Magistrado Alvaro Luna Gómez.

Ejecutoriada esta providencia vuelva el expediente al honorable Magistrado Luna Gómez para que se continúe la tramitación del recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Expediente número 27528.

C/. Francisco Marino Sanjuán.

Ponente: doctor Alvaro Luna Gómez.

Aclaración de voto de los Magistrados doctores Pedro Elías Serrano Abadía y Fabio Calderón Botero

Estamos en perfecto acuerdo con la parte resolutiva de la presente decisión, pero disentimos respectivamente de la mayoría de la Sala en cuanto que al establecer sus fundamentos advierte la posibilidad de que existan excepciones en que deba admitirse impedimento de quienes suscribieron la sentencia de casación, "...cuando el motivo de revisión que plantea el recurrente apunta concretamente a una situación procesal que le presentó antes a la Corte dentro de una causal de casación en el mismo proceso y a ella se refirió la Sala al resolver dicho recurso, porque entonces sí sus integrantes estarían revisando su propia providencia...".

Por el contrario, los suscritos pensamos que en ningún caso los Magistrados que fallaron en casación se encuentran impedidos para conocer del mismo proceso en revisión por la causal del artículo 78-7 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto nos asisten las siguientes razones:

No se puede olvidar que el recurso de casación expresa un juicio de valor entre la sentencia y la ley, y que el de revisión lo plantea entre la sentencia y la realidad. El desacuerdo entre la sentencia y la ley obliga a la Corte en casación a corregir el fallo o a anular el proceso o parte del mismo, para que éste quede en definitiva dictado conforme a la ley; pero, la disparidad entre la sentencia y la realidad determina a la Corte en revisión a ordenar la reconsideración del proceso respectivo, para que el nuevo fallo quede en definitiva conforme con la verdad histórica del hecho materia del juzgamiento. Mientras la casación busca la legalidad de la sentencia, la revisión persigue de manera exclusiva un fallo de inocencia.

Esta diferencia de objetivo entre uno y otro recurso permite afirmar:

1. Que si bien la casación se mueve también en el terreno de los errores de hecho lo hace sólo con respecto a la prueba que ofrece el expediente.

2. Que la revisión, recurso probatorio por excelencia, se desenvuelve exclusivamente en el ámbito del error de hecho en su forma especial de presentar una disconformidad frontal entre los hechos declarados en la sentencia y los realmente sucedidos, esto es, entre la verdad que se afirma como verdad *de facto* en la sentencia y la verdad material o histórica.

3. Que la casación se endereza a indagar si la sentencia se dictó de acuerdo con la prueba recogida en las instancias (verdad formal).

4. Que la revisión se encamina a establecer si la sentencia (verdad formal) coincide con la realidad histórica (verdad real).

5. Que en la casación el error de hecho puede llevar, por sí solo, y respecto de la acción penal, a la absolución, a la condena o a una mayor o menor punibilidad.

6. Que en la revisión el error de hecho debe conducir siempre y de manera necesaria a la absolución por inocencia absoluta.

De todo lo anterior se deduce de manera clara y ostensible que no es jurídicamente viable alegar en revisión los mismos errores de hecho que se pudieron haber alegado en casación, pues estos tenían que constituir errores *in iudicando* cometidos en la sentencia con relación a la prueba recaudada para causar un resultado ilegal y no como aquellos sobre pruebas o hechos de cuya existencia o demostración se tiene conocimiento pleno después de proferido el fallo respectivo para sólo entonces verse palpable la injusticia de éste. Si los errores de hecho que se manejan en ambos recursos no tienen *la misma naturaleza* y no recaen sobre la *misma prueba,* resulta incuestionable aceptar que el recurso de revisión no enfrenta conceptualmente a los Magistrados que emitieron sentencia de casación en el mismo proceso.

Ni aun en el ejemplo que propone la jurisprudencia en que se apoya la mayoría de la Sala tiene cabida el impedimento.

Basta recordar que para la casación hay dos pruebas inexistentes, a saber: la jurídicamente inexistente, o sea, la que existe en los autos, pero no tiene ningún valor jurídico por haberse violado los requisitos legales para su aducción; y la materialmente inexistente, es decir, la que no obra en el proceso y que el fallador presupuso. Ninguna de las dos es *prueba secreta* tal y como la exige el recurso de revisión para afirmar que a la Corte se le plantea la misma "situación procesal" que se le presentó antes y que tuvo que resolver. En efecto: si por prueba secreta se entiende la que "no existía en el proceso", pero que fue agregada *de facto* al momento del fallo o después de éste, con el único fin de determinar o de justificar la condena, se admite de contera que esta es una forma legal de presumir la falsedad, o bien, la ineficacia real de la prueba secreta. Bajo esta concepción, que es la que pregonamos, demostrar esa situación constituye un hecho nuevo para el juez de revisión, *distinto* a cualquier error que se hubiere alegado en casación sobre la prueba.

Finalmente debemos agregar:

1. En el recurso de revisión la Corte deja intacta la sentencia, pues no dicta otra para corregirla o sustituirla, simplemente la pone en suspenso para que se revise la causa y según lo que resulte sea cambiada o ratificada con entera libertad por los jueces de las instancias.

2. Si realmente pudiera hablarse de que la Corte siempre que conoce en sede de revisión de un proceso en el que ya había proferido sentencia de casación actúa revisando su propia providencia, habría que aceptar que lo estaría haciendo en el mismo grado de jurisdicción y en el mismo proceso.

Todas estas consideraciones nos inducen a pensar que en ningún caso los Magistrados que concurrieron a resolver un recurso de casación se encuentren impedidos para conocer del recurso extraordinario de revisión que se proponga en esa misma causa.

Fecha ut supra.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero.

Salvamento de voto

La decisión adoptada por la Sala constituye una interpretación muy literal del numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, dejando de lado su verdadero espíritu, su manifiesta finalidad. Cierto es que, cuando se declara la procedencia del recurso de revisión, no se entiende por sí la *revisión* de la sentencia.

En el recurso de revisión, en cuanto tiene que ver con los efectos de la cosa juzgada, se presentan dos fenómenos procesales: *uno de carácter transitorio*, cuando el recurso de revisión logra éxito en la Corte, y éste ordena la revisión de la causa; *otro de carácter definitivo*, cuando se da el evento previsto en el artículo 589 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de las nuevas pruebas aportadas. En aquél, se remueve *pasajeramente* la sentencia ejecutoriada que consagra la *res iudicata*, para permitir un nuevo juicio; con ésta, ya se da una decisión sustitutoria, *desapareciendo* el fenómeno de la cosa juzgada.

Si esto es así, el impedimento o la recusación deben mirarse en su propio estadio. Nada vale como argumento advertir que no se va a revisar la propia sentencia, cuestión que puede producirse como consecuencia del nuevo juicio, o que no acontezca. Este es punto que no se controvierte. Lo que se debate, en materia de impedimentos y recusaciones, es algo diferente: si la sentencia proferida en el pasado por la Corte, entra en juego, así sea *tangencial o transitoriamente*, en la definición de este recurso extraordinario y por tanto no conviene, por exigible noción de imparcialidad, que los que van a resolverlos sean los mismos que suscribieron aquélla. La ley que rige estas excusas o retiros obligados (Art 78-7, C. de P. P.) no califica la naturaleza de la providencia dictada, ni la índole, grado o alcance de la que va a realizar su revisión. Lo único que exige es cierta relación, contacto, vínculo con la decisión proferida, aspecto que puede influir en la libertad de criterio y desapasionamiento que debe regir el estudio de las nuevas razones o pruebas que se aduzcan. Sobre la condición humana, en punto de prejuicios, prevenciones, apegos, obsecaciones, surgidos en forma involuntaria o consciente, no hay que hacerse demasiadas ilusiones. Así lo ha entendido, y muy bien, el sistema de los impedimentos y recusaciones; de ahí que se piense más en la reacción común y corriente, que en el comportamiento heroico, paradigmático, ajeno a la cuota diaria de debilidades que atormentan al hombre. Nadie puede negar que la revisión, de prosperar, supone el reconocimiento de un error judicial, como tampoco que estará siempre en actitud más comprensiva para admitirlo aquel que no ha contribuido a su formación que quien ha sido causa eficiente de su producción. Por eso no es

bueno que, ni a título de recelo, se dude sobre la bondad de la valoración de una prueba (sentencias contradictorias, existencia de quien se creía muerto, falsedad de pruebas, pruebas secretas, inocencia o irresponsabilidad) (Art. 584 C. de P. P.) para atribuirla a intención de impedir o dificultar la comprobación de la injusticia, error, equivocación o desacierto cometidos.

Con la tesis por la cual propugno, estoy seguro que el recurso extraordinario de revisión gana efectividad, nitidez, autonomía, exactitud y perfección. Estoy igualmente convencido que todo recurso de revisión implica, así sea en forma transitoria una correlación, conexidad o parentesco con la sentencia dictada. Ninguna de las causales del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal escapa a esta apreciación. Podrá existir diferencia de grado, porque unas son menos complicadas, porque estimulan menos el orgullo espiritual de haber acertado, porque no enardecen la controversia, porque alejan responsabilidades. Pero, para poderse definir cualesquiera de las circunstancias indicadas en el citado artículo, es imprescindible buscar lo que a ese respecto se dijo, o no se dijo, o se dijo en distinta forma, o no se pudo decir, en la sentencia dictada. Todo recurso de revisión (distinto de la revisión misma) es un cotejo, un contrato, una comparación. Este es el primer estadio en que se defiende la cosa juzgada y en que por tal razón es necesario estudiar, así sea somera y provisionalmente, lo que conceptualmente fijó esa cosa juzgada. Aquí es donde se ve hervir el interés personal, la toma de conciencia sobre un hecho o una noción donde se agita la eventual y perjudicial incidencia de la predecisión, aspectos todos que no quiere el legislador ver en juego, ya que el proceso terminó. El antiguo juzgador, que todo lo dijo con profundidad y convicción, debe ceder paso, así sea para declarar la prosperidad del recurso, del cual depende si hay revisión de la sentencia, o no la hay, al Magistrado sin ataduras nitres.

Por eso la práctica judicial indica la necesidad de acompañar a la demanda los fallos pronunciados y la de solicitar, por parte de la Corte, el respectivo proceso. Por eso el artículo 587, *antes de revisarse la sentencia* (argumento fundamental del pronunciamiento del cual disiento), ordena que otro debe ser el juez ("...distinto del que antes la tramitó y decidió...) el que debe *adelantar* la nueva causa y si es el caso, pronunciar la sentencia de reemplazo. Si la ley sólo considera lo de la efectiva y real revisión de la sentencia, permitiría el trámite de la causa por parte de quien intervino primeramente en su emisión. Pero desde un principio, ocurra la revisión o no se llegue a ello, la ley ordena su separación. *Mutatis mutandis* es lo que debe ocurrir con los Magistrados que profirieron la sentencia de única, o segunda instancia o la de casación. Por lo mismo que la definición del recurso en algo se roza con esos fallos, es que procede el desalojo del Magistrado, así la revisión de la misma haya de llegar después o no se presente.

Con la tesis sustentada por la Sala, se puede llegar al evento de inadmitir impedimentos o recusaciones para resolver sobre la casación interpuesta contra el fallo de revisión, por ser éste distinto del de casación dictado por la Corte y referido a sentencia, que ya fue sustituido por haber triunfado la revisión.

Conviene agregar, sí, que la forma como se han tramitado los impedimentos relacionados con el punto que ahora propone el Magistrado Luna, no es la más aconsejable, pues sólo ha producido dilaciones innecesarias. La comunidad del motivo, su evidencia, debiera permitir su alegación y decisión conjunta. Así se aceleraría la tramitación. Hoy, su propuesta y definición individualizadas, con el nombramiento, posesión y actuación de cada conjuez, demora el incidente en forma desaconsejable y hace de un trámite sencillo y expedito, solucionable en corto tiempo, un rito de meses y hasta de años.

Entonces, con el usual respeto, me separo del criterio expresado por la Sala de Magistrados Titulares y también de la de Conjuez, citada en este proveído.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

CONFESION Y CUERPO DEL DELITO

Nuestro sistema procedimental exige que se compruebe la veracidad de la confesión, entre otros requisitos, subordinando su valor a "que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito"; pero para llenar este requisito no prescribe especiales elementos de comprobación ni se agudiza el grado de conocimiento y demostración que al respecto debe obrar: su prueba puede surgir de la evidencia misma del hecho delictuoso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 20 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 71 de 14 de septiembre de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en fallo de cuatro de noviembre del año próximo pasado, confirmó integralmente la sentencia proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Sahagún (julio 23/80), mediante la cual se absolvió a Luis Manuel Romero Ríos y Manuel Francisco Vargas Algarín, a quienes se les imputó un delito de "hurto" de ganado mayor, en perjuicio de Pedro Juan Tulena.

El apoderado de la parte civil interpuso, en tiempo oportuno, recurso de casación.

La impugnación fue admitida en auto de cuatro de marzo del presente año y la demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades de la ley, en proveído de seis de mayo.

De los hechos y de la actuación procesal

Así los determina el Procurador Primero Delegado para lo Penal:

"El proceso se originó en virtud de la denuncia formulada por el abogado Alvaro Petro Sierra, en representación de Pedro Juan Tulena Abirami, a quien se le extraviaron varias reses de su finca Toronto, ubicada en el Municipio de Pueblo Nuevo. El hecho fue advertido por el ganadero en razón de la notoria disminución en la producción y marca de ganado, que lo llevó a indagar sobre lo ocurrido, con el resultado de que fue informado que terneros sin marcar eran sacados de su finca por su administrador Luis Manuel Romero Ríos y otras personas.

Actuación procesal

"Con fundamento en los anteriores hechos el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, con sede en Planeta Rica, dispuso iniciar la investigación penal el 11 de enero de 1979.

"Dentro del período investigativo fueron oídos en diligencia de indagatoria Luis Manuel Romero Ríos, Manuel Francisco Vargas Algarín, Octavio Paternina, Marcelo Gutiérrez, Fabio Rivera, Marco Rivera, Ramón Jaller Arboleda, Juan Francisco Ortega Macea y Alberto Manuel Montiel.

"Luego de precluida la etapa investigativa el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún dispuso el cierre de la investigación en providencia fechada el 25 de abril de 1979.

"El Juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario por medio del auto de 20 de septiembre de 1979, en el cual dispuso abrir causa criminal contra el procesado Luis Manuel Romero Ríos por el delito de hurto de ganado mayor en la modalidad de continuado. Así mismo llamó a responder en juicio criminal a Manuel Francisco Algarín como cómplice necesario del delito de hurto continuado. En esa providencia fueron sobreseídos en forma temporal los sindicados Octavio Paternina, Marcelo Gutiérrez y Mario Rivera y amparados con sobreseimiento definitivo Marcos Rivera, Ramón Jaller Ar

boleda, Juan Francisco Ortega Macea y Alberto Manuel Montiel.

"Apelado el auto calificatorio mereció confirmación integral por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en decisión de 30 de noviembre de 1979.

"Ejecutoriado el auto de proceder, el Juzgado del Circuito de Sahagún abrió el juicio a prueba el 26 de febrero de 1980. Dentro del período probatorio se pidieron y decretaron algunas pruebas; sin embargo, sólo se oyó la declaración de Pedro Juan Tulena.

"La diligencia de audiencia pública se verificó el 8 de julio de 1980 y en ella fueron oídas diversas declaraciones, así como la intervención de los representantes de los procesados.

"El Juzgado Penal del Circuito de Sahagún puso fin a la primera instancia en virtud de la sentencia dictada el 23 de julio de 1980. En ella, atendiendo las solicitudes de los defensores de los encausados absolvió a Luis Romero Ríos y Manuel Francisco Vargas Algarín por los delitos que habían dado lugar al enjuiciamiento.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería conoció por vía de consulta de la citada sentencia absolutoria, la que confirmó en decisión fechada el 4 de noviembre de 1981: Contra esta determinación se interpuso el recurso extraordinario que ahora debe ser resuelto".

De la demanda de casación

Se formula un único cargo, al amparo de la causal 1ª, cuerpo segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues el "fallo incurrió en manifiesto error de hecho al pronunciarse sobre la existencia del cuerpo del delito, dejando de lado, sin ninguna apreciación, las pruebas indicativas del hurto, lo cual indujo a violar indirectamente estas normas legales por no haber sido aplicadas, a pesar de que la realidad del proceso lo exigía: artículos 349, 351 en su numeral 8º, y 372, numeral 1º, del estatuto represor vigente; o los artículos 397 (7º de la Ley 21 de 1973), 398, numeral 7º y 399 del de 1936, que regían cuando se realizó el apoderamiento del ganado, imponibles, unas y otras, según la garantía de favorabilidad instituida en los artículos 26 de la Carta Política y 6º del primer ordenamiento.

"Las violaciones puntualizadas resultaron del desconocimiento de los artículos 215, 216, 217, 264, 306, 307, 310 y 336 del Código de Procedimiento, normas no aplicadas a pesar de encontrarse 'la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio'; de que los procesados confesaron judicialmente su participación; de que el fallador estaba en el deber de dar a esas pruebas 'su estimación legal', lo cual no se hizo; de que los mismos medios de convicción son bastantes 'para que el juzgador declare la existencia de un hecho', el hurto en el caso de autos. La omisión de estos reconocimientos fueron violaciones medios para consumar los quebrantos ya indicados de la ley penal".

El memorialista, luego de dedicar un acápite a los "hechos procesales", se refiere a "los fundamentos del fallo", que bien pueden sintetizarse del siguiente modo:

En cuanto al cuerpo del delito se anota que la denuncia afirmó la comisión de un hurto de ganado en la hacienda Toronto "pero no dice en qué cantidad. Tampoco (sic) el señor Tulena manifiesta que en los dos últimos años anteriores a su declaración se le ha perdido por lo menos un mil cabezas de ganado". Se alude a la inspección judicial de folios 83 a 86 (enero 18/79), sobre 57 semovientes, marcados "GL" —Luis Manuel Romero Ríos— y la diligencia de secuestro (Fls. 229/230, marzo 8/79, en la cual no se acierta sobre el número (53 o 66) de animales. Se recuerda que la parte ofendida indicó que las reses sustraídas estaban "entre 8 y 10 meses de nacidos y que todos se hallaban sin marcar"; igualmente, que no se acostumbraba a descornarlas, circunstancia que, con excepción de una vaca, se advirtió en los semovientes. Rotundamente se asevera que "en todo el expediente no encontramos pruebas de propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las casi mil reses que dice la parte perjudicada se le han perdido en los dos últimos años, anteriores a la denuncia que dio origen a este proceso. El registro del hierro quemador del señor Tulena no juega ningún papel en esta oportunidad, porque los animales que se dicen sustraídos no poseían hierro quemador que acredite la preexistencia y propiedad, porque no se hallaban marcados aún, según se afirma".

De los elementos requeridos por la doctrina para configurar el cuerpo del delito (apoderamiento; de cosa mueble; ajena; sin consentimiento del dueño; sin fuerza o violencia; con ánimo de aprovechamiento), sólo se acreditó lo concerniente al "carácter de mueble del objeto materia de la infracción, pues se trata de semovientes". Finalmente reitera que "hay que relevar que en el curso del plenario se ha modifi-

cado, como queda visto, la prueba del elemento material como que el ofendido no ha probado por los medios idóneos la preexistencia y propiedad de los semovientes embargados y secuestrados en el curso de la investigación''.

Respecto de la responsabilidad se escribió:

Como el cuerpo del delito no logró comprobarse, las manifestaciones de Romero Ríos no pueden tener el valor de confesión (Art. 264 C. de Procedimiento Penal). De las aserciones de Vargas Algarín, que podrían tomarse como de cargo, se niega su eficacia probatoria porque no se vertieron bajo la gravedad del juramento (Art. 385 *ibidem*). De ahí, entonces, que ''no habiendo la prueba plena o completa de la culpabilidad de los procesados Luis Romero Ríos y Manuel Vargas Algarín, no puede proferirse en su contra sentencia condenatoria sino absolutoria en la forma como lo hizo el *a quo*''.

El recurrente, por su parte, indica que la objetividad o materialidad del delito es cuestión únicamente referida a los elementos ''sustracción'' (o apoderamiento) y cosa mueble.

Las pruebas que demuestran esta realidad, y omitidas por el Tribunal, consisten: 1. Informe de los agentes Luis Alvaro Cala, Jorge Quitián Fandiño y José Peña Vanegas, en el se indica que ''Luis Romero Ríos y Manuel Francisco Vargas Algarín aceptaron haber sacado de Toronto varios lotes de terneros para llevarlos a otros parajes''. El informe fue ratificado posteriormente; 2. Las diligencias de inspección permitieron reconocer el ganado decomisado ''como parte de los semovientes sustraídos a don Pedro Juan Tulena'' y como tal se les identificó y avaluó; 3. El testimonio de Rafael García Acuña, ''quien reemplazó a Romero Ríos en el cargo de mayordomo de Toronto y quien da precisiones sobre las características del ganado que decomisó la policía con las marcas de Romero Ríos y de quienes los adquirieron de éste''; 4. La declaración de Pedro Juan Tulena, que suministra datos importantes para la investigación; 5. Las confesiones hechas por los dos procesados.

Cada uno de estos puntos los desarrolla detenidamente el impugnador.

Por último, en el aparte de los ''ingredientes subjetivo y normativo del hurto'', afirma, sobre los mismos elementos de comprobación, que se demostró que ''Romero Ríos obtuvo un provecho para sí, como fue la obtención del producto de las ventas y de otros intercambios que hizo. Se trata de un beneficio patrimonial, el dinero y los semovientes, y ese beneficio no se quedó en el simple propósito, bien manifiesto por cierto, sino en rendimientos económicos y en otras ventajas, como la de figurar entre los comerciantes de ganado, lo cual constituye un título significativo y un avance para quien se había iniciado en trabajos menos remunerados''. Y, de la ajenidad del ganado, advierte su plena evidencia: Romero Ríos ''había recibido los semovientes para cuidarlos y no para disponer de ellos, ni menos en forma ilícita. La confesión del hecho punible, con todos sus pormenores, se refiere tanto a la sustracción como al quebranto del encargo recibido del dueño, violando además la confianza depositada por éste. Romero sabía que transportaba o hacía transportar cosas que no eran de él, pero que las hacía suyas estampando en ellas señales de pertenencia obtenidas por procedimientos legales. La marca era un medio autorizado administrativamente y en este caso sirvió para comprobar el cambio de una relación legítima por otra de carácter punible''.

El censor presenta como conclusiones de su alegación:

''*Primera.* El proceso acredita en plenitud la sustracción o el apoderamiento de parte del ganado perteneciente a don Pedro Juan Tulena, y que esa actividad punible fue realizada por los dos sujetos a quienes se llamó a responder en juicio, Luis Romero Ríos y Manuel Francisco Vargas Algarín. La calidad y significación de la prueba, según el análisis precedente, impone casar el fallo recurrido y dictar el que debe reemplazarlo.

''*Segunda.* La base de esta decisión es el grave error de hecho en que incurrió el juzgador de segunda instancia al ignorar en el fallo pruebas definitivamente incriminantes, que, de haberlas tenido en cuenta, habrían determinado la condena y no la absolución de los culpables.

''*Tercera.* La parte civil no plantea los grados de la pena imponible, porque esa no es su función legal, que se reduce a señalar los elementos del hurto y la culpabilidad consiguiente, todo para poder seguir ejerciendo la garantía legal del resarcimiento.

''*Cuarta.* Se reafirman las peticiones del capítulo primero de esta demanda, en atención a las comprobaciones que su cuerpo contiene''.

Del concepto del Procurador Primero Delegado

El Ministerio Público le concede razón al pedimento de casación. Encuentra ''abundante la

prueba de imputación", la misma que tiene la característica plena no sólo en cuanto al delito en sí sino también respecto de la responsabilidad.

Sobre esta cuestión destaca:

a) Las versiones suministradas por los sindicados ante las autoridades de policía, o sea las manifestaciones de Fabio Enrique Rivera Montiel, Manuel Francisco Vargas Algarín, Alberto Manuel Montiel Romero, Octavio Manuel Paternina Montiel, Luis Manuel Romero Ríos, Marco Tulio Rivera Montiel, Marcelo Gutiérrez Torres, Juan Francisco Ortega Macea y Eduardo Santos Jaraba Cáliz;

b) Los informes de Luis Alvarado Cala, Jorge Quitián Fandiño y José Peña Vanegas (Fl. 13, que debe relacionarse con las diligencias de Fls. 21, 159, 166);

c) Las confesiones "libres y espontáneas" de Romero Ríos y Vargas Algarín, en las cuales aceptan plenamente su participación en los hechos delictivos;

d) La declaración de Tulena (Fls. 134 y 427), enfática en observar cómo la marca de terneros descendió de 1.500 a 800 o 900; la menguada capacidad económica de Romeros Ríos; y, también, "la forma como se enteró de los hechos";

e) Rafael García Acuña atestiguó que los terneros solían descornarse y esta característica se comprobó en los ganados recuperados.

De esto concluye que "en la sentencia se dejaron de tener en cuenta las pruebas anteriormente relacionadas, de las cuales resultaba inequívocamente demostrado el hecho punible y la responsabilidad de los enjuiciados, lo que representa un ostensible error de hecho que determinó la falta de aplicación de las disposiciones que en el Código Penal incriminan el delito de hurto. Los argumentos que dieron lugar a la absolución no sólo son deleznables sino que carecen de todo poder de convicción.

"La afirmación hecha por los procesados y además por otros sindicados que en opinión de esta agencia fiscal han debido también ser enjuiciados, en el sentido de que no fueron torturados para obligarlos a confesar, carece por completo de sentido y de bases probatorias que la sustenten, pues no basta con afirmar la existencia de un hecho para que se le considere demostrado. Además, que en el presente caso, por el contrario, existen medios de convicción que conducen a negar que los sindicados hayan sido presionados siquiera por los agentes de la autoridad para confesar, pues también ante el funcionario de instrucción y su secretario reafirmaron abiertamente su participación en los hechos investigados, precisamente dos días después de haber declarado ante la policía y cuando no ostentaban ninguna huella del maltrato o de violencia. Veinte días después, justamante cuando un personaje de la región se vinculó a la investigación, se presentó la retractación tan fácilmente aceptada por los funcionarios que conocieron de este proceso.

"Las declaraciones de los agentes de la policía deben ofrecer una especial credibilidad, no sólo por la investidura que ostentan sino porque en este caso no se ha demostrado la existencia del más leve interés que pudiera hacerlas sospechosas o mendaces. Ningún motivo tenían los representantes de la autoridad para atribuir unos hechos de tanta trascendencia a personas que quizá ni siquiera conocían con anterioridad. Resulta, pues, inexplicable que el riguroso cumplimiento del deber resulte a la postre siendo criticado por funcionarios a quienes justamente la sociedad y el Estado han encomendado la misión de sancionar los hechos delictivos que se cometan en el territorio de su jurisdicción.

"Tampoco es cierto que la única prueba para comprobar el cuerpo del delito sea la confesión de los procesados, cuestión que ya había sido correctamente resuelta en el auto de calificación, pues todas las pruebas que anteriormente se relacionaron demuestran tanto el delito como la responsabilidad de los procesados. Resulta curioso, por decir lo menos, que la sentencia que se revisa haga eco de la afirmación de que el ganado decomisado no es de propiedad del señor Tulena porque ostenta otras marcas, cuando precisamente la sindicación consiste en que se sustraían ganados aún sin marcar. Además, las pruebas de última hora que pretenden atribuir algún poder económico al principal de los sindicados no tienen el poder de infirmar la prueba de imputación, pues aun en el supuesto de que éstas fueran creíbles, no permiten negar la posibilidad de que aun las personas adineradas pueden cometer delitos contra la propiedad, especialmente si con otros medios de convicción esta prueba resulta irrefragable".

Al comentar el contenido y alcance del artículo 107 del Código Penal afirma que "De la lectura de esta disposición podría concluirse en principio que de conformidad con su texto y a partir de su vigencia, ha desaparecido la condena en abstracto por la indemnización del daño

material ocasionado por el delito, pues esta norma derogó lo dispuesto por el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, ya que de la lectura del nuevo precepto debe inferirse que si los perjuicios fueron regulados dentro de la actuación procesal, deberá condenarse a la suma que en concreto se haya deducido y, en caso contrario, siempre procederá una condenación en concreto, dentro de los equivalentes límites pecuniarios que en gramos de oro prescribe la transcrita disposición.

"No obstante, a juicio de esta Procuraduría Delegada es menester hacer un detenido análisis del texto del artículo 107 del Código Penal, para determinar su alcance y señalar la interpretación que más se ajusta al sistema jurídico colombiano.

"La comisión de un hecho delictivo origina la pertinente acción penal que busca imponer las consecuencias punitivas señaladas en el tipo violado y puede generar acción civil tendiente a indemnizar los perjuicios ocasionados (Art. 9º del C. de P. P.). Destácase, pues, que la acción penal es necesaria e imperiosa, mientras que la acción civil es contingente y eventual, además de que su ejercicio es discrecional.

"Las anteriores características de la acción civil que pueden surgir de la comisión de un hecho delictivo resulta de la circunstancia innegable de que algunos delitos no ocasionan daño civil (conspiración, algunas formas de tentativa o de delitos omisivos), otros, aun cuando pueden ocasionarlo, no permiten identificar en concreto el titular de la pretensión indemnizadora (concierto para delinquir, algunos delitos contra los recursos naturales), mientras que en otros casos el perjudicado renuncia al derecho a ser indemnizado.

"Si lo anterior es cierto, resultaría absurdo decretar una indemnización por perjuicios inexistentes o cuando el titular del derecho no puede ser precisado. También contraría la lógica el acordar el pago del daño en favor de quien expresamente ha renunciado a ese derecho, pues la acción civil es disponible y por lo tanto renunciable, o concederlo en la sentencia en cualquiera de los casos en que la acción civil se haya extinguido (pago, transacción, compensación). De manera que, en primer lugar, razones de lógica material o de equidad impiden que en algunos casos proceda el señalamiento de perjuicios en los términos del artículo 107 del Código Penal.

"De otra parte, razones de lógica formal o puramente jurídicas impiden dar un alcance absoluto al artículo 107 del nuevo estatuto punitivo. Tales razones son las siguientes:

"a) En relación al daño civil y por ello de contenido patrimonial, es necesario dar prevalencia a los principios vigentes en ordenamientos *ius privatistas*. Una de las características de los ordenamientos de este tipo es que no se puede acordar de oficio lo que no tiene carácter público. Esto llevaría a la conclusión de que la indemnización sólo sería procedente bajo pedimento del ofendido o a instancias del Ministerio Público (Arts. 102 y 136 del C. de P. P.).

"b) La máxima '*onus probandi incumbitactori*' tiene consagración legislativa en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Consecuencialmente sería deber primordial del ofendido probar el daño y su monto para solicitar la condena por ese concepto.

"No obstante, este principio no tiene plena vigencia en el ordenamiento procesal penal, pues en primer lugar el Estado, a través de los funcionarios judiciales, debe buscar la prueba y monto de los perjuicios (Arts. 319 y 380 del C. de P. P.), función que corresponde al Ministerio Público. En el fondo, esta excepción al principio anteriormente aludido representa el reconocimiento de que todo hecho delictivo constituye una falla del servicio, pues el cabal cumplimiento del artículo 16 de la Constitución Nacional impediría la violación de la ley penal, y de ahí que el Estado tome medidas para indemnizar, asumiendo actos que de otra manera serían de la iniciativa exclusiva del titular del derecho. Sin embargo, una cosa es la indemnización y otra muy distinta su reconocimiento en una cuantía caprichosa, aun cuando dentro de límites legales. En otras palabras, que sólo cuando en la actuación procesal se haya dado cumplimiento a lo estatuito por el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, procederá la condena por perjuicios.

"c) La condena imperativa a una suma determinada, que resultaría de una interpretación extrema del artículo 107 del Código Penal violaría dos principios fundamentales. En efecto, se lesionaría el principio de la congruencia, al concederse lo que no se ha pedido y, de otra parte, se menoscabaría el derecho de defensa, pues una indiscriminada regulación de perjuicios en la sentencia impediría la defensa del procesado respecto de una pretensión indemnizatoria no intentada o no cuantificada con fundamentos probatorios.

"Los anteriores planteamientos llevan al Ministerio Público a la conclusión de que una adecuada interpretación del artículo 107 del Código Penal no conduce necesariamente a afirmar que procede siempre la condena en concreto por concepto de daño material. Una primera exigencia del artículo es la clara demostración del daño, que se infiere del texto de la disposición cuando señala 'si el daño material deriva del hecho punible, no pudiere evaluarse pecuniariamente...', luego el daño debe existir y estar probado aun cuando su monto no se haya establecido.

"En segundo lugar es necesario que 'no exista dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito', lo que indica que si existen tales bases lo pertinente es su regulación por la vía incidental a que alude el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal. Es evidente que en este aspecto la norma no es muy afortunada, pues la falta de bases pueden ser el resultado de inercia probatoria o de la imposibilidad técnica y práctica de cuantificar el daño frente a determinados delitos, pues solamente a estos eventos ha debido referirse el precepto, esto es, a aquellos eventos en que demostrado el agravio no sea posible regularlo en una determinada cuantía.

"Finalmente, es necesario recordar que la condena al pago a que alude el artículo 107 del Código Penal, es discrecional y así lo indican las dos expresiones facultativas que emplea esa disposición. Emplea la norma la expresión 'prudencialmente' que debe referirse a discrecionalidad en cuanto al monto, pero además, utiliza el verbo 'podrá' para indicar que el juez puede o no utilizar el arbitrio que ese artículo le confiere".

De las consideraciones de la Sala

1. El 12 de enero de 1979, en Planeta Rica, el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, recibe la indagatoria de Luis Manuel Romero Ríos, con todas las formalidades de la ley. Este relata: "...le vendí quince (15) terneros a don Ramón Jaller, le entregué seis (6) a partir utilidades a Fabio Rivera, le entregué diez (10) terneros a partir utilidades a Marcos Rivera. Preguntado: Díganos, de quién eran esos terneros ... Contestó: De Pedro Juan Tulena. Preguntado: ... estaba usted autorizado ... para hacer esa clase de transacciones. Contestó: No señor. Preguntado: ...por cuánto vendió usted los quince terneros al señor Ramón Jaller. Contestó Por quince mil pesos, me entregó un mulo y cuatro mil pesos en efectivo. Preguntado: ...el ganado que usted dio a partir utilidades a los señores Rivera, fue liquidado o todavía se encuentra en poder de ellos. Contestó: Las seis novillas, todavía están en poder de Fabio Rivera y los otros fueron vendidos, ocho se le vendieron a Roberto Vergara y los otros dos están en poder de Marcos Rivera. Preguntado: ... en total cuántas reses ha sacado usted de la hacienda Toronto sin orden del señor Pedro Juan Tulena. Contestó: Treinta y una (31)...". Agrega haberse sustraído esos semovientes, así: "las quince de Ramón Jaller, hace aproximadamente año y dos meses, las seis novillas y los diez machos hace seis meses"; y, sobre las personas que, en alguna forma, ayudaron a la movilización de esas reses, anota: "Las quince de don Ramón Jaller, fueron en dos lotes, las primeras ocho las mandé con Manuel Vargas y Octavio Paternina, las siete últimas las mandé con Marcelo Gutiérrez y Eduardo Jarava. Las seis novillas de Fabio Rivera, las llevé yo; Fabio Rivera y Octavio Paternina, los diez de don Marcos Rivera en dos lotes, el primer lote lo llevó Manuel Vargas, Octavio Paternina y mi persona; Luis Romero, las primeras cinco, Luis Romero y Marcos Rivera, que nos ayudó en la mitad del camino". Recalcando el conocimiento de la mala procedencia de ese ganado, tanto para los que ayudaron a arrearlas como los que las recibieron, vuelve a repetir las cantidades sustraídas y el nombre de las personas que le ayudaron a su desplazamiento. Por último se refiere a otros ganados en utilidades (20 novillas con Neglis (a. el negro Dajud), sobre los cuales predica legítima procedencia, ya que las adquirió con el rendimiento de algunas "cosechas y marranos que engordó ahí en la hacienda"; y veintitrés en Toronto, más cuatro novillas donde Fabio Rivera, que también fueron compradas con plata que el patrón me prestaba o me daba de mi sueldo y un pedazo de tierra que me regaló el patrón y lo vendí por la suma de cincuenta mil pesos, pero sólo me dieron treinta y cinco mil pesos, se lo vendí al Chino Sotelo. De las veintitrés que tengo en Toronto, cinco fueron que las regaló el patrón (Fls. 26 a 30).

Estas manifestaciones del procesado, recibidas de acuerdo con las prescripciones legales, deben considerarse como confesión y con el valor de plena prueba que le asigna el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal esquivó considerar su mérito porque entendió que el cuerpo del delito (el delito mismo, ya que no dejó por fuera de esta noción elemento alguno de tipificación), no estaba debidamente acreditado por elementos de convicción diferentes a la versión del procesado.

Antes de comentar este segundo aspecto, conviene afirmar que, para la Sala, la pieza procesal que se acaba de transcribir tiene todas las características de una confesión. Pero, igualmente, las cantidades que allí se mencionan y relacionadas con las sustracciones operadas, son las *únicas* que pueden darse como demostradas y propias al delito de hurto de ganado mayor, por el cual debe responsabilizarse a Luis Manuel Romero Ríos.

Contra esta diligencia, buscando su descrédito e invalidez se ha querido cargar el poderoso gravamen de haber sido el resultado de tortura psicológica y material, realizada por los agentes del F-2 intervinientes en las primeras indagaciones. Debe destacarse que el 25 de enero de 1979, Romero solicita ampliación de indagatoria —Fls. 110— y en la misma fecha el doctor Ramón de J. Jaller —Fls. 115— aparece revelando que Romero, el día en que don Ramón Jaller rendía indagatoria (enero 12 de 1979), se mostró muy apenado porque bajo amenazas de muerte lo había tenido que involucrar en los hechos. Pues bien, Romero Ríos, con manifiesta artificiosidad, aparece el 29 de enero del año en referencia, negando todas sus aseveraciones: "eso es muy falso, allá en Montería el F-2 me hicieron decir que le había robado ese ganado a Pedro Juan, porque los señores agentes me dieron una trompada en la boca del estómago... no me acuerdo lo que dije allá porque estaba con nervios, me pegaron una trompada en la boca del estómago... eso es muy falso, estaría loco, eso es falso... estaba lleno de nervios... me dijeron que tenía que meter al señor Ramón Jaller, para que pudiera salir del problema".

En esta misma actuación ya cita como fuentes de aprovicionamiento, en cuanto al ganado entregado a los Rivera, "al turco Jalit... a Jerónimo Montiel ... a Manuel Capillo", y, a una pregunta del instructor sobre el motivo por el cual no comunicara sucesos tan graves al juzgado, teniendo amplias posibilidades para hacerlo, contestó: "Porque yo me hallaba amenazado de la ley y creía que estaba por ahí cerca' (sic) y me hiban (sic) a volver a ultrajar y por eso dije así (Fls. 122 y 123).

No encuentra la Sala, y en esto coincide con su colaborador fiscal, motivos para deducir que las aseveraciones de Romero, y demás compañeros, fueron el resultado de coacciones, ejercidas por la autoridad policiva. Cuando se advierte el poco tiempo que estuvieron en poder de aquélla (escasos dos días), el apreciable número de personas comprendidas en la acción intimidatoria y los actos violentos, así como el escaso personal que intervino en esas diligencias (tres policías), la forma inmediata como fueron puestos a disposición del Juzgado, la ninguna huella física de haber sido maltratados y la ausencia de inestabilidad sicológica reveladora de presión o miedo, y, en fin, la escasa significación de los actos atribuidos por Romero Ríos a sus presuntos atormentadores, a los cuales no vio cerca del despacho judicial sino que supuso su proximidad, tiene que deducirse una posición forzada y ficticia en la retractación, considerable más bien como simple actividad defensiva de los sindicados y de la que debía realizar el señor Jaller, que afrontaba en ese entonces un delicado compromiso. En estas condiciones, máxime cuando la versión del procesado en cierta forma aparece confirmada por otras declaraciones, es de obligación estimar su atestación como una válida confesión.

2. El Tribunal, y ya se mencionó específicamente la cuestión, señaló que no estaba acreditado el cuerpo del delito por elementos probatorios diferentes a la confesión. De ahí que le negara a ésta todo mérito.

Nuestro sistema procedimental, sin desestimar el trascendente valor que le otorga a la confesión, no llega al extremo de desentenderse de la comprobación de veracidad de ésta, para evitar falsas autoacusaciones originadas en un afán de alterar la investigación, o en condicionamientos sicológicos que el propio procesado puede ignorar. Por eso exige del juez igual celo para establecer tanto lo que pueda favorecer como perjudicar al sindicado; por eso en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, subordina el valor de la confesión a "que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito", indicándose como contenido propio de esta noción, "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal" (Art. 310 ibidem.) *y permitiéndose la más amplia libertad de pruebas (las reconocidas por la ley como tales) sobre "los elementos constitutivos de la infracción" (Art. 336 Ib.), dentro de los cuales necesariamente está el denominado cuerpo material u objetivo del delito; y, por último, se cuida el legislador de preceptuar que "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 circunstancas del hecho" (Art. 399 Ib.).*

Pero lo que pretende la ley, obviamente, es obtener un cercioramiento o convicción, sin que para acreditar el cuerpo del delito se prescriban especiales elementos de comprobación o se aguditce el grado de conocimiento y demostración que al respecto debe obrar; tanto es esto así que puntos como la preexistencia del objeto sustraído, su posesión y sustracción, por ejemplo, pueden surgir de la evidencia misma del hecho, tal ocurre cuando una acción violenta de despojo, en la calle, es presenciada por varias personas que declaran sobre esta ocurrencia, sin que nunca más se vuelva a saber de los objetos o medien dificultades probatorias, en quien alega su dominio, para acreditar este presupuesto. De ahí, precisamente, la bondad y sentido exacto del art. 346 del Código de Procedimiento Penal.

Consignadas estas advertencias se destacará cómo, en autos, se ha logrado demostrar, plena y legalmente, lo que en el caso examinado debe entenderse dentro del concepto de cuerpo del delito, o sea, la sustracción (traslación de las reses del señor Tulena del lugar en donde estaban, y debían estar, a sitio diferente) de cosa mueble.

La primera observación sería anotar que, conforme al artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, el llamamiento a juicio no es factible sino "cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito...", de donde, si el proceso avanzó hasta encontrarse en la situación actual, es porque el juzgador de la primera instancia apreció como satisfecho este requisito.

El aspecto relacionado con cosa mueble resulta tan manifiesto y notorio, que no es dable suscitar discusión alguna.

Pero que la sustracción se operó es cuestión también debidamente establecida como que los elementos aportados a este fin, resultan en convencimiento firme.

Así se deduce de las siguientes circunstancias:

a) Los informes rendidos por los agentes Luis Alvarado Cala, Jorge Quitián y José Peña (Fls. 13, 21, 159 y 166), dan cuenta de las revelaciones que los incriminados, o las personas que tuvieron que ver con la conducta de éstos, les hicieron sobre los hechos. Lo central de estas versiones está en que Romero Ríos sí movilizó ganado de propiedad del señor Tulena, sin que pudiera atribuirse a tal acción un título legítimo o un motivo aceptable en el campo de la legalidad. Por la forma, por su volumen, por su destino y por las calificaciones dadas a este comportamiento, debe aceptarse que esa traslación constituyó una sustracción. Esos relatos al referirse al número de reses sacadas de la finca Toronto, sobrepasan la cantidad que, con base en la confesión de Romero Ríos, se determina como propia de su actividad ilícita.

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en afirmar que estas diligencias tienen el valor, por lo menos, de prueba indiciaria.

De otro lado, las personas involucradas en esos informes [Fabio Enrique Rivera Montiel (Fl. 15), Manuel Francisco Vargas (Fl. 16), Alberto Manuel Montiel Romero (Fl. 17), Octavio Manuel Paternina (Fl. 18), Marco Tulio Rivera Montiel (Fl. 20), Marcelo Gutiérrez (Fl. 22), Juan Ortega Macea (Fl. 23) y Eduardo Santos Jaraba (Fl. 24)], coinciden, a grandes rasgos, en respaldar la verdad de esa sustracción.

Estos dos aspectos de este tema, servirían por sí para establecer el cuerpo del delito.

Lo único que se opone a ello es que sus autores fueron, como agentes de policía o como interrogados, torturadores o torturados. Si este acontecimiento fuese verdad, la prueba perdería validez.

Mas esta grave tacha no constituye realidad. Es apenas un modo de salir del compromiso penal que creó el propio reconocimiento de acción ilícita, la participación en la misma, aunque para beneficio de otras personas, o la incriminación que resultó de sus declaraciones.

Sobre el particular ya se vio la opinión del Ministerio Público, argumentos que la Sala prohíja. Pero esta apreciación resulta sobresaliente evidencia cuando se advierte:

Ninguno de los que manifestaron haber recibido golpes, exhibió huellas de maltrato físico, los cuales, por el poco tiempo transcurrido, no pudieron desaparecer, ni ocultarse. Las amenazas de palabra, que no se concretaron en actos de fuerza material, aparecen tan vagas, tan ocasionales, tan fugaces, que no pueden tomarse como factores suficientes para silenciar un deseo de verdad y para cambiar éste en una posición acusadora de personas inocentes. No es posible calificar de resultado normal el que, entre tantos amenazados o golpeados, no se escapara uno de ellos, tan pronto pudo entrar en contacto con el funcionario judicial, una queja sobre la forma como fue tratado por los agentes de policía o presionado para dirigir sus manifestaciones acusatorias. Las informaciones dieron por con-

secuencia que gran parte de los animales mencionados por los declarantes, aparecieron en los lugares por ellos indicados y con ciertas características de identificación señaladas por el denunciante (edad, topización de cachos, etc.). Afirmándose que sólo se buscaba vincular a Ramón Jaller con Romero Ríos, es lo cierto que éste es uno de los varios puntos mencionados por los informadores. De haber sido éste el objetivo siquiera principal de lo que se dice el montaje de una farsa, ésta hubiera sido mejor caracterizada, completa y dirigida en forma única a este fin; sin embargo, con Jaller aparecieron mezclados otros receptores de Romero Ríos. Además, no se aviene mucho la aducción de este motivo (querer perder al citado Jaller) con otro todavía de mayor entidad, o sea, el que Romero Ríos debía ir a parar a la cárcel para purgar allí el apoyo ofrecido a unos invasores de la tierra del señor Tulena.

Conviene agregar que la declaración de Tulena no puede entenderse como demostrativa de pérdida de ejemplares en número superior a los que determina la confesión de Romero Ríos (ésta se contrae, como ya se dijo, a 31 ejemplares y aquél relaciona de 900 a 1.500). Merma tan significativa habría conmovido a su propietario y, oportunamente, movido a controles efectivos o seguros sorprendimientos. La forma descuidada como atendía a su riqueza, así como la ausencia de indicaciones serias al respecto, permiten asumir esta indicada conclusión.

La censura prospera parcialmente. Se reconocerá, entonces, la responsabilidad de Romero Ríos, una de las peticiones del recurrente, y al efecto se hace la siguiente dosificación de pena:

A este procesado se le llamó a juicio para responder del delito de "hurto", en modalidad de continuado, y sobre cabezas de ganado mayor, en cuantía superior a $ 10.000.00. Conforme al artículo 397 (Ley 21/73-7) del Código Penal, la pena estaría entre uno y seis años de prisión, que podría aumentarse hasta en la mitad, según el artículo 398-7 *ibidem* y hasta en otro tanto según el artículo 399. Por razón del delito continuado (Art. 32) devendría otra intensificación de una sexta parte a la mitad.

Partiéndose entonces, del mínimo de un año de prisión y observándose las circunstancias de menor peligrosidad (buena conducta —Art. 38-1) y de mayor peligrosidad (motivos innobles, deberes especiales de relación, preparación ponderada —Art. 37-3, 4, 11—), se tiene una acentuación de cinco meses, más otros cinco meses por razón de la agravante indicada en el artículo 398-7, lo cual daría veintidós meses de prisión, que deben aumentarse en seis meses más (Art. 399). Esta suma, o sea, veintiocho meses, se intensificarán en cinco meses, por cuanto el delito asumió la forma de continuado —Art. 32—. Conviene anotar, a este último respecto que la denominación de delito continuado desapareció de la legislación penal, pero no el fenómeno jurídico que lo constituía y estimable para la imposición de penas cuando se tratare de la comisión de varios hechos punibles. Es así como el Código de 1980 lo recoge en el artículo 26 ("el que... con varias acciones... infringa... varias veces la misma disposición" (el llamado concurso homogéneo sucesivo), aunque asignándole una punibilidad mayor ("...quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto"), ya que la nueva institución termina con la estructura jurídica de la ficción, que reconocía el anterior estatuto, mediante la cual se dispensaba una pena más benévola ("...la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad"), al considerarse como un sólo hecho las varias conductas realizadas. No vale contra esta interpretación el que el artículo 26 del Código Penal de 1980 contempla sólo una hipótesis: varias infracciones con *diferentes* penas, en las cuales es dable encontrar una mayor gravedad. *A fortiori* se incluye la situación de penas de igual categoría (naturaleza y cantidad), porque en este evento se escoge cualesquiera de ellos pudiéndose repetir su *quantum* (hasta en otro tanto) para cumplir con la previsión de la pena señalada para el concurso.

Ahora bien, estos treinta y tres meses deben mermarse en cinco, porque las manifestaciones de Romero Ríos, tan pronto fue contactado por los investigadores de la policía, pueden tomarse como un fenómeno restitutorio, pues al indicar el lugar de las cosas muebles sustraídas, evidenció un propósito de volverlas a su dueño, cometido que si bien no pudo lograr directamente, por encontrarse privado de libertad y sometido a pesquisa, sí lo consiguió mediante la intervención de terceros, en este caso, agentes de la autoridad. De acuerdo con el artículo 429 del extinguido Código Penal (no se aplica el 374 del actual, para conservar la unidad de la figura delictiva —hurto—) se le detraerá la sanción en cinco meses. Romero Ríos debe purgar como pena total veintiocho (28) meses de prisión.

Tiene derecho a la condena de ejecución condicional —Art. 68 C. P.—, para cuyo disfrute otorgará caución por valor de cinco mil pesos. El Juez de la primera instancia acordará el compromiso inherente a este beneficio.

En relación con Manuel Francisco Vargas, la argumentación que aparece en autos no es lo suficientemente atendible como para variar el fallo pronunciado en su favor por uno de carácter condenatorio. Si se leen sus iniciales exposiciones, así como las de otras personas que compartieron con él una inicial sindicación pero que a la postre fueron sobreseídos en forma definitiva, tiene que advertirse que el llamamiento a juicio como cómplice necesario de Romero Ríos, resulta apreciación exagerada. El, como trabajador de la finca Toronto, y a órdenes de Romero Ríos, debía realizar las faenas que a él se le encomendaban. Dentro de ellas estaba movilizar el ganado para uno u otro sitio, para una u otra persona, para su conservación o traspaso a terceros. La naturaleza y verdadero destino de estas faenas, debía conocerlas y asumirlas Romero Ríos y no Vargas. Es verdad que éste, por las circunstancias, bien pudo sospechar, y sospechó, que la actividad desplegada tenía más el carácter de comportamiento ilícito que conducta normal de manejo de la finca mencionada. Esto le emparentaría con una infracción distinta a la de hurto, ya que de ésta no reportó la más mínima utilidad o beneficio, como sería la de encubrimiento, infracción por la cual no se le formuló cargo alguno.

Lo menos que podría arbitrarse en beneficio suyo sería la incidencia de un fenómeno de duda —Art. 216 del C. de P. P.—.

Por eso el cargo no prospera en cuanto a este procesado.

Finalmente el Ministerio Público ha cuestionado el alcance del artículo 107 del Código Penal actual.

Ya se transcribieron las razones del Procurador 1º Delegado en lo Penal, integralmente, sobre el mencionado aspecto. De ahí que la Sala precisa su criterio sobre cuestión tan importante que, a no dudarlo, suscitará controversias del mas elevado interés científico.

La obligación de restituir e indemnizar va pasando de la acción del ofendido, en proceso civil, a igual actividad dentro del proceso penal; se incrementa su necesidad cuando se otorgan poderes concurrentes al Ministerio Público y al Juez; y culmina cuando se estimula una iniciativa, a este respecto, del propio ofensor, aspecto que se visualiza en el mantenimiento de la privación de libertad si oportunamente no se atiende a esa reparación o no se cuenta con seguros adecuados que la garanticen, o, cuando se otorga al juez la facultad prudencial de determinar un monto, si no hay intervención de parte civil o no pudo establecerse su cuantía, por ausencia de factores utilizables por peritos, no dudándose de su existencia real.

El artículo 107 del actual Código Penal, responde, con mayor intensidad, a la tendencia a permitir la utilización del proceso penal como medio válido para concretar y conseguir la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. En el anterior estatuto era bien sabido el influjo que la escuela positivista ejerció sobre el particular, pues la misma involucraba en el concepto de sanción, la que podía denominarse reparadora *y que tenía que ver con el resarcimiento de las secuelas patrimoniales del delito. Así no se participe cerradamente de esta doctrina, lo cierto es que el Estado debe propender, por acción de sus funcionarios, con exclusión del ofendido o perjudicado (Arts. 102, 136, 319, 334 y 380 del C. de P. P. y 103 y ss. C. P.), o colaborando con éstos en esta función y cometido. Ahora, en virtud del artículo 107 del Código Penal, se ha querido ir más allá al dotar al juez de un instrumento de acción judicial más eficaz para procurar la reparación e indemnización de los daños. Y está bien que así sea porque la acción delictiva suele, por lo menos mermar considerablemente, cuando no cercena y aniquila en forma completa, las posibilidades económicas de quienes sufren su impacto de manera directa o indirecta. Entonces, a la par que se satisface mediante el instituto de la pena, las necesidades de la sociedad y del propio sentenciado (Art. 12 C. P.), también deben atenderse los requerimientos de índole económica, al tratar de restaurar los desajustes de esta naturaleza causados por el delito. La regla general debiera ser que cuando se ha producido un daño la sentencia condenatoria expresase un gravamen pecuniario en concreto que, por adecuado, mereciese el asentimiento del ofendido y del ofensor. Se tendría una justicia integral, de calificado mérito.*

El legislador sopesando la tragedia económica del ofendido (factor coadyuvante de su deterioro sicológico), que puede llegar a privarlo de medios oportunos y suficientes para intervenir como parte civil en el proceso, ha creado una institución de carácter subsidiario, *que se ocupe de dar solución a esta última hipótesis. De ahí que luego de imponer un compromiso a los órganos de actividad judicial (Juez y Ministerio Público) y de facilitar la intervención del ofendido o perjudicado para demostrar y tasar los perjuicios, termina autorizando prudentes condenaciones patrimoniales hasta por cuatro mil gramos de oro, cuando dándose la* realidad y objetividad

del perjuicio éste no puede avaluarse pecuniariamente, "debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito", *pero teniendo, eso sí, muy presente "la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible".*

Este precepto se originó en la comisión de 1978, pero limitado al ámbito de los delitos contra la existencia física y la integridad personal. Tuvo en cuenta las razones indicadas y, además, sentar el principio según el cual toda *vida humana debe representar un interés económico, que nunca será el adecuado por tratarse de valores tan distintos. Se reaccionó contra la tendencia en boga, en el campo de la responsabilidad extracontractual, de considerar algunos casos (niños, minusválidos, desocupados, etc.) como ajenos a las obligaciones indemnizatorias, por no constituir factores de productividad sino fuentes de gastos y empobrecimientos. La comisión de 1979 extendió la figura en la forma como hoy aparece en el Código. Conviene, sí, citar el texto de la comisión de 1978: "Artículo 132. Indemnización por daño material no* valorado *pecuniariamente. Cuando se trate de* delito contra la vida y la integridad personal *y el daño material derivado de su comisión no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización,* una suma

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta que no exceda de doscientos cincuenta mil pesos. *factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón de la infracción".*

De modo que entendiendo a derechas el artículo 107 del Código Penal, se tiene:

a) El juez y el Ministerio Público no deben desentenderse, por el hecho de contar con la disposición comentada, de la obligación de procurar la comprobación concreta de los daños, en tal forma que los peritos puedan determinar en el dictamen su cuantía y razón de ser. Este continúa siendo su primordial compromiso y el cometido general ineludible;

b) Cuando la actividad del juez o del Ministerio Público no consigan este señalado logro, debe acudirse, como solución extrema, a la atribución discrecional que consagra el artículo 107 del Código Penal;

c) Lo dicho no equivale a que, en todo delito, así éste no se refleje en daño a una persona o cosa, tenga que acudirse al artículo 107. Hoy, como ocurriría en el Código Penal de 1936, se dan infracciones que carecen de esta repercusión patrimonial y que no toleran, por inexistencia de daño, la constitución de parte civil. En infracciones tales no tiene efecto alguno la citada norma;

d) Las circunstancias que el juez debe atender para ejercer la atribución del artículo 107 y que aparecen en su inciso segundo, deben consultarse en lo pertinente, según la naturaleza del delito y la clase de daño producido. Debe destacarse, sobre las mismas, que no es necesaria su total concurrencia y que la mención no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo o de enunciación, y

e) Existiendo una constitución de parte civil en el proceso, por lo mismo que ésta ha tenido que empezar por demostrar la posibilidad de los perjuicios y su monto y contado con los medios para hacerlo, no es dable hacer uso del citado artículo 107, máxime cuando la parte civil puede lograr su concreción conforme a lo establecido en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal.

Esta última situación es la del caso de autos, pues el propio recurrente (parte civil) ha solicitado la condenación in genere *para ejercer el mencionado derecho en la forma y términos que preceptúa el referido artículo 26.*

Este poder discrecional no implica la violación de la garantía fundamental que consagra el artículo 26 de la Constitución, porque su razón de ser se puede insertar más en el campo del derecho penal y de las respuestas sancionatorias que deben acordarse para el delito y ejercitables por el Estado, que como fenómeno de índole estrictamente privado, en donde sólo cuenta el factor patrimonial, regido por comprobaciones absolutas y un sistema de cargas probatorias, que repercuten en decisiones inhibitorias o en absoluciones.

De otro lado, el proceso ha servido para acreditar la realidad, la objetividad, la existencia del daño, como también la justicia que acompaña una declaratoria de reparación. Está satisfecho el debido proceso. Otra cosa es que su cuantía ofrece perplejidades o sobre la misma incidan aspectos adversos para su estimación precisa, los mismos que sólo logra superar el criterio del fallador, que no está exento en su formación de aspectos técnicos y consecuencias probatorias

(inciso segundo del artículo 107 del C. P.), y que, además, debe expresarse en forma prudentísima.

Cuando se dan perjuicios de naturaleza o modalidades cuya tasación constituya determinación imposible, en un momento procesal dado, la tendencia legislativa universal se orienta no a prescindirse de los mismos en el fallo, sino a reconocerlos mediante atribución discrecional otorgada al juez, con ciertas limitaciones, verbi gracia, *cuantía, beneficiarios, etc.*

Así como el perjuicio moral subjetivado, de no existir el artículo 106 del Código Penal, sería fijación arbitraria de exigirse su valoración por peritos y entronizaría un inacabable debate en el terreno de las concretas demostraciones y evaluaciones, así mismo el artículo 107 responde, mutatis mutandis, *a una necesidad, a un principio de equidad y a una atribución del fallador.*

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal,

Resuelve

1. CASAR PARCIALMENTE el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, fechado el cuatro de noviembre de 1981, y en su lugar, condenar a Luis Manuel Romero Ríos a veintiocho (28) meses de prisión, a la interdicción, por igual tiempo, de los derechos y funciones públicos y a la suspensión de la patria potestad, si la tuviere.

2. Como en el sentenciado concurren las condiciones exigidas por el artículo 68 del Código Penal, la condena impuesta se entenderá como de ejecución condicional. Ante el Juez de la primera instancia Romero Ríos otorgará caución prendaria por valor de cinco mil pesos ($ 5.000) y se extenderá el acta de los compromisos pertinentes a este beneficio. El período de prueba será el de cuatro años.

3. Se dará cumplimiento a lo ordenado en el artículo 43 del Código Penal.

4. Igualmente se le condena, *in genere,* al pago de los perjuicios. En la tasación de estos debe tenerse muy en cuenta que la sentencia de condena pronunciada sólo reconoce la sustracción de 31 semovientes, de propiedad del señor Pedro Juan Tulena.

5. En lo demás rige la sentencia en mención.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ

Estos deben ejercerse dentro de los límites y con sujeción a los trámites previstos para su ejercicio.

El desvío de la potestad sancionadora por parte del Juez, la pretermisión del procedimiento y el menoscabo de los derechos del empleado sancionado, puede dar base a la posible comisión de un delito de abuso de autoridad, como ocurre en este caso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 21 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 72.

Vistos

Por vía de apelación revisa la Corte la providencia de 9 de julio de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja llamó a responder en juicio criminal al doctor Manuel Aquilino de Jesús Puentes Torres, por el delito de abuso de autoridad en razón de hechos cometidos cuando ejerció el cargo de Juez Penal del Circuito de Guateque (Boyacá).

Hechos y actuación procesal

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal presenta los primeros de la siguiente manera:

"Se originó la investigación en la denuncia formulada por el señor Efrén Gamboa Salazar, escribiente grado 8 del Juzgado Penal del Circuito de Guateque, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 2 de junio de 1979, por el delito de abuso de autoridad, contra su ex jefe, doctor Manuel Aquilino Puentes Torres, por haberlo destituido fulminantemente del cargo que venía ejerciendo en el mencionado Juzgado, por Resolución número 001 de febrero 22 de 1979. En el contexto de la denuncia los hechos son relatados de la siguiente forma por el señor Gamboa Salazar:

"El día 22 de febrero de este año el Juez Penal del Circuito de Guateque, en cuyo despacho trabajaba como esbribiente, llegó amanecido y borracho después del medio día, y como únicamente estaba yo en el Juzgado, pedí permiso para que pudiera salir a tomarme una gaseosa. Estando en la tienda de la esquina del Juzgado del Circuito Penal de Guateque, llegó el Juez Puentes Torres y procedió a ultrajarme con toda clase de vulgaridades, tratándome de malparido e hijo de puta y tirándome un trago y una copa por los pies. Ante esto y ofendido en mi honor sólo respondía que más H. P. era él y me salí de la cantina".

"El Juez Puentes Torres se fue para el Juzgado y dictó totalmente borracho una 'Resolución' que no tiene ningún argumento y en la cual resolvió destituirme del puesto".

El texto de la Resolución 001 de 22 de febrero de 1979, por medio de la cual el funcionario acusado destituyó al empleado Efrén Gamboa Salazar es del siguiente tenor:

"Juzgado Penal del Circuito. Guateque (febrero 22 de 1979). Resolución número 001: Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento. El suscrito Juez Penal del Circuito de Guateque, en uso de sus facultades legales, y *Considerando:* Que el señor Efrén Gamboa Salazar no cumple con los deberes de escribiente de este Juzgado y en consecuencia se dispone: Primero: Declarar insubsistente al señor Efrén Gamboa Salazar, como escribiente de este Juzgado y a partir del día veintidós de los corrientes. Segundo: Esta determinación se comunicará a la Oficina Seccional Procuraduría de esta ciudad y para los efectos legales a que

haya lugar. Notifíquese y cúmplase. (Fdo.) Manuel Puentes Torres, Juez Penal del Circuito. (Fdo.) Henocc Barreto Fernández, Secretario" (Fl. 42 del cuaderno principal).

Al día siguiente profirió el Juez el Decreto número 001, por medio del cual ratificó dicha insubsistencia, con las modificaciones de la variación de la forma jurídica del acto y la adición del irrespeto como un motivo más para la sanción.

El escribiente Gamboa Salazar interpuso contra la citada resolución el recurso de reposición, en cuyo escrito, anotó que esa decisión "es violatoria del procedimiento para estos casos, no se han observado las formalidades legales previas y no tiene causa justa alguna" (Fl. 42 *ibidem*).

La reposición fue negada mediante Resolución número 004 de 3 de abril de 1979, en la cual se consignaron, entre otras, las siguientes razones:

"1) Que mediante Resolución número 001 de fecha veintidós de febrero del corriente año se declaró la insubsistencia del cargo de escribiente que venía desempeñando el señor Efrén Gamboa Salazar por faltas contra el régimen interno e irrespeto en forma personal al suscrito Juez; 2) Que con fecha veintitrés de febrero de este año, teniendo en cuenta algunas fallas de fondo en la resolución anotada se expidió el Decreto número 001, mediante el cual se tomó la misma determinación de declarar la insubsistencia del cargo de escribiente al señor Gamboa Salazar, teniendo en cuenta la incompatibilidad de caracteres entre el empleado y el suscrito Juez; 3) Que en la misma fecha veintitrés de febrero fue presentado por el empleado reposición de la resolución respectiva, pero teniendo en cuenta la existencia del Decreto número 001 de 1979, se considera inoperante dicha medida, ya que el dicho Decreto llena las condiciones de fondo y forma para tal acto y por consiguiente debe negarse su pedimento..." (Fl. 43 *ibidem*).

Cumplida la ratificación de la denuncia, el Tribunal Superior de Tunja dispuso la iniciación de la investigación mediante auto de 16 de octubre de 1979, en cuyo curso se practicaron varias pruebas, entre las cuales se anotan, principalmente, los testimonios de los empleados del Juzgado Penal del Circuito de Guateque para la época de los hechos, la indagatoria del juez sindicado doctor Manuel Puentes Torres, las constancias relativas a la calidad de Juez del acusado y de empleado del denunciante, las copias de la resolución por medio de la cual se destituyó a Gamboa Salazar y de la que negó su reposición.

Mediante auto de 16 de marzo de 1981 se declaró cerrada la investigación, luego de lo cual el Tribunal, de acuerdo con el Fiscal Segundo de la Corporación, resolvió llamar a responder en juicio al funcionario sindicado, por el delito de abuso de autoridad. Contra esta decisión el doctor Puentes Torres interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación. Negado aquél, se concedió el segundo, en virtud del cual la Sala revisa ahora el enjuiciamiento referido.

Planteamientos del Tribunal

Considera esa Corporación que el acusado, al pretermitir el procedimiento disciplinario señalado en el Decreto número 1660 de 1978, cometió un acto arbitrario e injusto, cuando destituyó al empleado Gamboa Salazar con abuso de su autoridad, pues aunque hubiese tenido existencia real la falta que se le atribuye al escribiente, el procedimiento para su sanción, de acuerdo con las previsiones del estatuto disciplinario mencionado no era el que utilizó el Juez Puentes Torres. Ubica la conducta en la norma del Código anterior (Art. 171), por estimarla más favorable que la actual (Art. 152).

Alegato de la defensa

El apoderado del Juez Manuel Puentes Torres, en escrito presentado a la Corte para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder dictado por el Tribunal y solicitar que se sobresea definitivamente a su defendido, argumenta que éste, al sancionar al empleado incumplidor e irrespetuoso, hizo uso de la facultad disciplinaria que le otorga la ley, y si bien se excedió en su aplicación, al haber pretermitido el procedimiento, ello no significa que, por ese solo hecho, haya incurrido en violación de la ley penal, pues la solución de conflictos de esta naturaleza corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa, a la cual debió haber acudido el presunto agraviado en demanda de nulidad del acto sancionatorio.

Censura el hecho de que el Tribunal, no obstante reconocer la existencia de la falta en que incurrió el empleado, no admite la inculpabilidad del proceder del juez, siendo que obró de buena fe, determinada por ignorancia excusable derivada de las circunstancias de ofuscación suma con que actuó en razón del agravio, lo cual le hizo ignorar las normas aplicables al caso, "ya

que era imperioso salir del subalterno insubordinado en forma inmediata''.

Al respecto expresa:

''Lo natural es que, en momentos como los que vivió el señor Juez el día de los hechos, su inteligencia se altere hasta el punto de no saber con exactitud la forma de proceder. Si destituye, es porque ignora la prohibición legal correspondiente y esa ignorancia es invencible de acuerdo con las circunstancias que lo llevaron a proceder''.

Concepto del Ministerio Público

Después de relacionar los antecedentes del caso que se estudia y aludir detenidamente al procedimiento que debe seguirse para sancionar disciplinariamente a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal llega a la conclusión de que el doctor Manuel Puentes Torres, al destituir al denunciante con desconocimiento de las previsiones del Decreto número 1660 de 1978, ''incurrió en la infracción contemplada en la norma del artículo 171 del Código Penal del año de 1936, pues es la más favorable para el procesado''.

Agrega que las explicaciones del sindicado en su indagatoria no resultan satisfactorias, lo que permite afirmar que existen indicios graves de su responsabilidad por haber declarado insubsistente, en la forma en que lo hizo, al escribiente Gamboa Salazar.

Respecto de las argumentaciones de la defensa anota el Procurador, en primer lugar, que la pretermisión del procedimiento para el ejercicio de las facultades disciplinarias y la imposición de las respectivas sanciones, y el desconocimiento de las garantías de los afectados, no solamente son susceptibles de impugnarse por la vía administrativa sino que también ameritan el proceso de carácter penal, en cuanto la conducta implique también infracción al estatuto punitivo.

Manifiesta el Procurador que ''si bien como lo anota el recurrente y se hace también constar en la providencia, el acusado obró ante la actitud agraviante de su dependiente o empleado judicial, no podía adoptar tal determinación directamente y con quebrantamiento de los procedimientos contemplados, claramente previstos en norma que debía conocer y aplicar y así, existen indicios en su contra de haber incurrido en infracción; en especial, si se tiene en cuenta que se alega en el acto sancionatorio el incumplimiento de sus deberes como funcionario, pero al parecer la decisión se fundó en el grave y reprochable incidente entre el Juez y el empleado, lo cual implicaba situación distinta, sin que resulte en esta forma, clara la inicial motivación, no corregida por el segundo acto dirigido a sostener la sanción aplicada''.

Más adelante afirma el representante del Ministerio Público que no puede argumentarse en favor del procesado perturbación de ánimo al proferir la resolución de destitución, pues cuando decidió el recurso de reposición que interpuso el empleado afectado, lo hizo después de un tiempo considerable sin atender las referencias que el escribiente Gamboa hizo en el escrito correspondiente, relativas a la violación del procedimiento respectivo, aunque sin citar las normas pertinentes.

Si por los hechos que se suscitaron, al funcionario le resultaba imposible continuar trabajando con dicho empleado, la decisión que debió tomar, recuerda el Procurador, era la de suspenderlo provisionalmente con arreglo al procedimiento señalado en el Decreto número 1660 de 1978, pero en ningún caso imponer la sanción de destitución en forma directa.

Solicita, en consecuencia, la confirmación de la providencia impugnada, pues, además, encuentra que está plenamente demostrada la materialidad de la infracción que se atribuye al Juez Manuel Puentes Torres.

Consideraciones de la Corte

No existe duda en cuanto a que el Juez Manuel Aquilino Puentes Torres pretermitió el procedimiento señalado en el Decreto número 1660 de 1978, al destituir en forma directa al denunciante.

En efecto, como lo recuerda el Procurador, el escribiente Efrén Gamboa Salazar, de acuerdo con la constancia que obra al folio 41 del expediente, se encontraba ejerciendo sus funciones en propiedad dentro del período de su superior y, en tal condición, no podía ser destituido o removido del cargo, excepto por motivos o causas disciplinarios (Art. 48, inciso final del Decreto número 1660 de 1978), y quien lo declaró insubsistente fue el mismo que lo había nombrado, de tal manera que no podía desconocer esa situación estatutaria del empleado.

La remoción del cargo por destitución, dispone el artículo 142 *ibidem*, únicamente procede como sanción disciplinaria y con observancia rigurosa del procedimiento señalado para el efecto

en el citado Decreto número 1660 de 1978 (artículos 178 y siguientes), y está reservada para las faltas de extrema gravedad y para los casos de concurrencia de faltas, así como para la reiteración en falta grave (Art. 175 *ibidem*).

El procesado parece haberse preocupado solamente por demostrar que el escribiente sancionado sí incurrió en agravio, irrespeto e incumplimiento notorio de sus deberes, y en esto lo sacan avante los empleados del Juzgado Penal del Circuito de Guateque, en ese entonces, en cuyos testimonios se apoya, pero no ha suministrado, en cambio, razón explicativa satisfactoria de su proceder violatorio del procedimiento disciplinario estatuido en el Decreto número 1660 de 1978, pues no puede tenerse por tal la imperiosa necesidad de liberar al despacho de un empleado incumplidor de sus deberes y, además, irrespeutoso; ni el ponerse el juez a salvo del peligro que para él representaba éste, dizque por sus amistades con personas dedicadas al negocio de las esmeraldas; ni el pretendido escarmiento para que al otro día concurriese contrito y sumiso a ofrecer disculpas. Ninguna de estas razones que aduce el juez en su indagatoria satisface, aparte de que el motivo que determinó su voluntad sancionadora, fue el irrespeto ("después de los ultrajes me dirigí al Despacho y procedí a dictar una resolución por medio de la cual dicho empleado quedaba destituido (Fl. 65 del cuaderno principal), no aparece en la resolución que profirió inmediatamente fue agraviado, sino que vino a figurar en el decreto que dictó al día siguiente, con la explicación de que la resolución no llenaba "todas las formalidades de fondo para tal hecho", y, posteriormente, en la resolución por medio de la cual negó la reposición impetrada (Fls. 4 y 43 *ibidem*).

Tampoco puede pasarse por alto la expresa manifestación del juez en cuanto a que no ignoraba el procedimiento adecuado, sólo que trata de justificar su omisión con la supuesta peligrosidad del empleado: "Yo sabía que se debía seguir proceso disciplinario, pero viendo un enemigo de esta naturaleza tuve que tomar esa determinación" (Fls. 66 y 67 *ibidem*).

Todas esas finalidades las habría logrado por las vías legales, suspendiéndolo provisionalmente hasta por noventa días, mientras disciplinariamente se aportaban los presupuestos para una determinación definitiva. (Art. 199 del Decreto número 1660 de 1978.)

Es que *si la ley reviste al juez de la potestad sancionadora en orden a mantener la disciplina, el respeto y la eficiencia en el desarrollo de la función judicial, le reconoce así mismo al posible destinatario de la sanción el derecho a que le sea impuesta dentro de los límites y con sujeción a los trámites previstos para ese efecto.*

Los procedimientos marcan la medida del ejercicio de los derechos y todo cuanto se salga de esos cauces invade los terrenos de la arbitrariedad.

No puede olvidarse que dentro del escalafón de las faltas, al no existir al presente carrera judicial, es la destitución o declaratoria de insubsistencia la de mayores entidad y gravedad.

Si aun para aquellos casos en que se permite al juez imponer de plano una sación (Art. 198 del Decreto número 1660 de 1978), se establecen ciertas garantías procedimentales, así sean mínimas, con mayor razón deben existir cuando se trata de separar del cargo al empleado.

La manera como el juez sancionó en forma directa con destitución a su denunciante constituyó un acto arbitrario e injusto. Lo primero, porque sustituyó la voluntad de la ley con su propia voluntad, al desatender el procedimiento consagrado por ésta, para acudir más bien a una caprichosa y omnímoda demostración de poder. Lo segundo, porque lo privó de la oportunidad de explicar su comportamiento a través de la investigación que debía y tenía que seguirse con el cumplimiento pleno de los trámites en guarda del ejercicio del derecho de defensa.

No puede aceptarse que por cuanto el abuso de poder del funcionario tiene también correctivo a través de una acción contencioso-administrativa, quede, por ello, descartada la posible acción penal que genera esa conducta. Si la acción penal no excluye la disciplinaria a fortiori, *no debe ser incompatible con la que se puede incoar en otro campo del derecho menos afín que éste.*

El desvío de la potestad sancionadora por parte del juez, la pretermisión del procedimiento que estaba obligado a seguir y el menoscabo de los derechos y garantías consagrados en favor del empleado en normas cuya observancia y conocimiento le resultaban imperativos por su propia condición de administrador de justicia, pueden dar base, como en el caso presente, a la posible comisión de un delito de abuso de autoridad.

El estado de perturbación de su ánimo que erige el defensor del doctor Puentes Torres en argumento para predicar una causal de inculpa-

bilidad respecto del comportamiento de éste, no tiene ese alcance jurídico, aparte de que el propio empleado destituido acudió al otro día a solicitar reposición de la decisión del juez, aduciéndole que era violatoria del procedimiento en estos casos, y aun así el funcionario insistió en mantener su determinación.

La providencia objeto del recurso se ajusta a derecho y responde a la realidad procesal, por lo cual habrá de ser confirmada.

La calificación jurídica de los hechos como abuso de autoridad es acertada, pues no existe elemento de juicio alguno que permita intuir animadversión de parte del juez hacia su empleado, y su referencia al estatuto penal anterior es procedente, en razón del principio de la favorabilidad.

La calidad de juez por la época en que ocurrieron los hechos está debidamente acreditada (Fls. 31, 37 y 98 del cuaderno principal).

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, CONFIRMA la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

Sólo pueden ser titulares de la acción civil indemnizatoria las personas naturales o jurídicas, de suerte que los Ministerios y los Departamentos Administrativos, por carecer de personería sustantiva, tampoco la tienen para constituirse parte civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 21 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 72.

Vistos

Resolverá la Sala la demanda de parte civil en la que ahora insiste el representante legal del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por intermedio de abogado.

Se considera:

1. En la oportunidad precedente, la Sala dispuso devolver la demanda para los efectos del artículo 132 del Código de Procedimiento Penal. Corregida ésta con la indicación de la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se habrían ocasionado a aquella entidad, ha de resolverse el pedimento.

2. *Conforme al mandato de los artículos 125 del Código de Procedimiento Penal y 104 del Código Penal, son titulares de la acción civil indemnizatoria las personas naturales y las jurídicas perjudicadas por un hecho punible.*

3. *Ministerios y Departamentos Administrativos son agencias del Estado sin autonomía presupuestal ni personería jurídica que, aunque pueden ser afectados en su patrimonio económico y moral por hechos punibles realizados por personas que hayan actuado como particulares o como funcionarios públicos, no tienen, por sí mismos, potestad para constituirse parte civil dentro del proceso penal.*

4. *El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil no siendo pues, persona física ni jurídica, carece de personería sustantiva para llevar en este proceso la titularidad de la acción civil indemnizatoria, como lo pretende el actor.*

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

RECHAZAR la demanda de parte civil presentada en nombre y representación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

En firme esta providencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en auto de 2 de agosto del presente año.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTO

Es función de los jueces cumplir rectamente con su deber, según su obligación y su deseo, sin olvidar que en ocasiones administrar justicia implica el exponerse a molestas situaciones. La vía sistemática de denunciar a los funcionarios cada vez que profieran una decisión adversa, no es ciertamente la más recta y aconsejable para los abogados litigantes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 21 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

El doctor Carlos Arturo Díaz Ramírez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, se declaró impedido para conocer de este proceso seguido contra el doctor Juan José García, en su carácter de Juez 4º Civil del Circuito de aquella ciudad, por comisión de posible delito de prevaricato, impedimento que no le fue aceptado por la respectiva Sala Dual.

Resultados y considerandos

Primero. El Magistrado Díaz Ramírez invoca como causal de su manifestación: "Todo lo dicho iba atando causas que motivarían verdadera animadversión hacia el grupo y permanente desasosiego, fenómenos adversos que me impiden, moralmente, administrar justicia. La animadversión es enemistad (Art. 78 Nº 5 del C. de P. P.)".

Para llegar a tal conclusión manifiesta que con motivo de este proceso y de otros que están vinculados a él, para un grupo de interesados, integrado por Mario Jácome Sagra, Otto Gerson Moreno, Jurgensen y su apoderado el doctor José E. García Sánchez *"Todo es prevaricato o abuso de autoridad* si la decisión no favorece los intereses" de ese grupo. Dentro de este orden de ideas dice que es insólito que se interponga un recurso de apelación y que simultáneamente se denuncie al funcionario que profirió esa providencia, antes del pronunciamiento de segunda instancia; que también es insólito que, una vez interpuesto un recurso y, al conocerse el concepto del Ministerio Público, adverso a las pretensiones del recurrente, se desista de aquél. Que en tales circunstancias no le queda serenidad al fallador porque si confirma la decisión impugnada, vendrá nueva denuncia penal en su contra. Finaliza: "El Magistrado es ser humano y... su ánimo no puede permanecer tranquilo, cuando en su contra y en contra de los demás Magistrados de la Sala, se formula un denuncio temerario como el propuesto por el señor Otto Gerson Moreno Jurgensen, dentro de su declaración rendida ante el señor Juez Cuarto Penal del Circuito, actuación que no le es indiferente" a los doctores Mario Jácome Sagra y José E. García Sánchez.

Replican a lo anterior sus compañeros de Sala:

Que dentro de este proceso Otto Moreno Jurgensen no es parte y "por tanto no lo liga una relación Jurídico-Procesal con él, ni con el Magistrado Impedido". Además, que no hay constancia de que la anunciada denuncia contra los Magistrados Jorge Ruiz Leal, Luis Helí Rubio Sandoval y Carlos Arturo Díaz, se haya convertido en realidad. Que aun aceptando la concepción del grupo de interesados al cual se ha hecho referencia, "el móvil o causa determinante, que produce animadversión o enemistad, no tiene consistencia, ni seriedad en la objetividad de la norma en la cual se apoya, pues ella exige condiciones suficientemente explicativas". Para rematar argumentando cómo no se encuentra establecida la grave enemistad recíproca, por lo cual no le es aceptado el impedimento que manifiesta.

Segundo. Tiene razón la Sala Dual al no aceptar el impedimento que le fue planteado por el Magistrado Díaz Ramírez.

En efecto:

En la primera parte de la propuesta, fuera de una reminiscencia vaga de la forma francamente censurable como ha tratado de obstaculizarse la administración de justicia, no se encuentra ningún motivo que pueda dar lugar a la consolidación de una causal de impedimento. La manera de desarrollar ciertas actividades, sobre las cuales no es dable juzgar sin perfecto conocimiento de los antecedentes, forman una clase de ambiente dentro del cual la noble y sagrada misión de administrar justicia toma aristas y perfiles de mayor grandeza y generosidad de espíritu, así como también de un más destacado ánimo de sacrificio por parte del fallador que presiente o sabe que el cumplir rectamente con su deber, según su obligación y su deseo, lo lleva a verse expuesto en la cruz de las denuncias temerarias. Y, entonces, la también noble función del abogado litigante, llamado a contribuir a la mejor administración de justicia, parece que se desdibujara, por abandonar los senderos de la serenidad y la superación ante la adversidad. Y no es que, en ocasiones no se pueda estar frente a jueces que abjuran de su función, debiendo ser denunciados hasta obtenerse la sanción a la cual se han hecho acreedores, sino que la vía sistemática de denunciar cada vez que un caso no sale de acuerdo con las propias pretensiones, no es ciertamente la más recta y aconsejable.

En cuanto hace relación a la segunda parte de la manifestación de impedimento: lo primero: no se atisba sobre argumento sólido la enemistad entre el Magistrado que vagamente la insinúa y las partes dentro de este proceso. Lo segundo: no hay ninguna constancia que pruebe la existencia de la denuncia penal a la cual en aquélla se hace referencia y, finalmente, es el mismo funcionario quien deliberadamente se abstiene de calificar sus sentimientos como los correspondientes a una "enemistad grave" entre él y alguna o algunas de las partes, lo cual tampoco insinúa en ninguno de los otros puntos de su manifestación. En ocasiones administrar justicia implica el exponerse a ciertas molestas situaciones. Pues a ellas el Juez debe hacerles frente con la serenidad, la altura y la imparcialidad que siempre debe observar en todos sus actos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado Carlos Arturo Díaz Ramírez para seguir conociendo de estas diligencias.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPROCEDENCIA DE RECURSOS EN AUTOS QUE RESUELVEN IMPEDIMENTOS O RECUSACIONES

El legislador ha querido, en estos casos, que los organismos de decisión resuelvan lo pertinente sin que haya posibilidad de interponer recursos, y en cuanto a los del Ministerio Público y los Secretarios, dando al Juez o Tribunal respectivo una facultad omnímoda en esta materia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 22 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 72 de 21 de septiembre de 1982.

Vistos

En esta investigación contra el doctor Oscar Alonso Restrepo, Juez Segundo de Instrucción Penal Aduanera de Bucaramanga, se declaró cerrada la investigación, en auto de 6 de julio del año en curso —Fl. 168—.

El apoderado de la parte civil solicitó reposición de este proveído para que, en su lugar, se definiera, con privación de libertad inmediata, la situación jurídica del incriminado —Fl. 169—.

Antes de tomarse una determinación sobre la indicada petición, el Fiscal Cuarto del Tribunal, invocó la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, para ser separado del conocimiento de este proceso —Fl. 170—.

El Tribunal, en decisión de 29 de julio resolvió:

1) No reponer el auto de clausura del sumario, y

2) Declarar fundado el impedimento —Fls. 174 y 175—.

El Fiscal Primero de la Corporación, a quien corresponde asumir la representación del Ministerio Público, ha recurrido en apelación, en lo relacionado con el impedimento, por considerar que no se dan razones jurídicas ni fácticas para su aceptación.

Este el motivo para que la Sala manifieste y decida lo siguiente:

El Código de Procedimiento Penal establece un trámite propio en cuanto a los impedimentos o recusaciones que ocurran en la tramitación de un proceso. Es así como contempla el caso de los jueces (Superiores, de Circuito, Municipales y de Instrucción) o magistrados (de Tribunal o de la Corte), distinguiendo si se trata de impedimento o recusación aceptados por la persona a la cual afectaría esta situación procesal, o si la decisión inicial admite o inadmite la excusa para disponer si conoce o no conoce al respectivo superior. En todo caso es manifiesto el propósito del legislador de extrañar de su intervención a quien invoca el impedimento, o contra quien se alega la recusación, o cualquier otra parte interviniente en el proceso. Ha querido que los organismos de decisión resuelvan lo pertinente sin que haya posibilidad de interponer recursos, ya que cuando se ha querido la mediación de la instancia superior, así se ha consagrado expresamente, en una sui géneris modalidad de la consulta.

En cuanto a los impedimentos o recusaciones que tengan que ver con el Ministerio Público o los Secretarios, el artículo 88 ibidem *consagra para el Juez o Tribunal, al respecto, una atribución omnímoda, alejada del control de los recursos; se estima que el asunto se muestra ajeno a intereses particulares y trasciende más a*

una órbita de celeridad y de absoluta neutralidad. A estos fines da lo mismo que el fiscal sea el cuarto o el primero, contando sólo la realidad del motivo invocado para la separación; la razón cobra mayor fuerza en lo atinente al secretario, el cual carece de toda función decisoria y conceptual.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— declara improcedente la apelación interpuesta por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bucaramanga, contra el auto en que esta Corporación admitió el impedimento presentado por el Fiscal Cuarto de la misma.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITOS DE PELIGRO, ARTICULO 38 DEL DECRETO 1188 DE 1974

Unos autores los llaman de peligro abstracto y de peligro concreto, otros de peligro directo y de peligro indirecto.

Más importancia tiene la que los dividen en delitos "de peligro presunto" y de "peligro demostrable" porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste.

El artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 no subordina la ilicitud de la conducta a la existencia de un riesgo para la salud pública.

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 1ª (PARTE PRIMERA). ERROR DE TIPO INCULPABLE O DE PROHIBICION

Si el agente que conoce de un modo genérico la prohibición o el mandato implícito en la norma, obra sin embargo, en el convencimiento de que a él no le alcanza lo prohibido o mandado en ella, porque existe una circunstancia, de hecho o de derecho, que lo pone fuera del ámbito de la misma y si esa errónea convicción es invencible, o siendo vencible la conducta no se puede sancionar a título de culpa, por no haberlo previsto así expresamente el legislador, se está frente a ese error.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 22 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 72 de septiembre 21 de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior de Popayán profirió con fecha nueve (9) de diciembre de 1981, sentencia por medio de la cual confirmó, en su totalidad la de 2 de septiembre de ese mismo año, dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santander (C.), contra José Anselmo Ocoró León a quien condenó a la pena de veintiocho (28) meses de prisión, multa de cinco mil pesos ($ 5,000,00) y las accesorias correspondientes como infractor del Decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes).

Contra dicha providencia recurrió, en casación, el Fiscal Cuarto del mencionado Tribunal y como el recurso fuera propuesto oportunamente y concedido por el *ad quem* subió a esta Sala, donde se le declaró admisible y se le dio el trámite de rigor, siendo de advertir que cuando la demanda, se le dio traslado a la Procuraduría en virtud de lo dispuesto por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, esa agencia del Ministerio Público manifestó que se abstenía de ampliarla pero que compartía los planteamientos expuestos por el recurrente.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden ser resumidos diciendo que el 20 de diciembre de 1980, al ser practicada una requisa, por la Policía, en la casa de Ansel-

mo Ocoró León, ubicada en la vía que de Casa de Zinc conduce a Timba se le decomisó a dicho individuo doscientos cincuenta (250) gramos de marihuana y que al preguntársele a éste la razón por la cual tuviera dicho elemento, manifestó que se lo habían regalado para hacerle un remedio a su padre, quien estaba sufriendo de grave enfermedad.

Iniciado, con base en tal hecho, el presente proceso, se le recibió declaración indagatoria al implicado, quien repitió la razón que ya había dado para explicar la presencia de la marihuana en su poder, agregando que de ello se habían dado cuenta Mario Balanta, Sixto Lucumí y Agustín Balanta.

Se interrogó bajo juramento a Lucumí, quien confirmó las afirmaciones de Ocoró León.

Pesada la yerba que se decomisara a este último, arrojó un resultado que se deja atrás mencionado y se confirmó su naturaleza, es decir, el examen de laboratorio demostró que se trataba de marihuana.

Adelantada la investigación, se escuchó el testimonio de Reynaldo González, Inspector de Policía de Timba, en cuya jurisdicción se ejecutó el hecho juzgado y quien declaró que Anselmo Ocoró le había solicitado permiso para conseguir la mencionada planta con el objeto de buscar alivio, con su uso, a la dolencia que padecía su padre y que el declarante se lo había otorgado.

El agente de Policía Luis Mario Benítez afirmó, también bajo juramento, que Ocoró le había encargado marihuana para hacer un remedio a su padre.

Agustín Balanta, mencionado por el procesado, confirmó el dicho de éste en cuanto que andaba buscando la yerba con el objeto de hacerle un tratamiento a su padre quien se encontraba enfermo.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán, por medio de auto de 10 de julio del año pasado, llamó a juicio a Anselmo Ocoró León por el hecho de "llevar consigo marihuana", calificando de culposa esa conducta y considerando que había violado el Decreto 1188 de 1975, en su artículo 38, en armonía con el artículo 44 del mismo.

Proseguida la causa, se dictó sentencia condenatoria, con fecha dos (2) de septiembre de 1981, en la cual se impuso al procesado la pena que se deja mencionada al comienzo de la presente decisión, que fue confirmada en todas sus partes, como también se deja advertido, por el Tribunal.

Demanda de casación

Dos cargos formula el demandante contra la decisión recurrida, ubicándolos ambos en el ámbito de la causal primera (parte primera) de casación. Se resumen en seguida:

Primer cargo. Lo hace consistir en que la sentencia violó directamente, por aplicación indebida, los artículos 38 y 44 del Decreto 1188 de 1974, por cuanto considera que "la conducta imputada a José Anselmo Ocoró León no es coincidente con la descripción y valoración contenida en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes en concordancia con el 44 de la misma obra, en lo que concierne a 'llevar consigo marihuana' en forma negligente, en razón a que su acción no revistió peligro alguno para la comunidad, específicamente para la salud pública. En otras palabras, no existió el delito por el cual se llamó a juicio al personaje en mención".

Al sustentar esa censura, parte de la base de que las conductas contempladas por el mencionado estatuto son delitos de peligro "que se sancionan dice, no porque efectivamente causen lesión o daño a la comunidad, sino en razón de que representan un riesgo para la salud".

Refiere luego esta aseveración a lo dispuesto por el artículo 38 del ordenamiento que se viene citando, insistiendo en que se trata de un delito de peligro "pues no otra cosa significa el tráfico de estupefacientes nocivos para la salud, habida cuenta de que su consumo genera dependencia tanto física como psíquica".

Se extiende luego sobre lo que son delitos de peligro, haciendo hincapié en el hecho de que para que un suceso peligroso sea contemplado por el derecho penal, se necesita que implique un grave riesgo contra el bien jurídicamente protegido "es decir, un peligro real, directo, con probabilidad de causar daño, desechando el que comporta situaciones que no expresen ningún riesgo y que son por tanto indiferentes para el derecho represor".

Con base en esos razonamientos concluye que la conducta de Ocoró León no representó ningún peligro para el interés jurídicamente tutelado, pues la finalidad de la misma fue la ya relatada.

Discrepa de los planteamientos del Tribunal en cuanto éste considera que estos hechos reciben el nombre de "tipos de peligro común", en razón de que se dirigen a proteger la salud de un

conglomerado indeterminado y no a una persona en particular y que, en el caso de autos, la creencia de que el uso de la yerba contribuye a la mejoría en la salud de las personas, no pasa de ser una especulación sin respaldo científico alguno, por lo cual debe ser castigada la conducta de quien la lleve consigo sin autorización del Ministerio de Salud.

Por el contrario, para el Fiscal recurrente, "ningún riesgo representaba la actividad de Ocoró León al portar cantidad de marihuana hacia la salud pública que es el interés que en suma amparan las disposiciones citadas".

Más adelante agrega que "es conveniente insistir en el aspecto finalista de la conducta del procesado que no fue otra que la de someter a su padre a un tratamiento usando la marihuana...".

Segundo cargo. Lo enuncia el actor diciendo que hubo "violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación (omisión) del artículo 40, numeral 4º, del Código Penal (causal de inculpabilidad)".

"La causal cuarta del artículo 40 del Código enunciado, que no fue tenida en cuenta en la sentencia impugnada, o sea la relativa al error de tipo, dice al sustentar el cargo enunciado, se extiende, según los tratadistas nacionales Luis Carlos Pérez y Alfonso Reyes Echandía, tanto a quien obre en la convicción de que su conducta no está prohibida, o que carece a su juicio de tipo penal, convicción que deviene en ignorancia de la ley, como cuando actúa en la errada creencia de que el comportamiento no contiene los elementos constitutivos del tipo penal, o que falta alguno de ellos".

Estima que en la sentencia recurrida no se tuvo en cuenta esa situación, por cuanto no se acepta que el procesado obró en la convicción errada e invencible de que era el Inspector de Timba autoridad competente para otorgarle permiso de conseguir marihuana, necesaria para las afecciones de su padre. Critica la afirmación del *ad quem* en el sentido de que Ocoró no podía desconocer que era el Ministerio de Salud Pública la única entidad que podía otorgárselo y que, por consiguiente, su ignorancia de la ley no excusaba el comportamiento juzgado.

"Aquí radica, expresa el actor, la violación de la ley por esa Corporación, porque si bien el artículo mentado hace el señalamiento referido, no es menos cierto que alude a las excepciones que la misma consagra, y una de ellas es precisamente la contenida en el numeral 4º del artículo 40 de la obra citada".

"La sentencia censurada, agrega más adelante, tal como se ha expresado, tajantemente rechaza el error vivido por el sindicado en momentos de angustia, obligándolo a saber cuál es la autoridad capacitada para concederle la licencia aludida".

Insiste en que es necesario tener en cuenta las condiciones culturales del procesado, campesino que entiende que, en el medio donde vive, la máxima autoridad es el Inspector de Policía al cual se llega en procura de la solución de sus problemas.

Y termina diciendo: "Si se logra un permiso, de la autoridad que erróneamente se estima competente, para portar marihuana, se desnaturaliza la figura punitiva descrita en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes. Al estar presente una causa de inculpabilidad, la conducta imputada a José Anselmo Ocoró León pierde su calidad de infracción penal, al no concurrir un elemento primordial en la elaboración delictiva, cual es la culpabilidad".

Termina solicitando que se case la sentencia y que se pronuncie la que ha de reemplazarla.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, si bien, como se deja expresado, no amplió la demanda, compartió sus argumentos. Sobre el particular manifiesta:

"Examinada la situación planteada, comparte este Despacho los planteamientos expresados, especialmente por cuanto si se admite que el procesado pidió permiso o autorización a quien consideró autoridad competente para otorgarlo en cuanto al uso o porte de la yerba, para los fines que indicó y lo obtuvo, no podía exigírsele el conocimiento exacto de la norma, o que acudiera a la autoridad de higiene o salud; dado que aceptó como cierto lo que el funcionario de policía le expresó, sin que éste le hiciera advertencia alguna al respecto que le permitiera inferir una situación dudosa y dados también el medio en que vivía y sus condiciones personales demostradas".

Consideraciones de la Corte

Va a examinar la Sala, a continuación, los cargos formulados por el actor a la sentencia recurrida, en el mismo orden en que fueron enunciadas.

Primer cargo. Se concreta en la afirmación de que se violó directamente la ley penal, por

cuanto, a juicio del actor, no existió el delito por el cual se condenó al procesado, ya que, a su entender, no hubo peligro de ninguna clase para el bien jurídico tutelado sea la salud pública, ya que la finalidad del agente, lejos de ser la de lesionar dicho interés, se dirigía a restablecer la de su padre, en la creencia de que frotándolo con marihuana podían aliviarse las dolencias físicas que padecía.

Centra su razonamiento en la aseveración de que se trata de un delito de peligro y que no habiendo existido éste, no se configura ilicitud de ninguna especie. Arguye que las conductas de peligro son punibles en cuanto crean un riesgo para el interés jurídicamente protegido.

Advierte la Sala que *esta materia de los delitos de peligro es campo de controversias que no parecen llevar vía de solución. Fruto de ellas son las diversas clasificaciones que de tales delitos se han hecho y que reflejan las perplejidades que sobre su naturaleza y manifestaciones se presentan en la doctrina. Y la imposibilidad, o, por lo menos, la dificultad de reducir la cuestión o reglas o preceptos que la uniformen.*

Con todo, puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado y que unos autores llaman de "peligro abstracto" y "de peligro concreto", denominaciones que otros califican de impropias, porque, como dice alguno de los últimos, "el peligro es siempre una abstracción", motivo por el cual prefieren calificarlos de "peligro directo" y "peligro indirecto", para indicar que el riesgo en los primeros amenaza en forma inmediata el bien y en los segundos, sólo de modo indirecto.

Más importancia tiene la que los dividen en delitos "de peligro presunto" y "de peligro demostrable", porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste.

En tanto que los otros requieren que se demuestre la posibilidad de daño, es decir, comprobación de que hay un peligro.

Estos últimos se conocen porque el texto de la ley contiene, en forma expresa o tácita, la exigencia de esa demostración.

Implica esta distinción la consecuencia de que en los delitos de peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal, debe ser sancionada aun cuando no haya determinado el peligro que constituye la razón de la norma.

Ejemplo de delito de peligro demostrable es, en nuestra legislación, el contemplado en el primer inciso del artículo 189 del Código Penal, según el cual "el que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de uno a ocho años y multa de mil a cincuenta mil pesos", infracción para cuya existencia se necesita demostrar que se ha creado, con la acción señalada (prender fuego), un riesgo para la colectividad.

En cambio, son delitos de peligro presunto, entre otros, el descrito en el artículo 195 del mismo ordenamiento y según el cual "el que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas, incurrirá en prisión de uno a cinco años".

Según lo dicho, en el primer ejemplo desaparece la ilicitud de la conducta si se demuestra que no existió el peligro común. Pero no sucede lo mismo en la segunda, pues no bastaría para ese fin demostrar que no corrió peligro ninguna de las personas que se hallaban en el vehículo.

En el caso de autos, la norma que se ha considerado violada, o sea el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, no contiene ninguna mención del peligro, es decir, no subordina la ilicitud de la conducta a la existencia de un riesgo para el bien jurídicamente tutelado, en este caso la salud pública.

Tal disposición dice: "Artículo 38. El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, así sea de tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera o suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, incurrirá en presidio de tres a doce años y multa de cinco mil a quinientos mil pesos. Si la cantidad de droga o sustancias que el sujeto lleva consigo corresponde a una dosis personal, se impondrá arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos".

Como se ve, tal disposición no requiere, en parte alguna, que las conductas mencionadas constituyan un peligro para el bien tutelado, o sea que se las sanciona por cuanto el Estado presume que traen un riesgo para aquél, presunción que algunos autores han considerado

"juris et de jure", *es decir, que no admite prueba en contrario y que da origen a la sanción, subsista o no el peligro para el bien, salvo, claro está, que concurran otra clase de circunstancias que afecten la imputabilidad, la culpabilidad o la antijuricidad del hecho.*

En consecuencia, no desincrimina el hecho "sub judice" *la circunstancia de que el procesado, al proponerse, no la vulneración de la salud pública, sino la mejoría de la de su padre, hubiera procedido a ejecutar una de las conductas considerables punibles por la norma en cita, prescindiendo de la existencia o no de un peligro concreto para el bien jurídicamente tutelado.*

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo. Plantea en este lugar el actor una violación directa de la ley por falta de aplicación de la causal cuarta de inculpabilidad contemplada en el artículo 40 del Código Penal, esto es, por no haber reconocido que el procesado había obrado en la creencia de que su conducta estaba permitida por la ley, o sea dentro de lo que la doctrina llama "error de tipo", por considerar que, como dice la disposición en cita, "no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a una descripción legal".

En el caso presente, el demandante señala de modo expreso el error que se alega y que correspondería a la creencia de que el elemento normativo contenido en el tipo descrito en el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, al decir "el que sin permiso de autoridad competente", faltaba en su conducta por cuanto había pedido permiso al Inspector de Policía del lugar para utilizar la marihuana aplicándola a su padre para aliviarle una úlcera que padecía.

Tal planteamiento está, a juicio de la Sala, llamado a prosperar.

En efecto, *el Decreto número 1188 de 1974, en el artículo 38, describe una situación que es necesario destacar, pues comienza diciendo "el que sin permiso de la autoridad competente..." ejecute las acciones mencionadas en la misma disposición, incurrirá en la pena por ella señalada.*

Esto significa que esas mismas acciones no son punibles cuando se ha obtenido previamente el permiso de la autoridad. Esa autoridad es, como lo señala el artículo 40 del mismo ordenamiento, el Ministerio de Salud Pública.

Ahora bien, la inclusión de ese elemento normativo en el tipo, conduce a la exclusión del injusto, en aquellos casos en que se incurre en error inevitable sobre su existencia.

En otras palabras, si el agente que conoce de un modo genérico la prohibición o el mandato implícitos en la norma, obra, sin embargo, en el convencimiento de que a él no le alcanza lo prohibido o mandado en ella, porque existe una circunstancia, de hecho o de derecho, que lo pone fuera del ámbito de la misma, y si esa errónea convicción es invencible, o siendo vencible, la conducta no se puede sancionar a título de culpa, por no haberlo previsto así expresamente el legislador, se está en frente de un error de tipo inculpable, aunque también puede llamarse "de prohibición", debido a que recae sobre el elemento permisivo del tipo.

Es esta la situación descrita en el numeral cuarto del artículo 40 del Código Penal (1980), cuando dice: "No es culpable... 4ª Quien obre en la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a una descripción legal".

En el caso de autos, y volviendo al artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, esa exigencia, que hace parte del tipo, como un elemento normativo del mismo, es la de que se obre "sin el permiso de la autoridad competente".

La Sala afirma que se trata de un elemento normativo del tipo, porque no es el acto de concederse ese permiso algo que tenga su esencia en un comportamiento sensible, aunque ciertamente se exteriorice en esa forma. Sino que ella reside en una actuación jurídica de un funcionario investido de facultad para conceder ese permiso. Es decir, se trata de una situación de carácter eminentemente jurídico.

Y que, por lo tanto, requiere ser valorada en conformidad con las normas de derecho que la rigen.

El error que recae sobre esa valoración, por ejemplo, la creencia de que el permiso ha sido conferido de acuerdo con las formalidades legales o por el funcionario competente, cuando en realidad faltan aquéllas o éste es incompetente, es de carácter típico porque la exigencia de la autorización hace, en forma expresa, parte de la norma y el yerro recae en consecuencia sobre un elemento normativo del tipo.

Ese error incide directamente en el dolo propio de la figura delictiva de que se trata. En este caso, el porte de marihuana. En efecto, el procesado Ocoró León, quien, sin duda alguna, sabía

que el porte de esa sustancia estaba sancionado penalmente, como lo demuestra su conducta, creyó que la punibilidad de ésta desaparecía si solicitaba permiso a la primera autoridad del lugar, que lo era el Inspector de Policía. Y así lo hizo en la creencia, errónea, se repite, de que la norma cedía en su favor con el cumplimiento del requisito legal que hacía lícita su conducta.

No entra la Sala a profundizar en el significado doctrinario de la adscripción que el mencionado numeral cuarto del artículo 40 parece hacer a la teoría que postula que el dolo hace parte del tipo, lo que, a su turno, conduce a la aceptación de un planteamiento normativo de la culpabilidad que se centra sobre la reprochabilidad de la acción, vale decir, sobre el juicio de que toda persona debe conformar sus decisiones al derecho dentro de su capacidad de comprender los principios éticos que rigen el conglomerado social del que hace parte. Tal examen desborda los límites y la finalidad de esta providencia.

Como inquietud doctrinaria, vale la pena anotar que algunos autores hacen referencia a un error sobre la justificación del hecho, en el sentido de que el elemento normativo señala directamente la forma como la conducta puede ser lícita, si se obtiene previamente el permiso de la autoridad para ejecutarla, causal de justificación que puede llamarse tácita por cuanto no está directamente contemplada por el artículo 29 del Código Penal, sino por otras leyes, lo que constituye una manifestación del principio de la unidad del derecho que se expresa en la afirmación de que lo que permiten unas normas del ordenamiento jurídico no puede ser considerado prohibido o ilícito para otras. Y que muestra, también, de paso, cómo no todas las causales de justificación se encuentran contenidas en la disposición del Código Penal que acaba de mencionarse.

No está por demás advertir que la expresión "sin permiso de la autoridad competente", que se ha considerado en los apartes anteriores como un ingrediente normativo del tipo, ha sido tenida por algunos autores (Welzel) como un momento o etapa de la antijuridicidad. Pero, en contra de esa opinión la de la mayoría es que se trata de un elemento del tipo, "en la medida, dice uno de ellos, en que recaiga sobre circunstancias que, de existir, determinarían la autorización de la acción" (Roxin, Teoría del Tipo Penal, pág. 228).

Este es el caso de autos: el procesado se creyó autorizado para obrar por haber obtenido el consentimiento del Inspector de Policía del lugar, errando sobre la autoridad que debía darlo, pero no sobre el hecho mismo de que una autorización podía legitimar su conducta, ya que esta legitimación de la acción sí está consagrada en la norma legal (Art. 40, Decreto número 1188 de 1974).

Se está, en consecuencia, y como ya se dejó expresado, frente a un clásico error de tipo, por recaer la equivocación sobre uno de los elementos normativos de la figura. Además, se trata de una convicción no sólo errada sino invencible.

Esto último se afirma por cuanto el procesado hizo lo que estuvo a su alcance para conseguir el permiso, sin que, dado el medio en que vivía, su grado de cultura, sus ocupaciones habituales, el lugar de su residencia, etc., pudiera exigírsele un comportamiento distinto. Sobre todo, teniendo en cuenta que no estaba a su alcance, de momento, acudir al Ministerio de Salud Pública, cuyos agentes residen en lugares distantes al sitio de vivienda del implicado, para pedir el permiso de usar la marihuana ni había tiempo para ello, dada la grave situación de su progenitor, quien murió poco después de ocurridos los hechos que se juzgan.

Todo esto significa que el Tribunal violó directamente la ley penal sustancial por indebida aplicación del artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 y por falta de aplicación del numeral cuarto del artículo 40 del Código Penal, razón por la cual debe casarse la sentencia recurrida y proceder, como lo solicitan el recurrente y la Procuraduría, a dictar la decisión correspondiente.

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

Resuelva

CASAR la sentencia recurrida.

En su lugar, se absuelve al procesado José Anselmo Ocoró León, de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DEMANDA DE CASACION. CAUSAL 1ª

No basta el resumen de los hechos de la causal correspondiente, sino que es necesario que se cumplan todos los requisitos que la ley prescribe para la demanda, sobremanera cuando de la causal primera de casación se trata, en la cual se exige que el alegado error de hecho "aparezca manifiesto en autos", es decir, que sea de tan clara magnitud que a través del raciocinio no pueda menos de imponerse con carácter imperativo en la mente del analista y del juzgador.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 28 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 74, 28 de septiembre de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de 5 de mayo de 1980, reformó la de 25 de febrero del mismo año, mediante la cual el Juzgado Quinto Superior de Bogotá condenó a Tobías Pinzón Suárez a la pena principal de tres años y dos meses de presidio, como autor responsable de los delitos de falsedad y estafa, en el sentido de imponerle como pena principal, la de treinta y seis meses de presidio (hoy prisión). Contra aquella providencia el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se ha cumplido legalmente.

Historia de los hechos

Angel María Bejarano había celebrado un contrato de promesa de venta con la firma "Ospinas & Co. Ltda.", sobre un lote de terreno en la Urbanización "Santa Rita", de Bogotá, por la suma de $ 13.934.97, de los cuales alcanzó a cancelar $ 8.437.50, pues falleció en Valledupar el 15 de mayo de 1966, quedando un saldo de $ 5.497.47, que pagó su esposa Carmen Idalides Peralta viuda de Bejarano, más $ 3.814.62, por concepto de intereses moratorios, por lo cual debían hacerle la Escritura a su favor, pero el abogado del prometiente vendedor le hizo saber que esto no era posible hasta que se liquidara la sucesión de su esposo. Como ella no vivía en Bogotá, le solicitó ayuda a su amigo Tobías Pinzón Suárez, a fin de que efectuara todas las diligencias correspondientes, comisión que éste aceptó y, al efecto, consiguió un abogado para iniciar el juicio de sucesión en el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá. A solicitud de Pinzón Suárez, Carmen Idalides le envió el poder para que recibiera la escritura, el contrato de prómesa de venta, los recibos de pago del solar y una hoja en blanco firmada por ella, con carta de 8 de agosto de 1968; después mantuvieron una voluminosa correspondencia acerca del negocio, pero sólo a última hora se vino a dar cuenta que Ospinas & Co., había hecho venta del referido lote a favor de Tobías Pinzón Suárez, por Escritura número 7221 de 1968, pasada en la Notaría Sexta de Bogotá, por cuyo motivo presentó la denuncia.

Relación del proceso

El resumen de la accidentada actuación que aquí se contempla, es el siuiente:

Practicadas algunas diligencias, el Juzgado Veintiocho Penal Municipal, por auto de 1º de marzo de 1977 (Fls. 190 y ss.), ordenó la detención preventiva de Tobías Pinzón Suárez por el delito de estafa.

A petición del apoderado del sindicado pasa el asunto a los Juzgados Penales del Circuito para resolver una prescripción. El Juzgado Veintitrés de esta categoría avoca el conocimiento y por auto de 10 de mayo de 1977 (Fl. 223), previo concepto favorable de su Fiscal, decreta la pres-

cripción de la acción penal, por considerar que se trata de un delito de abuso de confianza. Este auto no fue apelado por ninguna de las partes, ni admite consulta, por lo cual ha quedado ejecutoriado, según constancia secretarial (Fl. 226 vto.).

Por auto de 7 de julio de 1977, aquel Juzgado, a petición del representante de la parte civil y "teniendo en consideración que el Tribunal adicionó la detención por falsedad y estafa", pasó el proceso a los Juzgados Superiores.

El Juzgado Quinto Superior, por auto de 9 de agosto de 1977 (Fl. 237), se abstuvo de decretar la nulidad de lo actuado en el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito, al considerar que la prescripción decretada se encontraba ejecutoriada. Apela la providencia el Tribunal, con fecha 19 de diciembre siguiente (Fl. 30, cuaderno 2º), la revocó en todas sus partes y declaró aquella nulidad, por considerar que no se trata de un delito de abuso de confianza, sino de los de falsedad y estafa, en concurso.

Posteriormente el juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal a Tobías Pinzón Suárez por el delito de estafa y lo sobreseyó temporalmente por el de falsedad. Apelado este auto, el Tribunal lo reformó en el sentido de llamar a juicio al procesado por los dos ilícitos mencionados (Fl. 252, cuaderno 1).

Como culminación del juicio, se celebró la audiencia pública (Fls. 376 y ss.), en la cual el Fiscal del Juzgado hizo una severa crítica a la actuación procesal, particularmente en lo relacionado con el auto de proceder por falsedad y estafa, pues en su concepto no se configura ninguno de ellos, ya que la conducta del procesado al llenar una hoja en blanco firmada por la denunciante con cosas contrarias a las convenidas, se encuentra reprimido por el artículo 415 del Código Penal vigente entonces, como abuso de confianza.

El Juzgado Quinto Superior pronunció la sentencia de 25 de febrero de 1980, mediante la cual condenó a Tobías Pinzón Suárez a la pena principal de tres años y dos meses de presidio como autor responsable de los delitos de falsedad y estafa. Apelada la sentencia, el Tribunal la confirmó en fallo de 5 de mayo de 1980, rebajándole tres meses de presidio a la pena principal. Esta es la sentencia recurrida en casación.

La demanda

En el escrito presentado a manera de tal, el libelista, luego de los prolegómenos de rigor, presenta dos cargos contra la sentencia impugnada: el primero, al amparo de la causal primera de casación y, el segundo, con invocación de la cuarta.

Cargo por la primera

Lo enuncia: "Ataco el fallo impugnado por error de hecho conforme a la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Para sustentarlo, luego de transcribir lo pertinente de la providencia del Tribunal, en donde se descarta el ilícito de abuso de confianza para sustentar los de falsedad y estafa, rechaza la existencia de estos últimos, puesto que las actividades del sentenciado se ciñeron a las correspondientes en el campo civil al desempeño de un mandato, ya que consta en autos el poder que le fuera conferido por su denunciante para realizar las actividades que llevó a término, poder éste debidamente autenticado ante notario, cuya existencia, por sí sola, desbarata la pretendida falsedad documental o el pretendido abuso de firma en blanco que se le ha atribuido. Lo anterior se encuentra corroborado por la correspondencia que se cruzaron la denunciante Idalides de Bejarano y el procesado Pinzón Suárez. Además, el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de las compradoras del terreno, señoritas Cortés Varela, quienes hicieron figurar en la escritura de compraventa una suma inferior a la correspondiente al verdadero precio. Finalmente, señala que Pinzón Suárez puso a disposición de la de Bejarano el precio de la venta, menos lo correspondiente a gastos y honorarios.

Cargo por la causal cuarta

Afirma que la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad "por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, de acuerdo con los ordinales 1º y 5º del artículo 210 en relación con el artículo 213".

Para sostenerlo expone: Como está probado, "el mandato en los términos del Título 28 del Libro 4º del Código Civil..., las cuestiones que se susciten con ocasión de su servicio deben definirse de acuerdo con las reglas pertinentes de la ley civil, que incluyen las de rendir cuenta de su administración y la de la responsabilidad hasta por la culpa leve, según los artículos 2155 y 2181 *ibidem*, pero sin que de ellas puedan deducirse cargos de falsedad y de estafa, cuando en cambio de una conducta tipificadora de tales

infracciones se ha cumplido con el mandato de acuerdo con las atribuciones del poder".

En ejercicio de ese mandato y para abreviar trámites, se convino en que la escritura de venta se hiciera en favor de Pinzón, pero no porque él fuera a quedarse con el inmueble. Luego, en la escritura de venta a las hermanas Varela, a petición de éstas se hizo "figurar un precio inferior al real y el sentenciado recibió el precio de la venta y puso a órdenes de la dueña los $ 16.000.00 de que tratan los autos, quedándose con los $ 14.000.00 restantes. Esto sería en puridad de verdad, un abuso, pero en modo alguno una falsedad ni tampoco una estafa... sólo se perfila el posible abuso de confianza, entidad delictual diferente a la falsedad y a la estafa y se acredita de este modo la causal de nulidad por incompetencia del juez, como quiera que el Juzgado Superior conoció de un proceso atribuido en primera instancia, a los Jueces Penales de Circuito, pues la acción de apoderamiento o retención ejecutada por el sentenciado sólo puede tipificar un clásico delito de abuso de confianza conforme al Capítulo V del Título 16 del Libro 2º del Código Penal". Agrega que la retención o apoderamiento por parte del sentenciado de los otros $ 14.000.00, parte del valor de la venta, se justifica por el valor de sus gestiones y de los gastos que tuvo que hacer, descuento para el cual estaba autorizado.

Finaliza sintetizando que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, porque "el sentenciado no es autor o partícipe de las conductas previstas en los artículos 231 y 408 del Código Penal, porque en modo alguno atentó contra la fe pública ni empleó artificios o engaños en busca de provecho ilícito en perjuicio de terceros, a pesar de lo cual, erróneamente, se le radicó en juicio criminal por delito de falsedad y estafa, cuando debió serlo por abuso de confianza en el supuesto de que se configurara dicha infracción".

Concepto del Ministerio Público

Sostiene el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Las protuberantes fallas de técnica y la ausencia de lógica y de fundamento que ofrece la demanda de casación presentada a nombre de Tobías Pinzón Suárez, hacen absolutamente imposible la prosperidad de los reclamos en ella enunciados contra la sentencia acusada. En efecto:

"Los cargos amparados en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a los cuales por razón de método se refiere en primer término el Ministerio Público, mediante los cuales se pregona la nulidad legal del juicio en que se dictó el fallo, no pasan de ser afirmaciones particulares del demandante, carentes de respaldo fáctico y procesal, y en los cuales se desconocen, como se anotó, la lógica y la técnica que gobiernan el recurso extraordinario de que se trata.

"Si el comportamiento de Pinzón Suárez únicamente configuraba actos sometidos a la jurisdicción civil, como lo sostiene el libelo en el primer cargo de esta causal, mal podía hablarse en el cargo tercero de la misma causal, y con relación a los mismos hechos de errónea calificación jurídica de la infracción, pues este evento presupone la comisión y aceptación de conducta sujeta al ordenamiento penal sustantivo y adjetivo, mientras aquél descarta toda implicación típica, antijurídica y culpable del procesado.

"... ... ...

"De otro lado, esta doble posición impugnatoria en la demanda está indicando inseguridad en la acusación, a la vez que desconoce el principio lógico de contradicción, que no puede estar ausente de alegaciones tendientes al logro de un único resultado procesal.

"Los cargos basados en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal adolecen de graves fallas en su presentación, pues no señala el censor si con los supuestos errores de hecho de que habla, se incurrió por el fallador de segundo grado en violación directa o indirecta de la ley sustancial; no invoca las normas que contemplan y regulan las pruebas acusadas y su valor, como tampoco señala qué trascendencia pudieron tener los supuestos errores de hecho a que se hizo mención, en las conclusiones de la sentencia.

"En consecuencia, ninguno de los cargos a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá está llamado a prosperar".

Consideraciones de la Corte

Tiene razón el Ministerio Público colaborador. *Plurales son las fallas en materia de técnica de casación que acusa la demanda de la cual viene haciéndose referencia.*

En efecto:

Desde el punto de vista de los requisitos que debe reunir la demanda, según perentoria exi-

gencia del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, ella, a más de contener un "resumen de los hechos debatidos en el juicio", debe señalar la causal que se aduzca "indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

No basta, pues, el resumen de los hechos ni la sola invocación de la causal, sino que es necesario el que se cumplan los otros requisitos indicados.

Exigencia que sube de punto y toma más nítidos perfiles cuando de la causal primera de casación se trata, en la cual se exige que el alegado error de hecho "aparezca manifiesto en los autos", es decir, que sea de tan clara magnitud que a través del raciocinio no pueda menos de imponerse con carácter imperativo en la mente del analista y del juzgador.

Y en este paso ya expuso el Ministerio Público, como acaba de apreciarse por la transcripción hecha, cuáles son las fallas protuberantes en que se incurrió en la demanda.

De otra parte, la Sala, al igual que su colaborador, encuentra una posición francamente contradictoria en relación con los cargos propuestos. Porque al paso que de una parte sostiene que la actividad de su patrocinado siempre fue perfectamente inocente, puesto que se redujo a cumplir con las obligaciones que le imponían el contrato de mandato, de acuerdo con los términos y el régimen del Código Civil, de otro, acepta que se estaría frente a la comisión de un delito de abuso de confianza.

Como esta Corporación ha sostenido reiteradamente, "las fallas anteriores no puede corregir las ni enmendarlas la Sala, puesto que ello la llevaría a adivinar el pensamiento del actor, lo cual le está vedado, como también le está prohibido asumir las funciones de litigante.

"Ante lo expuesto ha de afirmarse que la Corte carece de bases claras, concretas y suficientes sobre las cuales pueda adelantar su estudio y resolver su procedibilidad. Por lo tanto, dando aplicación a lo dispuesto en la parte final del artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, se declarará desierto el recurso".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación propuesto contra la sentencia de 5 de mayo de 1980, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ROBO. CODIGO DEL 36. HURTO CALIFICADO: ESTATUTO VIGENTE

La violación como elemento estructurador del delito. Clasificación. Violencia de naturaleza física o material, síquica o moral. La amenaza como forma de violencia intimidativa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 28 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 74.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por el procesado Néstor Trejos Marín contra la sentencia de segunda instancia mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a la pena principal de diez años de prisión, como responsable de los delitos de secuestro y robo en la persona y bienes de Julio Ochoa González.

Hechos

En la noche del 20 de mayo de 1970 el señor Julio Ochoa González fue sorprendido al sur de Bogotá por varios sujetos que, portando armas de fuego (ametralladora, pistolas y revólveres) lo obligaron a subir a un jeep Land Rover, lo amordazaron y vendaron, se apoderaron del revólver con que pretendió defenderse y de un reloj de pulso y lo condujeron a un escondite previamente preparado, donde lo mantuvieron cautivo durante varios días, hasta que obtuvieron el pago del cuantioso rescate.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada por el Juez Tercero de Instrucción Criminal el 8 de junio de 1970, funcionario éste que profirió más tarde auto de detención contra siete sindicados, entre ellos Néstor Trejos Marín. Luego de muchas incidencias procesales —entre ellas una nulidad del inicial auto de proceder por errada calificación jurídica de los hechos— los procesados fueron llamados a juicio por delitos de secuestro y robo, determinación ésta que el Tribunal confirmó. Tramitada la audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito condenó, entre otros, a Trejos Marín a la pena principal de 14 años y 8 meses de presidio, como responsable de los delitos de secuestro y robo, por los cuales fue llamado a juicio; el Tribunal confirmó la condena, en providencia del 9 de junio de 1981, aunque con modificaciones cualitativas y cuantitativas, pues convirtió el presidio en prisión y redujo la pena principal a diez años.

La demanda de casación

Con fundamento en las causales cuarta y primera, el casacionista formula varios cargos a la sentencia del Tribunal, así:

Causal cuarta, primer cargo. Nulidad por errada denominación jurídica del delito; la hace consistir en que se llamó a juicio a Trejos Marín por delito de robo, cuando ha debido serlo por el de hurto; para demostrar el cargo señala que como el apoderamiento del revólver y del reloj se efectuó después de la consumación del secuestro y por mera exigencia de los secuestradores, no aparece violencia alguna en su actuación; al contrario, tales cosas pasaron a manos de los procesados por determinación voluntaria del secuestrado.

Causal cuarta, segundo cargo. Nulidad supralegal por "falta de observancia de las formas propias del juicio penal" y, particularmente, por violación del derecho de defensa; hace consistir este cargo en que su poderdante careció de asistencia técnica en la etapa del sumario, pues no tuvo apoderado y si bien en la del juicio actuó un defensor de oficio, en opinión del recurrente no existió adecuada defensa "en razón de que los señores apoderados y defensores se limitaron a tomar posesión del cargo y recibir notificaciones de las providencias emanadas de los funcionarios, sin que en el cumplimiento de su deber se hubieran preocupado por solicitar pruebas tendientes a mejorar la situación jurídica de su cliente". Menciona también como evidencias de la inobservancia de las formas procesales el no haberse dispuesto la ratificación

juramentada de acusaciones que el sindicado Arnulfo León Triana hizo a Trejos Marín y el no haberse dado traslado a las partes del dictamen pericial en el que se descubrió huella dactilar de su poderdante en el escenario de los hechos.

Causal primera, primer cargo. Violación indirecta de los artículos 215, 216, 217 y 277 del Código de Procedimiento Penal y directa de los artículos 293, 402 y 404 del Código Penal anterior, por manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas en que se basa la sentencia condenatoria; fundamenta esta acusación en que el Tribunal dedujo la existencia del delito de robo del testimonio de León Triana sin percatarse de que la propia víctima aceptó en su declaración haber hecho entrega voluntaria a los secuestradores de su revólver y de su reloj y en que atribuyó el valor de plena prueba al dictamen pericial de un agente del DAS sobre huellas dactilares de Trejos Marín, supuestamente halladas en una botella de gaseosa, cuando de tal dictamen no se corrió el traslado de ley a las partes, como lo manda el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera, cargo segundo. Violación directa del artículo 33 del Código Penal, "por haber sido aplicado indebidamente en la sentencia"; la razón de este cargo es la de que no existiendo delito de robo, no había lugar a deducir la figura del concurso de este ilícito con el de secuestro, como lo hizo el Tribunal. Agrega, además, que hubo un mal cómputo de la pena básica porque el fallador de segunda instancia tuvo en cuenta las causales de agravación genérica previstas en los numerales 3º, 4º y 7º del artículo 66 del Código Penal vigente, que eran inaplicables por su posterioridad al hecho investigado.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia recurrida, conforme a las siguientes consideraciones:

En cuanto al cargo de nulidad legal, porque hubo violencia en el apoderamiento de las pertenencias del secuestrado ya que sus aprehensores lo intimaban con armas de fuego; que ellos hubiesen tomado directamente los objetos o éstos le hubiesen sido entregados por la víctima, resulta indiferente a la real existencia de una coacción.

Respecto de la nulidad supralegal recuerda la reiterada jurisprudencia de la Corte en cuanto a que la violación del derecho de defensa se contrae básicamente a la etapa del juicio, durante la cual en este caso el procesado fue asistido por defensores que en la audiencia pública ofrecieron argumentos en favor de su patrocinado; que ahora el recurrente considere inadecuada la defensa no es argumento sólido porque la nulidad no depende del criterio personal, del impugnante. Cuanto a la falta de ratificación jurada de los cargos que hace León Triana a Trejos Marín, demuestra la agencia fiscal que en varias diligencias de careo tal requisito se cumplió; y en punto a la omisión de traslado a las partes del informe técnico del DAS considera que esta clase de pruebas no han de tenerse sustancialmente como dictámenes periciales, ya que se limitan a meras comprobaciones fácticas y no a evaluaciones personales sobre hechos determinados; pero, independientemente de ello, advierte que aquella informalidad no vicia de nulidad la peritación porque conforme al artículo 277 del C. de Procedimiento Penal las partes pueden objetar el dictamen hasta el momento en que el asunto entra al Despacho para sentencia, cosa que no hizo el procesado en este caso.

Frente a la acusación por violación indirecta de la ley sustancial fundada en el ataque a las pruebas testimoniales de León Triana y pericial, recuerda que habiendo sido planteadas y refutadas dentro de la causal cuarta, es obvio concluir que debe ser desestimada al reiterarse en esta oportunidad.

Finalmente, el cargo de violación directa del artículo 33 del Código Penal no tiene consistencia porque parte del supuesto ya rechazado de la inexistencia de concurso delictual entre secuestro y robo. Agrega que la acusación a la sentencia por violación del artículo 66 del Código Penal en sus numerales 3º, 4º y 7º no fue demostrada por el actor.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta, primer cargo. Tanto el artículo 402 del Código Penal vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos como el artículo 350 del nuevo estatuto punitivo mencionan la violencia como elemento estructurador del llamado "robo" en aquél y "hurto calificado" en este. Por violencia ha de entenderse aquella fuerza instrumental de naturaleza física o síquica, actual o futura que es utilizada por alguien —el violentador— para coartar la voluntad de otra persona —el violentado— de tal manera que ésta se ve constreñida a realizar comportamiento de acción o de omisión que en circunstancias normales no ejecutaría. La violencia es física o material cuando la energía dominante alcanza

biológicamente a la víctima y le causa daño orgánico o cualquier otra alteración sensorial aunque de ella no quede evidencia perceptible; es síquica o moral cuando la fuerza energética del violentador no se traduce en traumas corporales, sino que apunta a las esferas intelectiva y violitiva del violentado para constreñirlas. Amenaza es aquella forma de violencia que intimida a la víctima con el anuncio de una agresión inminente y cierta si ésta no se plega a la voluntad del violentador.

Cuando una cualquiera de estas formas de violencia se utiliza para el apoderamiento de cosa mueble ajena, estaremos ante conducta típica de robo, conforme al Código Penal anterior, de hurto calificado frente al actual.

Conforme a la codificación precedente (aplicada al presente caso por razones de favorabilidad) resulta indiferente que la violencia sea empleada por el actor contra el sujeto pasivo para arrebatarle la cosa que tiene en su poder, o para hacérsela entregar; en un caso el agente va hacia la cosa y la aprehende abruptamente; en el otro caso viene hacia él por mano del sujeto pasivo; pero en ambos supuestos es el mecanismo de la violencia esgrimido por el actor lo que decide el traspaso material de la cosa de una persona a otra.

Aparece de autos que al momento del secuestro Ochoa González poseía un revólver y un reloj de pulso y que ambos objetos pasaron a poder de sus secuestradores, entre ellos Trejos Marín, porque los reclamaron para sí con el argumento intimidador de ametralladora, pistolas y revólveres esgrimidos contra alguien que estaba a su merced maniatado y vendado; suponer que en esas circunstancias y bajo tales amenazas Ochoa González entregó libremente sus pertenencias a quienes así lo intimidaban, es desconocer la naturaleza y alcances del fenómeno de la autodeterminación volitiva.

Que el secuestro se hubiese consumado ya cuando el violento apoderamiento de aquellas cosas se produjo y que esta ilícita apropiación no hubiese sido la finalidad de aquel delito, en nada modifican la existencia concursal de secuestro y robo. El antecedente jurisprudencial mencionado por el casacionista es impertinente, pues entonces se estaba frente a un homicidio consumado, después del cual se despojó al cadáver de objetos que portaba en vida, de tal manera que en el momento del apoderamiento no hubo necesidad de utilizar violencia alguna, pues ya no había persona sobre la cual ésta recayera.

Si, pues, el robo existió, bien hizo el juzgador en imputárselo al procesado junto al secuestro en el auto de vocación a juicio, por lo que no hubo denominación jurídica equivocada de aquel delito.

Causal cuarta, segundo cargo. Es verdad que durante el sumario y en el juicio que culminó con la primera audiencia pública actuaron apoderado y defensor por determinación oficiosa del juzgador y que en aquella fase inicial del proceso no hubo activa intervención de aquél; pero no es menos cierto que el defensor apeló del inicial auto enjuiciatorio (Fol. 301, Cdno. 2) e intervino extensa y razonadamente en la audiencia pública. No sobra precisar que la razón por la cual hubo de ser inicialmente oficiosa la actuación de apoderado y defensor fue la de que el procesado Trejos Marín eludió la acción de la justicia hasta el punto de que debió ser declarado reo ausente. En la nueva etapa del plenario, luego de surtida la nulidad decretada por el Tribunal, su nuevo defensor intervino igualmente con amplitud en beneficio de su patrocinado (Fols. 6/9 Cdno. 5). No es dable, entonces, sostener que el procesado careció de defensa técnica sólo porque a juicio del recurrente aquélla no se tradujo en exitoso resultado; ello sería tanto como afirmar que el derecho de defensa sólo se habrá garantizado cuando se logra sentencia absolutoria o condenación notoriamente atenuada, como si la existencia de ese derecho haya de medirse por el resultado de la gestión profesional y no por la diligente actuación del abogado.

Sobre esta misma cuestión dijo la Sala recientemente:

"La efectividad de la defensa no puede deducirse solamente de la cantidad de argumentos que un defensor presente ante los jurados o ante el Juez, en su caso, en orden a liberar a su representado de los cargos que contra él pesan.

"La abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento claro, breve pero sólido de los aspectos favorables del caso. Muchas veces la sencillez de la exposición, centrada sobre unos pocos argumentos, o así sea sólo sobre uno, hacen más en favor del procesado que un caudaloso flujo de pretendidas razones que sólo consiguen, casi siempre, confundir y desorientar al jurado o al juez, así den a la parte o a su apoderado la sensación de que están agotando, hasta sus máximos límites, el esfuerzo defensivo". (Casación de septiembre 14/82).

En cuanto a la acusación de que no se ratificaron bajo juramento los cargos que el procesado

Arnulfo León Triana le hiciera a Trejos Marín, acertadamente anota el colaborador fiscal que tal ratificación jurada se efectuó no una sino varias veces; más exactamente en las diligencias de careo que aquel sujeto sostuvo con Alvaro Bianco Triana (Fol. 324 Vto.), José Gentil Ospina (Fol. 345 Vto.), Roberto Forero Lozano (Fol. 501) y Hugo Rueda (Fol. 73 Vto. Cdno. 2).

Por lo que hace al dictamen dactiloscópico del funcionario del DAS (Fol 121/28 Cdno. Pl.), si bien el juzgador omitió dar traslado de él a las partes como lo señala el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, no es menos cierto que tal irregularidad no muestra entidad suficiente para generar nulidad supralegal, porque en todo caso las partes tenían la facultad de objetar el dictamen "por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción" hasta el momento en que el expediente entra al despacho del juzgador para sentencia, conforme lo preceptúa el artículo 277 de la misma codificación procesal; si no hicieron uso de tal potestad, habrá de suponerse que fue porque ninguna tacha hallaron en él. Obsérvese que la finalidad del traslado del dictamen es la de que las partes puedan solicitar explicaciones adicionales, ampliaciones o mayor claridad en su contenido; por manera que cuando se considera ostensiblemente erróneo o desacertado, ha de acudirse a la vía de la objeción que en este caso como ya se dijo, estuvo abierta a las partes y no fue utilizada por ellas. No se ve entonces que aquella omisión haya vulnerado el derecho de defensa del procesado, mucho más cuando ni siquiera se tacha el contenido sustancial del dictamen. No sobra, además, recordar que la sentencia que condena a Trejos Marín no está edificada solamente sobre esta prueba, ya que se extiende a testimonios e indicios (Fols. 38/40, Cdno. 7).

Respecto de las diferencias que sugiere el Ministerio Público entre informe técnico y peritación, parecen válidas cuando aquél se refiere a diligencias en las que sus intervinientes se limitan a dejar constancia sobre hechos sensorialmente perceptibles como las acotaciones que hace el médico legista al practicar el llamado levantamiento del cadáver; pero cuando ellas contienen apreciaciones del experto, ordinariamente basadas en datos técnicos y con la ayuda de instrumentos adecuados —como suele ocurrir en los dictámenes grafológicos o dactiloscópicos—, el informe respectivo es sustancialmente una peritación.

Causal primera, primer cargo. Como quiera que está edificado sobre los mismos hechos examinados al estudiar los dos cargos precedentes (no hubo delito de robo sino de hurto y no se corrió traslado a las partes del dictamen dactiloscópico), la Sala se remite al examen crítico que sobre ellos ha hecho en precedencia y del cual se desprende que tanto la prueba testimonial de León Triana como la técnica pericial, lo mismo que las indiciales mencionadas por el juzgador, tienen valor probatorio suficiente para cimentar en ellas, como lo hizo el Tribunal, una sentencia de condena.

Causal primera, segundo cargo. Esta acusación se funda en que se estructura en el caso de autos concurso entre secuestro y con violación del artículo 33 del Código Penal. Como se ve, también aquí el recurrente parte de la premisa de que este último delito no se configuró; pues bien como la Sala ha demostrado lo contrario vale decir, la real existencia del robo —hoy hurto agravado por la violencia— cae por su base este cargo levantado contra la sentencia.

En cuanto a la acusación adicional de que se aplicaron indebidamente los numerales 3º, 4º y 7º del artículo 65 del nuevo Código Penal, por ser norma posterior a los hechos y que de esta manera se alteró el cómputo de la pena imponible, adviértese que el recurrente no fundamenta sus aseveraciones; aparte de ello, basta cotejar estas causales genéricas de agravación punitiva con las previstas en los numerales 3º, 5º y 9º del artículo 37 del Código Penal anterior, para concluir que son sustancialmente idénticas, además de que la valoración de ellas en uno y en otro estatutos permiten al juzgador llegar a semejantes conclusiones de diosimetría punitiva.

Del examen de los cargos hechos a la sentencia con fundamento en las causales cuarta y primera del artículo 580, conclúyese, entonces que habiendo sido desvirtuados debe mantenerse la incolumidad del fallo atacado.

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

Resuelve

No CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

REVISION

Sólo procede contra sentencias ejecutoriadas dictadas con fundamento en un auto de proceder y no contra simples autos interlocutorios, así éstos pongan fin al proceso, como el sobreseimiento definitivo y la providencia del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 28 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Expediente número 27680.

Aprobado: Acta número 74.

Vistos

El abogado Alfonso Taboada Támara ha interpuesto ante esta Corporación el recurso extraordinario de revisión contra el auto de sobreseimiento definitivo proferido el 27 de abril del año en curso por el Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Bogotá a favor de Julio David Naar Mercado por un presunto delito de lesiones personales que tuvo ocurrencia en desarrollo de una actividad deportiva.

Se considera

No cabe duda que el llamado recurso de revisión en materia penal va dirigido "...contra las sentencias ejecutoriadas...", como textualmente lo señala el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

Si esta premisa legal no es discutible, sólo resta establecer lo que en derecho procesal penal es una sentencia.

El artículo 169 de la codificación aludida dispone: "...Las providencias que se dicten en el proceso penal se denominarán autos y sentencias...".

Y, el artículo 171 ibídem, *al determinar las reglas que obligan en la redacción de las sentencias, precisa en el numeral 6º: "...Terminará la sentencia con la parte resolutiva en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolvería de las mismas...".*

De estos contenidos normativos se desprende con toda claridad que la sentencia es aquella pieza procesal que decide en forma absolutoria o condenatorio sobre lo principal del juicio y con fundamento en un auto de proceder, *lo que evidencia que no son sentencias en sentido estricto ninguna resolución calificatoria del sumario que ponga fin al proceso, ni la providencia especial del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.*

Si en el procedimiento penal ordinario únicamente son sentencias las resoluciones que se dictan de acuerdo con los artículos anteriores, en la forma y oportunidad allí señaladas, síguese que el recurso de revisión que se propone contra un auto de sobreseimiento definitivo para que se revise el proceso respectivo, no es viable porque repugna con los preceptos reguladores de este instituto extraordinario.

Por fuerza de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— DECLARA INADMISIBLE el recurso de revisión de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LEY MAS FAVORABLE

(Art. 26, C. N.). Cómo debe escogerse.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, 28 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: *doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 74.

Expediente número 27198.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena confirmó integralmente, por sentencia del 27 de julio de 1981, la proferida por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad el día 4 de abril del mismo año, mediante la cual se condenó a Getulio Gómez Gamarra, Antonio Agámez Pimienta y Graciela López de Martelo a la pena principal de 4 años y 1 mes de prisión para cada uno, al pago de $ 20.000 de multa y demás penas accesorias de rigor por los delitos de peculado y falsedad.

Hechos

Se sintetizaron así:

"...el señor Getulio Gómez Gamarra ocupó el cargo de Alcalde del Municipio de Mahates desde el 2 de marzo de 1979 hasta el 18 de junio del mismo año. Trabajaban en esa época como Auditora Departamental y Tesorero, respectivamente, los señores Graciela López de Martelo y Antonio Agámez Pimienta. El Alcalde Gómez Gamarra, durante su gestión, contrató verbalmente con varias personas para que hicieran trabajos en el municipio, a algunos de los cuales les pagaba en efectivo él mismo o el Tesorero. En el Banco del Comercio de Cartagena, donde tiene su cuenta corriente el Municipio de Mahates, fueron cambiados varios cheques a favor de personas que ni recibieron dichos cheques ni los endosaron, y contra la cuenta corriente citada, cheques que tenían el visto bueno de la Auditoría y del Tesorero. Practicada una visita a la Tesorería del Municipio de Mahates, fue encontrado un faltante de $ 726.238.34 por parte de los visitadores que la realizaron...".

La demanda

El procesado Getulio Gómez Gamarra fue el único que recurrió en casación y oportunamente su apoderado constituido para el efecto la sustentó con demanda que se declaró ajustada a derecho, en la que formula múltiples cargos a la sentencia al amparo de las causales primera, segunda y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial por "...infracción directa del artículo 133...", puesto que las características de los hechos obligaban a aplicar el artículo 134 del Código Penal.

Para demostrar su aserto se remite a testimonios que en su concepto acreditan que no hubo apropiación de caudales sino que a lo sumo se produjo un uso indebido.

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial por error de hecho.

Sostiene que por haberse ignorado "...que el monto del faltante establecido no corresponde en su totalidad a sumas que material o jurídicamente estuvieron bajo la responsabilidad del alcalde", hecho que aparece plenamente demostrado en el acta levantada por los visitadores y también por otras pruebas, se cometió por el fallador el error anotado.

Tercer cargo. Violación directa de la ley sustancial por error de derecho.

Hace consistir ese error en que el fallador infirió la existencia "...de los actos y omisiones prueba indiciaria, la que no obstante la libertad

configurativos del delito de falsedad..." de la de prueba no puede entrar a sustituir el dictamen pericial.

Causal segunda

Cargo único. La sentencia se dictó sin la necesaria consonancia que debe tener con el auto de proceder.

Aduce que al procesado se le imputaron las conductas previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 231 del Código Penal anterior y que en la sentencia se le condenó por las descritas en los artículos 133 y 221 del nuevo ordenamiento penal, pretextando favorabilidad, pero cayendo en la analogía.

Causal cuarta

Cargo único. El fallo se profirió en juicio viciado de nulidad.

Invoca la nulidad legal del numeral 3 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por no haberse notificado el auto de proceder en debida forma a los procesados no recurrentes, pues en el edicto respectivo no se indicó la hora de la fijación y desfijación del mismo y se omitió hacerlo en lugares públicos de la ciudad.

Consideraciones de la Corte y del Ministerio Público

En guarda del principio de prioridad se estudiarán los reproches empezando por el referido a la causal cuarta de casación.

En consecuencia la demanda propone:

1. Por la *causal cuarta*, la nulidad del numeral 3 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por indebida notificación del auto de proceder.

Nada permite colegir que Antonio Agámez Pimienta y Graciela López de Martelo, quienes resultaron condenados en contumacia, quedaron notificados del auto de proceder de manera indebida, por haber existido irregularidades en el emplazamiento.

En efecto, como lo anota igualmente el Ministerio Público:

En el edicto respectivo no se omitió la hora de su fijación, y si bien la de su desfijación no aparece, consta, sin lugar a dudas, que fue fijado el 21 de noviembre y desfijado el 9 de diciembre del mismo año. Esto permite concluir que habiendo permanecido fijado el edicto en la Secretaría por *más* de 10 días, se cumplió cabalmente con el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal.

Es cierto que no se fijaron copias del edicto en lugares públicos de Cartagena para notificarles el auto de proceder, pero también es cierto que el citado artículo (484 del C. de P. P.) no lo exige para ese efecto concreto.

2. Por la *causal segunda*, la infirmación del fallo por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

No es exacto que esto haya ocurrido con violación del esquema lógico del proceso, tal como lo exige la causal invocada.

Se ha establecido que los hechos ocurrieron bajo la ley 95 de 1936 y que la sentencia se produjo cuando entró a regir el Decreto número 100 de 1980. Esta sucesión de leyes creaba el imperativo constitucional de aplicar sin vacilación la ley más favorable (Art. 26 C. N.).

Expresa el Procurador con respecto a las incongruencias alegadas:

"...en los casos en que haya sucesión de leyes en el tiempo lo que interesa no es la denominación jurídica del comportamiento, ni la ubicación que de éste se haga en la ley, sino que lo fundamental radica en que la conducta esté tipificada en los dos ordenamientos....".

Esto es lógico. *Para escoger la norma más benigna, lo que realmente importa es que la nueva coincida con la anterior en la descripción típica del punible, pues la denominación jurídica, en sí misma, sólo tiene en la ley sustancial el valor de permitir la determinación de un elenco de conductas afines. Establecido que coinciden, resta comparar sus respectivas sanciones para seleccionar la de menor intensidad o significación punitiva.*

Razones suficientes para que en el caso concreto el Ministerio Público concluya:

"...el delito de peculado por apropiación era conducta delictiva y lo es en la actualidad; así mismo la falsedad documental estaba y está tipificada en los dos ordenamientos. En estas condiciones no se trata ni mucho menos de la aplicación analógica de disposiciones sino de una respuesta que favorece al imputado, teniendo en cuenta únicamente el monto de la pena privativa de la libertad, con lo que no se violó ningún derecho del procesado y, por el contrario, se dio aplicación a un claro mandato constitucional...".

3. Por la *causal primera,* la sustitución de la sentencia por violación de la ley sustancial.

Los tres cargos que al amparo de esta causal formula el demandante presentan fallas de orden técnico-jurídico que impiden su estudio de fondo.

En el primer cargo incoa la violación directa al parecer por aplicación indebida de norma sustancial, y de inmediato intenta demostrar el yerro alegando que el fallador desconoció realidades probatorias.

En el segundo plantea la violación directa, pero se empeña en criticar la apreciación que de la prueba hizo el sentenciador, quien para su entender cometió error de hecho en ese discurrir. Sin embargo, no señala la prueba sobre la cual el error se asienta.

En el tercero insiste en la violación directa a tiempo que califica de error de derecho la manera como el juzgador valoró la prueba indiciaria. Ataca las inferencias que éste hizo, pero no concreta el medio probatorio donde el error se cometió.

De la simple descripción de estos cargos se advierte que el censor confunde y mezcla las dos formas de violación de la ley que ofrece la causal primera. Tal proceder es impropio dentro de la técnica del recurso, pues como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, quien propone violación directa tiene que aceptar la prueba que tuvo en cuenta el sentenciador y la valoración que de ella hizo, de lo contrario entraría a destruir las bases lógicas y jurídicas sobre las cuales debe el recurrente edificar la demostración de ese tipo de violación.

Igualmente se observa que cuando se refiere a errores de hecho y de derecho, no los precisa sino que se lanza a hacer generalizaciones probatorias y a cobijar con esos conceptos todos los medios de convicción aportados al proceso. Esta manera de impugnar resulta extraña en casación. Es en este recurso donde las precisiones no pueden eludirse porque sin ellas no es posible fundamentar ni demostrar cargo alguno.

Esto conduce a permitir la afirmación categórica de que el actor estuvo lejos de poder comprobar uno cualquiera de los errores *in iudicando* que intentó proponer en esta causal.

En virtud de todo lo dicho hasta este momento, la demanda no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo 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 condenatoria dictada en este proceso el veintisiete de julio del año pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

No por estar referidas a una función pública puede afirmarse que son de por sí lícitas las actuaciones de los funcionarios, pues es, precisamente, por ejercerlas con desvío o extralimitación, que incurren en delito.

Corte Suprema de Justicia
Sala Penal

Bogotá, D. E., 28 de septiembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 74.

Vistos

El Tribunal Superior de Neiva, en auto proferido el veinticuatro (24) de abril del año en curso, dispuso no abrir investigación penal contra la doctora Leonor Prieto de Verástegui, Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría en Garzón, quien había sido denunciada por el presunto delito de abuso de autoridad por el doctor Ernesto Jaramillo Rubio, el cual desempeñaba en esa misma ciudad las funciones de Juez Tercero Penal del Circuito y que, al conocer la determinación del Tribunal, interpuso contra ella el recurso de apelación, motivo por el cual han sido enviadas las diligencias a esta Sala de la Corte.

Hechos y actuación procesal

Dice, en síntesis, el denunciante que la doctora Prieto de Verástegui se ha dedicado en forma sistemática y amplia a preseguir a algunos funcionarios de la Rama Jurisdiccional, entre ellos al exponente, porque éste, según expresa en su denuncia, le sugirió que separara a la doctora Sonia Uribe Gaviria, Fiscal de los Juzgados de Circuito, del conocimiento de los procesos que se estuvieran ventilando o que se abrieran en adelante por infracciones contra el Decreto número 1188 de 1974, "en razón, dice, de que la precitada Fiscal tenía y tiene parentesco por consanguinidad o afinidad con la 'madrina de la coca', llamada Marta Hurtado de Gaviria, esposa de Luis Carlos Gaviria, familiar éste de la actual Fiscal de los Circuitos".

Dicha sugerencia, continúa exponiendo el denunciante, fue considerada impropia por la Procuradora, quien inició en contra de él un proceso disciplinario, y no hizo caso de la petición de abstenerse de proseguirlo que aquél le formuló por repetidas veces, ya que también, a su turno, la había denunciado disciplinariamente. Agrega que el pretexto de que se valió la denunciada fue el de no concurrir oportunamente a su oficina, lo cual niega y dice que, por el contrario, ella es la que no asiste a la suya.

El Tribunal de Neiva, al recibir la anterior denuncia, le pidió al denunciante que la ampliara, lo cual hizo éste por certificación jurada (Fls. 23 y siguientes), en la que repite lo ya dicho y agrega que si bien es cierto que el viernes 15 de enero de este año faltó a su despacho, lo hizo porque tuvo que asistir donde el médico, quien le fijó una incapacidad, para demostrar lo cual presentó, en fotocopia, certificado de la Caja Nacional de Previsión de Garzón (Fl. 22).

El Tribunal, sin solicitar ni allegar ninguna otra prueba, dictó el auto materia de la alzada, en el cual dice que la doctora Prieto de Verástegui obró "dentro del cumplimiento de su deber, puesto que, de acuerdo con el artículo 89 del Decreto número 250 de 1970, que corrobora el artículo 27 de la Ley 25 de 1974, la vigilancia judicial corresponde al Ministerio Público, y dice la última norma que en los juzgados la ejercerá el respectivo agente del Ministerio Público, sin perjuicio de las funciones que corresponden al Procurador General, a los Procuradores Delegados, a los Procuradores Regionales y a los Jefes de Oficinas Seccionales (subraya la Sala)".

Agrega, más adelante, que en caso de imponerse sanción disciplinaria, no corresponde al Ministerio Público hacerlo sino al Tribunal, en caso de los jueces y una vez que se haya proferido resolución acusatoria.

"Entonces, termina diciendo el *a quo*, la defensa del doctor Jaramillo Rubio por los cargos que le haya podido formular la Jefe Seccional de la Procuraduría en Garzón, corresponde hacérsela en el mismo informativo que ella haya adelantado, y no buscar la manera de enervar la acción disciplinaria mediante una denuncia penal, como lo ha pretendido".

Termina, como ya se ha expresado, absteniéndose de iniciar sumario contra la doctora Leonor Prieto de Verástegui.

En la presente instancia, el Procurador Segundo Delegado Penal, solicita que se revoque la providenucia apelada y que se ordene al Tribunal actual "con arreglo a los mandatos que gobiernan casos como el que nos viene ocupando para que en ellos se haga la claridad que debe tener toda actuación judicial".

Se basa, para ello, en que el Tribunal no adelantó ninguna clase de averiguaciones en orden a ilustrar su criterio sobre si debía abrirse o no investigación contra la doctora Prieto de Verástegui, ya que si bien ésta es competente para adelantar diligencias disciplinarias y no para proferir el correspondiente fallo, no significa eso que en aquéllas no pueda abusar de sus funciones, lo cual debe establecerse claramente antes de tomar una decisión como la reclamada.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente se echa de menos, como lo advierte la Procuraduría, una actividad del Tribunal dirigida a establecer, siquiera someramente, la existencia o no de una infracción de carácter penal en la conducta denunciada.

Porque si bien es cierto que a la persona acusada se le han atribuido las facultades que señala el Tribunal, no lo es menos que de ellas, como de cualquier función, se pueda abusar por parte de quienes las detentan.

Dentro del proceso disciplinario se ejercen actos de competencia, esto es, propios de la función encomendada a los Procuradores y estos pueden tomar determinaciones tan importantes como, por ejemplo, la de formular cargos o llevar a cabo otra actividad que vulnere la administración pública o los derechos de los particulares, lo cual constituiría, ciertamente, un delito.

Y no se puede alegar que tales actividades, por estar referidas a una función pública, sean, ya de por sí, lícitas con el solo predicado de funcionales que sobre ellas se haga, pues, precisamente, los delitos que contra la administración pública o la de justicia tienen ese carácter, porque las respectivas conductas se ejercen en el marco de esas actividades y con desvío o extralimitación de funciones.

En el presente caso no se está diciendo que la doctora Prieto Verástegui haya cometido delito en la actuación denunciada sino que para llegar a una conclusión sobre el particular no basta constatar que ella tiene determinadas funciones y que el acto acusado cae dentro de ellas en forma genérica sino que es necesario establecer, en la medida que lo requiere el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, si existe o no fundamento suficiente para abrir proceso penal y para ello es conveniente allegar algunas pruebas, por ejemplo, copia de las diligencias disciplinarias adelantadas contra el denunciante o sobre los fundamentos que éste pudo tener para pedir que se separara a la doctora Sonia Uribe Gaviria de los procesos adelantados contra Marta Cardona Hurtado de Gaviria, lo cual se necesita para apreciar qué tanta razón tenía el primero en pedir tal cosa y cuánta la acusada en negarse, si ese fuera el caso.

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

Resuelve

REVOCAR la providencia apelada.

En su lugar se dispone que el Tribunal adelante la indagación preliminar de que trata el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal para decida en conformidad con ésta.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA. ARTICULO 515 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Este precepto se refiere a tres aspectos fundamentales, a saber: La obligación de elaborar un acta de toda audiencia pública, el contenido de la misma y el derecho de las partes a formularle observaciones, para lo cual se ordena su lectura a quienes deban suscribirla.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 5 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 76.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Adán Orduz Chaparro contra la sentencia de cuatro de abril de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, al confirmar la proferida por el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso de veintiuno de enero de ese mismo año, lo condenó a la pena principal de ocho años de prisión y a las correspondientes accesorias, así como el pago in genere de los perjuicios ocasionados con el delito, como autor responsable de homicidio cometido en persona de Oscar Raúl Riaño Rodríguez.

El recurso fue admitido y la demanda encontrada acorde con las prescripciones formales que exige la ley (Fls. 2 y 14 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El día 26 de mayo de 1979 se celebró en la escuela de la Vereda "Siatame" de la comprensión territorial de Sogamoso un bazar en las horas de la tarde y una fiesta con baile durante la noche.

A ella concurrieron habitantes de la región como los hermanos Adán y Ricardo Orduz Chaparro, Margarita Sánchez, Isidro Orduz, Edgar Bernal Flórez, y también algunos forasteros como Oscar Raúl Riaño Rodríguez.

En un momento determinado, y al parecer por disgustarle que Riaño Rodríguez bailara con Margarita Sánchez, Adán Orduz Chaparro retó a éste a pelear y, al no obtenerlo, le golpeó en un hombro haciéndole perder el equilibrio, para lesionarlo en el abdomen con arma cortopunzan- cuando éste trataba de incorporarse.

Aunque Riaño recibió oportunamente atención médica en el Hospital de Sogamoso, hubo de ser enviado a Bogotá en busca de mejores recursos médicos en razón de la gravedad de las lesiones y su estado de salud por complicaciones post-operatorias. Poco después, murió en la Clínica de la Caja Nacional de Previsión, a consecuencia de una infección generalizada generada en la lesión recibida. Así hay que entender el siguiente aparte de la diligencia de necropsia: "Conclusión: El caso corresponde a un hombre de 21 años de edad, quien fallece en sepsis por heridas penetrantes a abdomen ocasionadas con arma blanca" (Fls. 2, 80 y 96 del cuaderno principal).

La investigación fue iniciada originalmente por el delito de lesiones personales y luego continuada por el de homicidio al producirse la muerte, habiéndole corespondido la instrucción al Juzgado Tercero del ramo y el conocimiento al Segundo Superior de Sogamoso, el cual llamó a responder en juicio a Adán Orduz Chaparro por el homicidio perpetrado en Riaño y sobreseyó definitivamente en favor de Ricardo, hermano de aquél.

Esa decisión fue conocida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en virtud de apelación interpuesta contra el enjuiciamiento, y fue confirmada en su integridad, con la sola aclaración de que el homicidio por el que se llamaba a responder a Adán Orduz era simplemente intencional o de propósito (Fls. 8 a 26 del cuaderno número 5).

Durante el período probatorio de la causa no fueron solicitadas ni decretadas pruebas de ninguna naturaleza y por auto de 8 de noviembre de 1980 se señaló para la realización de la audiencia pública el día 28 de noviembre de ese año, fecha en la que efectivamente se llevó a cabo (Fls. 236 y 238 a 243 del cuaderno principal).

A consideración del jurado de conciencia fue sometido el siguiente cuestionario:

"El procesado Adán Orduz Chaparro de las condiciones civiles, personales y sociales conocidas en autos, *es responsable sí o no* de haber dado muerte, con intención de matar a Oscar Raúl Riaño Rodríguez, mediante heridas con arma cortopunzante, que le interesaron la cavidad abdominal y el flanco derecho y produjeron posteriormente su deceso, según hechos ocurridos en las horas de la noche del veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y nueve en la Escuela de la Vereda de Siatame del Municipio de Sogamoso, de la comprensión de este Distrito Judicial".

Las partes propusieron las siguientes respuestas: El Fiscal, "sí es responsable". El representante de la parte civil: "sí es responsable". El defensor: "no es responsable por falta de prueba"; "sí, pero en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación"; "sí, pero en riña imprevista, y por un hecho subsiguiente ajeno a la voluntad del sindicado"; "sí, pero con intención de herir y por un hecho subsiguiente, ajeno a la voluntad del sindicado".

El jurado respondió: *"Sí es responsable a la mitad del tiempo, por no tener antecedentes judiciales"* (Fls. 244, 245, 246 y 247 del cuaderno principal).

En memorial recibido en el Juzgado el 11 de diciembre de 1980, dijo el abogado defensor a manera de alegato de fondo previo a la sentencia:

"Con todo respeto me hago presente con el fin de solicitarle, de que dada la circunstancia de que el veredicto emitido por los jueces de conciencia, no se ajusta ni al cuestionario formulado por el Juzgado, ni a la propuesta hecha por el Fiscal, ni la parte civil, ni a las propuestas formuladas por el defensor, y que por otra parte no se ajusta a la forma como se debe emitir, se declare como impropio e improcedente, por lo cual se ha de tener sin valor, convocando a una nueva vista pública".

"En efecto, el veredicto parece inmiscuirse en cuestiones de derecho para lo cual el jurado de conciencia no tiene atribuciones. Pero, por otra parte, es manifiesta su voluntad de rebajar la pena o la responsabilidad penal, por lo cual quiere que al encausado se le rebaje la mitad de la sanción, diciendo que es responsable *hasta la mitad,* o sea que ha querido atenuar la responsabilidad y consecuencialmente la pena.

"Al tenor de la norma consagrada en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia se ha de dictar de acuerdo con el veredicto emitido por el jurado. Mas si el Juez no puede ajustarse al veredicto en su extensión y contenido, es preferible convocar a nueva audiencia con la intervención de nuevos jurados.

"Igualmente, de acuerdo al ordenamiento establecido en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, el veredicto debe limitarse al sí o al no, y las circunstancias pueden aclararse en forma corta o sucinta. Como los señores jueces de conciencia no están obligados a emplear términos jurídicos, ellos creyeron de buena fe que la buena conducta y la falta de antecedentes menguaban la responsabilidad del inculpado, por lo cual hay confusión en su contenido".

Después de citar una jurisprudencia de la Corte del año de 1974, concluye:

"En consecuencia, y de acuerdo a los anteriores planteamientos e interpretando el espíritu de la Corte Suprema de Justicia, el veredicto que se ha pronunciado en la causa contra Adán Orduz es atenuante, de acuerdo a la voluntad de los jurados, pero en estricto derecho, el señor Juez no le puede dar cumplimiento, por lo cual es indispensable que se ordene una nueva audiencia con jurados diferentes" (Fl. 251 del cuaderno principal).

El Juzgado acogió el veredicto del jurado y profirió la sentencia condenatoria que, apelada, fue confirmada por la del Tribunal, la cual es objeto del recurso que ahora se desata.

En su fallo dijo el Juez, respondiendo a los planteamientos del Defensor en cuanto a lo confuso de los términos del veredicto:

"Si nos fijamos en la pregunta, en el cuestionario que el juzgado sometió a consideración del jurado de conciencia, podemos notar sin mucho esfuerzo, que ese Tribunal popular le ha encontrado que Adán Orduz Chaparro es responsable penalmente de la muerte de Oscar Raúl Riaño Rodríguez, por ser el autor material de dicho delito; esta parte que es lo principal de la veredicción, concuerda en forma lógica no sólo con el cuestionario que se le puso en consideración

sino con la realidad procesal como lo hemos anotado anteriormente.

"El Jurado de conciencia, agregó una cuestión o mejor quiso expresar cierta benevolencia con el procesado y por eso dijo: 'a la mitad del tiempo por no tener antecedentes judiciales', esta proposición agregada por el jurado de conciencia ciertamente que ninguna relievancia tiene sobre el aspecto principal del cuestionario, cual es el de la responsabilidad, claramente el jurado ha dicho que 'sí es responsable', entonces la segunda parte de su respuesta no se debe tener en cuenta, ya que lo atinente a imposición de la pena es aspecto que corresponde al Juez de derecho, en ello el jurado de conciencia, no tiene ninguna ingerencia en la aplicación de penas; es quizás en el caso presente una sugerencia al Juez de derecho, sugerencia que desde luego no tiene por qué ser acogida ya que no debe considerarse como cuerpo fundamental de la veredicción. En este caso el jurado de conciencia ha definido tanto la materialidad del hecho como la responsabilidad de su autor, que era precisamente lo que se le preguntaba en el cuestionario que el Juzgado puso a su disposición, la segunda parte aludida por el señor defensor, en realidad de verdad no es una circunstancia modificadora o atenuante de la responsabilidad penal que el jurado de conciencia reconoció en cabeza de Adán Orduz Chaparro"... "Resumiendo entonces, todo lo anteriormente expuesto debemos concluir, con que el veredicto emitido por el jurado de conciencia resulta obligatorio en cuanto a responsabilidad se refiere, y por tanto debe ser acogido como base para dictar la sentencia condenatoria que en derecho corresponda".

Al individualizar la sanción dijo el Juez:

"La cantidad de pena antes indicada deberá tomarse en su mínimo, en razón de no registrar el acusado circunstancias indicativas de mayor peligrosidad, y en cambio obra en su favor el no tener antecedentes jurídico-penales y no existe en su contra declaración de mala conducta lo cual puede constituir circunstancia de menor peligrosidad" (Fls. 267, 268 y 269 del cuaderno principal).

Ya en la tramitación de la segunda instancia sí solicitó el defensor ante el Tribunal la nulidad de la actuación procesal a partir de la audiencia pública, por las mismas razones que ahora alega en casación, a las que agregó en aquella oportunidad la descalificación de uno de los jurados de conciencia en consideración a su avanzada edad y a su ignorancia (Fls. 6 a 8 del cuaderno número 6).

El Tribunal rechazó la nulidad por estimarla carente de apoyo jurídico y probatoria, según los razonamientos consignados en el fallo a ese respecto.

La demanda

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia, los cuales se ubican, respectivamente en las causales segunda y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo. Nulidad por violación del derecho de defensa.

Lo hace consistir en que, al no haberse atendido por el Juez la petición de aclaración del veredicto, confuso en sus términos, se violó el derecho de defensa. En sustento cita y transcribe jurisprudencia de la Corte.

Segundo cargo. Falta de concordancia entre la sentencia y el veredicto del jurado.

Lo expone y fundamenta de la siguiente forma:

"El veredicto, como se ha anotado antes, es confuso, por cuanto habla que el sindicado es responsable a la mitad del tiempo, lo cual no concuerda con ninguna figura jurídica; por otra parte el veredicto entraña en su parte principal la idea de un atenuante, o de una rebaja que no fue expuesta claramente por el *juri*. De todas maneras, al haberse aceptado la parte favorable del veredicto, la condena hubiera sido a cuatro años de prisión y no a ocho, se violó entonces la norma consagrada en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal".

Tercer cargo. Nulidad por inexistencia del acta de la audiencia pública.

Afirma el recurrente que quienes intervinieron en la audiencia no firmaron la correspondiente acta, ya que lo que suscribieron fue una hoja en blanco para después ser confeccionada aquélla. En apoyo de su manifestación aludo a que más de la mitad del folio 242 del cuaderno principal y su reverso están en blanco y sostiene que otro tanto podrían decir los jurados de conciencia, el Fiscal, el apoderado de la parte civil y el mismo Juez.

Agrega que, aunque aparece en el acta la firma del Secretario, éste no asistió a esa diligencia.

Finalmente objeta el agregado final que contiene el acta en cuanto a que, enterados los jurados de la solicitud de aclaración del veredicto, manifestaron que no tenían nada que aclarar, lo que no ocurrió, tanto que ese hecho está actual-

mente a conocimiento de la Procuraduría para la correspondiente investigación de carácter disciplinario, según anexo que acompaña a la demanda. Por todo ello se violó el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal.

En razón de las tachas que formula a la sentencia pide que se case.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se infirme la sentencia acusada, pues los cargos formulados por el recurrente en contra de ella carecen de fundamento.

Empieza por anotar que faltan precisión y claridad en la demanda y que las argumentaciones del libelista se reducen a simples afirmaciones y a la exposición de particulares opiniones sin fuerza de convicción.

Responde en forma conjunta los cargos primero y tercero por cuanto en ambos se refiere fundamentalmente el censor a un mismo presupuesto, o sea la inexistencia del acta de la audiencia pública, y también porque en los dos se trata de estructurar una nulidad invalidante de la setencia, en el primero por violación del derecho de defensa y en el otro por la ausencia, jurídicamente hablando, de la referida acta.

Dice el Procurador que la circunstancia de que entre el folio en que concluye el texto del acta y aquel en que aparecen las firmas exista un amplio espacio en blanco, no demuestra por sí sola la aseveración del recurrente de no haber sido firmada el acta por quienes intervinieron en la audiencia, pues no existe alguna otra actuación a la cual pudiera referirse o atribuirse esas firmas.

Recuerda, además, el representante del Ministerio Público que al folio 250 del cuaderno principal se encuentra "un memorial del señor defensor presentado varios días después de celebrada la audiencia sin que observe hasta ese momento ninguna irregularidad en el procedimiento, sino que, por el contrario, hace mención al veredicto para solicitar se interprete en determinado sentido, con lo cual demuestra su conformidad con la actuación efectuada hasta ese momento".

Respecto de las otras afirmaciones del actor referentes a que no se sometió a los miembros del jurado la aclaración por él solicitada y que el que aparece firmando el acta como secretario no concurrió a la diligencia, dice el Procurador que "es lógico pensar que de haber ocurrido tales hechos la actuación inmediata del señor defensor hubiera sido la de tachar de falsedad, el acta y no mostrarse acorde con ella, como se presume de su actuación".

En lo atinente al cargo por no haberse sometido a consideración del jurado la solicitud de aclaración del veredicto, expresa el Procurador que, de haber ocurrido así, en nada afectaba la integridad del debido proceso ni conculcaba las garantías fundamentales de que debe gozar el procesado, pues entre las atribuciones del Juez como Presidente de la audiencia está la de resolver sobre las peticiones de las partes, y si él estimó que la veredicción era clara no estaba en la obligación de requerir del jurado una innecesaria precisión.

En relación con el segundo cargo, después de tildarlo de ambiguo pues podría ser ubicado bien en la causal segunda o ya en la tercera, dice el Procurador Delegado que la interpretación que del veredicto hicieron los juzgadores en las instancias "es la más ajustada a la lógica pues su tenor literal no daba lugar a dudas". Anota que en su respuesta afirmaron los jueces de conciencia la responsabilidad del procesado, que era la cuestión primordial que se incluía en el cuestionario. El resto de la veredicción consigna una circunstancia de atenuación punitiva por carecer el procesado de antecedentes judiciales, la que, entre otras cosas, tuvieron en cuenta los juzgadores, a quienes incumbe la individualización de la pena, pues la impusieron al sindicado solamente al mínimo de la pena aplicable.

Para el Procurador, "si la voluntad del jurado se hubiera inclinado por una modalidad del homicidio que favoreciera más al procesado, le hubiera bastado con acoger alguna de las respuestas insinuadas por el señor defensor en la audiencia pública".

En consecuencia, el alcance que se dio al veredicto es el indicado y entre él y el auto de proceder y la sentencia existen la armonía y conformidad que demanda la norma que considera el actor violada.

Consideraciones de la Corte

Los cargos primero y tercero pueden ser contestados simultáneamente por cuanto, sustancialmente, son unos mismos los hechos en que se sustentan e idéntica la finalidad que con ambos se persigue. En efecto, sobre los supuestos de que el acta de la audiencia pública no ha sido firmada, de que el secretario que aparece suscribiéndola no asistió a la diligencia y de que

fue desatendida la solicitud de aclaración del veredicto, pide el recurrente la nulidad de la actuación a partir de la audiencia inclusive. Se procederá, por tanto, a responderlos conjuntamente.

Contra la realidad que presenta el expediente del texto de un acta con las correspondientes firmas de los intervinientes en la diligencia de audiencia pública que se celebró dentro de este proceso, el censor aduce sus propias afirmaciones en cuanto a que ello no ocurrió así, sino de distinta manera y pone de presente que denunció disciplinariamente ese hecho ante la Oficina de la Procuraduría en Sogamoso.

Se cae de su peso que para pretender la infirmación, nada menos que de las actuaciones procesales más sobresalientes llevadas a cabo en este juicio, se precisa aportar algo más que simples afirmaciones.

Pero aún aceptado que los hechos hubieran ocurrido como lo dice el recurrente, esto es, que todos dejaron de una vez firmada la que debía corresponder a la última hoja del acta, a fin de que la redacción de su texto completo se efectuara después por la Secretaría del Juzgado, ello no constituye causal de nulidad, sin que deje de ser grave irregularidad, ya denunciada por el procesado a la Procuraduría.

El artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, dispone que de todo lo sucedido durante la audiencia, el Secretario extenderá un acta debidamente detallada que firmarán el juez, el secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella. Antes de firmarla, será leída a los que deban suscribirla; si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, así lo hará constar en el acta.

Este precepto se refiere a tres aspectos fundamentales, a saber: La obligación de elaborar un acta de toda la audiencia pública, el contenido de la misma, y el derecho de las partes a formularle observaciones, para lo cual se ordena su lectura a quienes deban suscribirla.

Y esa acta tiene, además, la finalidad primordial de dar fe de la realización de una actuación procesal indispensable para el juzgamiento como es la audiencia pública, la que debe llevarse a cabo con intervención de los sujetos procesales, y en la cual debe analizarse el cargo formulado al procesado en el auto de proceder y deben ser escuchados los planteamientos de las partes respecto de él, y si se trata de audiencia con jurados debe formularse a éstos un cuestionario y ellos deben dar respuesta al mismo, que viene a ser la veredicción.

El recurrente no pone ni siquiera en duda la realización de la audiencia pública, ni objeta el contenido del acta, excepto el agregado final en cuanto afirma que el jurado fue requerido en aclaración del veredicto y manifestó que nada tenía que aclarar, ya que, según el defensor, esto no ocurrió, pues el juez se negó a hacer esa consulta a los jueces de conciencia por estimar claros los términos de su respuesta.

Basta leer el acta de la audiencia para deducir que ella fue redactada con fundamento en los apuntes tomados de las intervenciones de todos cuantos actuaron en la diligencia. Allí están incluidas las respuestas que tanto el fiscal como el representante de la parte civil y el defensor sugirieron a los jurados respecto de la pregunta contenida en el cuestionario. Y allí está inserta la contestación del jurado, la misma a la que reiteradamente se ha referido el defensor, no para desconocerla, sino para objetarla por confusa.

En relación con las respuestas sugeridas por el defensor, conviene destacar que son las mismas que él transcribe como propias en su escrito de demanda de casación (Fls. 242 y 246 del cuaderno principal y 8 del cuaderno de la Corte).

De tal suerte que, aún aceptando el supuesto de la demanda, se tendría que lo único a que renunciaron las partes fue a la lectura del acta, pues anticipadamente admitieron el que habría de ser su contenido, al firmar previamente, sin coacción de ninguna especie como hay que suponerlo, pues de haber existido renuencia de algunas de ellas a ese procedimiento bien pudo haberse negado a firmar, lo cual no sucedió. Agréguese a lo anterior que el defensor y ahora recurrente aceptó el contenido del acta en su integridad, pues en el escrito presentado al Juzgado del conocimiento a manera de alegato de conclusión previo a la sentencia, en nada lo objetó, ni pidió la nulidad de la audiencia, sino que partió de la premisa de su validez al ocuparse únicamente de objetar el veredicto proferido en ella, buscando que se le dejara sin valor y se convocara a nueva audiencia (Fls. 250 y 251 del cuaderno principal). Luego, no niega que se celebró la audiencia pública; asistió a ella; participó en la misma explicando la conducta de su defendido, haciendo diferentes planteamientos explicativos de la misma y formulando diversas respuestas al cuestionario; y, finalmente, acepta que se pronunció una veredicción cuyos sentido y alcance controvierte.

Las censuras que formula el recurrente en sus cargos primero y tercero no están erigidas en causales de nulidad de carácter legal, ni constituyen vicio de índole constitucional.

Lo que eleva a la categoría de nulidad el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 210, numeral 4º, es el no celebrar la audiencia pública o el efectuarla en día y hora diferentes de las señaladas.

Esa causal no se presenta en este caso, pues para la vista pública en el presente proceso se señaló previamente fecha y hora de iniciación de la audiencia y efectivamente se llevó a cabo dentro de esas prescripciones (Fls. 236 y 238 a 243 del cuaderno principal). Además, el recurrente no ha puesto en duda en momento alguno ese hecho procesal.

Respecto de la inexistencia del acta, el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, dice que ella ocurre cuando "falte la indicación de la fecha, y el lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ella", hipótesis que tampoco se registran en este caso.

Volviendo al precepto contenido en el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, las firmas del juez y del secretario que él exige en el acta, tienen el primordial objetivo de ser garantes de la autenticidad de la misma, de dar fe de que lo dicho allí efectivamente sucedió, y secedió de esa forma.

Pues bien, el juez que presidió la audiencia, que fue el mismo que profirió el fallo, no solamente no ha puesto en duda la existencia del acta y de su contenido, sino que con amplitud se refiere a ellos en la sentencia como puede verse a folios 260 a 263 del cuaderno principal.

Finalmente, el acta de la audiencia pública recoge la afirmación de que, ante la opinión del defensor en cuanto a que el veredicto no era claro y el concepto del juez en contrario, éste expresó que si los jurados tenían que aclarar algo lo hicieran, habiendo manifestado ellos que nada tenían que aclarar.

La existencia de esta constancia, redargüida hasta ahora por el defensor únicamente con afirmaciones suyas, relevaría de mayores consideraciones en la respuesta a la censura que formula con fundamento en su pretendida falsedad.

No obstante, conviene señalar que aún en el supuesto de que lo aseverado por el defensor fuera cierto, esto es, que efectivamente el juez no hubiera sometido a la consideración de los jurados la petición de aquél sobre aclaración del veredicto, ello no entrañaría nulidad ni conculcaría el derecho de defensa.

Ninguna norma establece de manera precisa la obligación por parte del juez de solicitar a los jueces de conciencia claridad sobre los puntos oscuros de sus respuestas.

Esa posibilidad ha de entenderse comprendida dentro de las amplias facultades que el Código de Procedimiento Penal otorga al juez en su artículo 512 al encomendarle la dirección de la audiencia pública, entre las cuales está la de "aceptar o rechazar, según su conducencia, las peticiones o interpelaciones propuestas por las partes". Pero es ella, como fácilmente se advierte, una facultad o potestad del juez, de tal manera que si él aprecia, como parece haber ocurrido en el presente caso, que no es procedente la petición, puede denegarla.

Si el juez no accedió a la solicitud del defensor, como éste lo afirma en contra de lo que dice el acta, fue por cuanto encontró claro el veredicto, y así lo evidenció en el fallo al analizarlo y acogerlo.

Una tal negativa no está erigida en causal de nulidad, ni quebranta o mengua el derecho de defensa, pues existen correctivos contra las fallas de los veredictos, como son la declaratoria de contraevidencia o de contradicción de los mismos, y a ellos acudió el apoderado del procesado, y ahora recurrente, en su memorial ante el Juzgado de conocimiento, al que ya se aludió, así no los hubiera denominado de esa manera. Y a ellos está acudiendo ahora en cierta forma cuando alega en contra de la sentencia con fundamento en el cargo segundo.

En el decurso del proceso y particularmente en la audiencia pública, ejercitó ampliamente el apoderado el derecho de defensa en favor de su acudido, sin que le sea dado presentar como recorte del mismo la negativa de aclaración de un veredicto que el juez encontró innecesaria. Y esto, en el entendido de que ello hubiere ocurrido como lo afirma el defensor, pues el acta pregona lo contrario.

La censura no prospera.

Cargo segundo. Desacuerdo de la sentencia con el veredicto:

Esa falta de armonía entre el fallo y la veredicción pretende encontrarla el recurrente en la individualización de la pena impuesta a su defen-

dido, ya que si el veredicto afirmó una responsabilidad a la mitad de la sanción, a éste debió habérsele señalado 4 y no 8 años de prisión.

Adán Orduz Chaparro fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio en su tipo básico, y el cuestionario interrogó al jurado en forma acorde con el enjuiciamiento sobre la responsabilidad de aquél por ese hecho. Estos fueron los términos de la pregunta al Juri: "El procesado Adán Orduz Chaparro... es responsable sí o no de haber dado muerte, con intención de matar, a Oscar Raúl Riaño Rodríguez".

Al responder los jueces de conciencia que "sí es responsable a la mitad del tiempo, por no tener antecedentes judiciales", afirmaron la materialidad del hecho y la responsabilidad de Orduz, o lo que es lo mismo, profirieron un veredicto de condena.

Lo que le agregaron a su respuesta afirmativa no le quita solidez a ésta, ni hace difícil ni menos imposible desentrañar el verdadero sentido y alcance de la integridad del texto:

El jurado, después de encontrar responsable al procesado de la muerte de Riaño, aboga por una consideración en la pena que habrá de corresponderle, seguramente movido por la juventud del homicida, por su limpia trayectoria, y por las circunstancias que rodearon el hecho, ocurrido dentro de un marco de esparcimiento caldeado por el licor.

Hasta allí la intención del jurado, pues si hubiese querido reconocer una modalidad modificadora de la responsabilidad de Orduz Chaparro, habría recogido, como lo recuerda el Procurador, cualquiera de las que propuso y explicó su defensor. El acta de la audiencia alude a ellas y éste se refiere a las mismas en los siguientes términos en su demanda de casación: "Dentro de la audiencia pública por espacio de más de tres horas, expliqué a los jurados de conciencia, las circunstancias del hecho y por tal motivo les formulé mis peticiones que obran al folio 246 en la siguiente forma: Principal: 1º No es responsable por falta de prueba. Subsidiarios: 1º Sí, pero en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación. 2º Sí, pero en riña imprevista, y por un hecho subsiguiente, ajeno a la voluntad del sindicado" (Fl. 8 del cuaderno de la Corte).

El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa que los jurados deben contestar el cuestionario "con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". Y el artículo 534 del mismo estatuto dice que "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al juez de derecho".

Como es fácil advertirlo, estas dos normas deslindan claramente las órbitas de competencia del juez de derecho y de los jueces de conciencia.

Como el agregado contenido en el veredicto alude a una circunstancia de atenuación punitiva, su calificación y apreciación compete al juzgador de derecho e hizo bien éste al entenderlo así y tener, por tanto, la respuesta del jurado como simplemente afirmativa de responsabilidad. Ya al individualizar la sanción y encontrar que efectivamente el procesado no registraba antecedentes delictivos ni policivos, atendió a ese factor para fijar el mínimo de la pena imponible, haciendo uso de una facultad que era suya (Fl. 269 del cuaderno principal).

En esas condiciones el fallo se armoniza con el veredicto y éste con el auto de llamamiento a juicio, sin que se advierta el desconocimiento que predica el recurrente respecto del esquema lógico que constituyen esos tres trascendentales actos procesales.

No se ha infringido, por tanto, el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, ni se ha dado lugar, por lo mismo, a la causal de casación a que se refiere el numeral 2º del artículo 580 de ese estatuto.

El cargo no prospera.

Con fundamento en 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, y de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia impugnada.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

En guarda de la imagen de una justicia alejada de cualquier fundada sospecha de parcialidad emotiva, es prudente esta medida.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 5 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 76.

Vistos

Solicítase concepto de la Corte sobre cambio de radicación del proceso adelantado por el Juzgado Tercero Superior de Ibagué, contra Rafael Morantes Daza, por delito de homicidio.

Resultandos y considerandos

1. El señor agente del Ministerio Público reclama el cambio de radicación con fundamento en que la víctima del delito imputado a Morantes Daza es hijo del actual Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Ibagué, doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo, situación ésta que le permite concluir "que los jueces de este Distrito no cuentan con la serenidad, objetividad, ecuanimidad, y desprevención que demanda la recta administración de justicia".

2. De acuerdo con información del Juzgado Tercero Superior de Ibagué, mediante providencia del 24 de agosto pasado, se llamó a juicio al procesado Morantes Daza como autor de homicidio culposo en la persona de Fernando Iván Villegas Rodríguez, determinación que fue apelada por su defensor.

3. Hay constancia de un impedimento manifestado por el Magistrado Jaime Leguizamón cuando el proceso en cuestión fue por primera vez al Tribunal en el mes de mayo anterior; su causa es la falta de equilibrio, serenidad e imparcialidad para intervenir como juzgador de unos hechos cuya víctima es hijo de su amigo y compañero de Sala, Villegas Restrepo.

4. *Ha dicho esta Sala que "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" (concepto de marzo 17 de 1981).*

5. *La investigación y fallo de un delito de homicidio, cuya víctima es hijo de un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal, por jueces y magistrados de ese mismo Distrito Judicial ligados al padre del occiso por vínculos de dependencia o amistad, pone en peligro la credibilidad social en una justicia recta e imparcial, aún en la hipótesis en que los juzgadores lograran sobreponer su objetividad de funcionarios judiciales al propio sentimiento de afecto y solidaridad. Por eso en situaciones como ésta, es prudente que sea en otro Distrito Judicial donde se continúe el juzgamiento en guarda de la imagen de una justicia alejada de cualquier fundada sospecha de parcialidad emotiva, tan explicable a la condición humana de los jueces, pero tan ajena a la solemne objetividad del ministerio judicial.*

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

Resuelve

Emitir CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

INDAGATORIA. SU RECEPCION

DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA. TERMINOS: ARTICULOS 434 Y 437 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Constituye pobre valoración que pretende y consigue explicar notorios desafueros, señalar que tales términos deben dejarse agotar en todos los casos de manera fatal e ineluctable, así el funcionario haya gozado de facilidades para intervenir más rápidamente. La facultad discrecional no equivale a atributo arbitrario, desprovista de toda posible regulación por fuera de la omnímoda y caprichosa voluntad del funcionario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 5 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 76 de 5 de octubre de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en auto de ocho de julio del año en curso, "*se abstiene* de iniciar sumario contra la doctora Lola del Río de Van Leenden, en razón de los comportamientos que le imputa el señor Argemiro Guzmán Ortiz". En el mismo proveído, recurrido por el denunciante se ordena expedir la copia pertinente para que la Procuraduría Regional resuelva si es el caso abrir proceso disciplinario contra la mencionada funcionaria.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, coincidiendo con los argumentos expuestos por el *a quo,* está conforme con la decisión apelada.

Hechos

Argemiro Guzmán Ortiz, quien actúa en la ciudad de Ibagué como gestor judicial, recibió cuatro cheques de Manuel López Llanos, posdatados, para asumir una obligación de su hijo Bernardo Antonio López G. El último de esos títulos valores, por la suma de quince mil pesos, fechado el dos de marzo de 1982, pero que los López afirman que debía cobrarse hacia finales de ese mes, fue negociado con Reinaldo Camacho. Este lo presentó para su cobro, pero fue rechazado por "cuenta cancelada". Vino, entonces, la correspondiente denuncia. Se produjo la ratificación y ampliación de la denuncia y se oyó en testimonio jurado a Manuel y Bernardo López. Estos dos declarantes aseveraron que, a principios de marzo, enteraron a Guzmán Ortiz que la cuenta había sido cancelada. Bernardo Antonio López y Guzmán buscaron a Camacho, pero no llegaron a ningún arreglo por la controversia suscitada con el abogado de éste. *El dos de abril* la juez acusada ordenó la captura de Guzmán Ortiz. El 14 se presentó un escrito en que Camacho declaraba haber sido totalmente indemnizado por Guzmán Ortiz y desistían del proceso. *El 15 de abril,* se dictó el siguiente auto: "De la anterior solicitud de desestimiento oportunamente se dará el trámite legal mientras el Despacho adelanta otras diligencias investigativas tendientes al esclarecimiento de los hechos". *En la misma fecha* se presentó voluntariamente Guzmán y fue encarcelado. *El 17* se le oyó en indagatoria. *El 20* se recepcionó el testimonio de Nelson Castro Celis, quien había recibido dos cheques endosados por Guzmán y girados por Manuel y Bernardo López, los cuales después de consignarse varias veces y ser devueltos por "fondos insuficientes", se cubrieron. *En auto de 21 de abril,* se resolvió la situación jurídica de Guzmán, del cual se predicó un delito de estafa, siendo excarcelado en virtud de lo dispuesto en los artículos 453-2 del Código de Procedimiento Penal y 374, Código Penal.

Guzmán Ortiz, afirma que buscó los servicios del doctor Fernando Paz Ayala, quien al pre-

sentarse al despacho de la juez, fue recibido de malas maneras, lo que no confirma este profesional. Buscado el doctor Danilo Botero Jaramillo, éste relata: "Yo fui y me entrevisté personalmente con la doctora Del Río y le dije que en mi condición de abogado del señor Argemiro Guzmán me iba a otorgar una representación en un negocio penal que se tramitaba ahí contra él y que como él por inconvenientes no había podido presentarse me rogaba el favor de decirle cuándo podía ir yo con el señor Guzmán para presentarse. Inmediatamente en forma descomedida me dijo: Con usted ya son tres los abogados que vienen aquí por esta misma cosa del señor Guzmán, lo que yo quiero es verle la cara y por lo tanto que venga. Yo le insistí de que como profesional me fijara una fecha y entonces me dijo que al día siguiente a las dos de la tarde. Efectivamente le comuniqué eso al señor Guzmán y a esa hora nos fuimos para el Juzgado que queda en la carrera 5ª. entre calles 16 y 17. Como la doctora no había llegado nos estuvimos esperándola en la parte de afuera del Juzgado o sea en el corredor y como a las dos y media de la tarde ella llegó y yo la saludé y me respondió el saludo y siguió hacia el despacho de ella. Entonces en compañía del señor Guzmán entramos a la Secretaría del Juzgado yo le dije a una empleada que tuviera la bondad de decirle a la doctora que ahí estaba el señor Guzmán listo para la diligencia. Ella penetró al Despacho, pero no regresó con ninguna razón. Al momento subió el doctor Castilla, que es Juez Quinto Penal del Circuito, atendió una llamada telefónica y volvió y salió del Juzgado. Luego subió al Juzgado el secretario del Juzgado Quinto Penal del Circuito cuyo nombre no recuerdo y penetró al Despacho de la doctora del Río. Don Argemiro Guzmán me comentó que ese secretario era enemigo de él por asuntos que habían tenido. Ahí se quedaron en el Despacho de la doctora el secretario y ella por más de una hora y me dí cuenta que llamaban por teléfono ellos y entonces yo le comenté al señor Guzmán que lo que creía era que lo iban a detener. Sin embargo le dije nuevamente a la empleada que le dijera a la doctora si nos iba a atender o no y ella fue y habló seguramente con ella con la doctora y regresó y me dijo que había que esperar. Seguimos esperando y aún permanecieron por más de una hora la doctora y el secretario ese hasta que llegó ahí al Juzgado un Oficial de la Policía y dijo que la patrulla estaba lista. Inmediatamente la doctora salió del Juzgado y se fue y ahí se quedó el Oficial a quien le estaban haciendo entrega de la orden para conducir al panóptico al señor Guzmán. Yo le dije que me iba hasta el penal a hablar con el jefe del penal para que no lo mandaran a los calabozos, ya que como el señor Guzmán se ocupa en actividades de cobros judiciales peligraba su vida. Como no estaba el jefe del penal, le dejé una nota haciéndole esa petición de que lo detuvieran en el patio denominado Jardines, lo que así hicieron. Al día siguiente en las horas de la mañana volví al Juzgado y la doctora estaba sentada ahí en la Secretaría y le dije que si tenía la bondad de decirme cuando le iba a recibir la indagatoria al señor Guzmán. En forma despectiva me respondió que yo conocía como abogado el Código de Procedimiento Penal y que oportunamente lo haría. Yo me fui y permanecimos averiguando, me parece que fue al otro día que llegamos a la diligencia de indagatoria y ahí el señor Guzmán me designó a mí como apoderado. Tan pronto terminó la indagatoria del señor Guzmán yo le pedí la palabra a la doctora para formularle una respetuosa petición para que le dejara en libertad provisional ya consideraba (sic) que no había méritos legales para que continuara detenido. Ella me concedió la palabra y cuando yo hacía ya parte de mi exposición me suspendió el uso de la palabra en forma intespectiva (sic) me dijo que no tenía más derecho al uso de la palabra. Yo le dije que le pedía en forma respetuosa considerar lo que estaba haciendo porque estaba negándole el derecho de defensa a un sindicado por parte de su defensor y que si ella no me dejaba terminar la exposición yo de inmediato me iría para la Procuraduría a quejarme por ese atropello. Ella se quedó un rato pensando y luego me dijo puede seguir. Yo seguí y terminé la exposición pidiendo la libertad provisional. Tan pronto terminé, ella dijo se le niega o niegan los pedimentos..." (Fl. 29 y Vto).

La señora Lucy Giraldo de Guzmán, al identificarse en el Juzgado "...escuché una voz detrás de una división ahí de mujer que era la doctora, que dijo que ella no tenía tiempo de oirme carajadas a mí; entonces le dije que fuera tan amable me pusiera la cara para poderle hablar y poder saber por qué estaba mi esposo en la cárcel, entonces me dijo que para eso estaba el abogado para que me informara y me dijo que ella misma había averiguado quién era yo porque tenía costumbre de hacer teatro en todas partes y llorando le dije que a mí nunca me había tocado que ver nada con la justicia y que le pedía el gran favor de que me diera una boleta para ir a ver a mi esposo y me dijo que fuera el sábado y eso si se le daba la gana dármela...".

El denunciante atribuye la hostilidad de la doctora Lola del Río, Juez Tercero Penal Municipal,

a un espíritu revanchista, ya que en proceso ejecutivo en el cual actuaba como contraparte su padre, el doctor Efraín del Río, no se allanó al desembargo de un vehículo automotor.

El Tribunal encuentra ajustada a derecho la conducta de la doctora del Río y de ahí que excluya la posibilidad de toda acción delictiva, principalmente el prevaricato y la detención arbitraria. Al respecto anota que como el cheque fue rechazado por cuenta cancelada, no era procedente el desistimiento, que podía influir en forma distinta, como en efecto ocurrió para la excarcelación, y más bien se trataba de una infracción como la "estafa", que daba lugar a la orden de captura. La presentación voluntaria del señor Guzmán no daba lugar a que de inmediato se le oyera en indagatoria y se ordenara su libertad atendiéndose la indebida alegación que hizo el apoderado, en tal diligencia. Por último, la definición de la situación jurídica se produjo dentro del término que la ley de procedimiento dispone para este cometido.

Textualmente comenta la Corporación: "La circunstancia de que una vez indemnizados los perjuicios ocasionados proceda la excarcelación, tampoco es óbice para que el juez no pueda privar de la libertad al sindicado con el fin de oirlo en indagatoria, pues el beneficio solo procede una vez se haya dictado el auto de detención. Esto no quiere decir que necesariamente deba de encarcelarse al sindicado para oírlo en instructiva, por cuanto ésta es una prerrogativa potestativa del juez.

"Para la Sala no se configura el delito de prolongación ilícita de la libertad porque no se oyó de inmediato en indagatoria al encartado y tampoco se le resolvió al finalizar su injurada la situación jurídica, porque si bien es cierto que transcurrieron dos días entre la encarcelación del sindicado y la recepción de su indagatoria, no lo es menos que la diligencia se cumplió dentro del término señalado en el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal. Igual cosa puede pregonarse del término transcurrido entre la indagatoria y la definición de la situación jurídica que no rebasó los términos del artículo 437 *ibidem*".

Consideraciones de la Sala

Las reflexiones del Tribunal muestran cierto apego a los textos legales. Pero la bondad de su interpretación es más aparente que real. Disposiciones como las que se citan en su proveído tienen la manifiesta finalidad de procurar un equilibrio de derechos y prerrogativas: de un lado, los que cuentan para un incriminado, que debe ser oído en indagatoria prestamente y con la misma celeridad y oportunidad decidirse su situación jurídica; y, del otro, los que corresponden al funcionario servidor de la justicia, quien por atender a diligencias urgentísimas en el mismo proceso o en otros expedientes, no logra evacuar simultáneamente todo el trabajo judicial. Cuando se afirma que la juez obró dentro de los términos legales, se parte de una realidad inicial, pero no se enuncia una verdad completa, ya que es necesario establecer un fundamental distingo, cual es el de precisar si pudo cumplir la indagatoria o la definición de la situación jurídica antes de vencerse el término máximo indicado por la ley, o qué motivos obraron para producir resultado diferente. Constituye pobre valoración, que pretende y consigue explicar notorios desafueros, señalar que tales términos deben dejarse agotar en todos los casos, de manera fatal o ineluctable, así el funcionario haya gozado de facilidades para intervenir más rápidamente. La facultad discrecional no equivale a atributo arbitrario, desprovista de toda posible regulación por fuera de la omnímoda y caprichosa voluntad del funcionario. Poderes de esta perjudicial índole las desconoce el derecho colombiano. Muy distinto es que estos términos se deban y puedan aplicarse conforme a las circunstancias para evitar que se exijan actuaciones más allá de la normalmente posible. Pero, se reitera, el carácter prudencial, se aviene y connaturaliza con la templanza, sensatez, buen juicio, moderación, discernimiento. Estas son las referencias jurídicas que enmarcan y calibran la bondad, rectitud y licitud de una conducta de esta especie. Nada más extraño a esta situación que el abuso, el desafuero, así se pretexte y aparente acatar la ley o ejercer una prerrogativa. Si así no fuera, la norma traicionaría su razón de ser, su espíritu noble y vital y patrocinaría injustificados retardos, demoras, desidias, negligencias, ocios, ausencias laborales y hasta malsanas intenciones, con daño visible para la libertad de una persona.

De modo, pues, que cuando se dispone de tiempo y medios para practicar una indagatoria o definir una situación jurídica, y no se actúa, se puede incurrir, por lo menos, en un abuso de autoridad y obviamente en sanción disciplinaria. Ahora, si esto sucede porque se ha querido causar agravio innecesario, expresar una malquerencia, humillar, deshonrar o perjudicar, la cuestión asume características más graves, reprochables y punibles.

Aquí no puede negarse la apertura de una averiguación contra la doctora Del Río, porque

su conducta es, en principio, muy sospechosa. Conviene advertir que Guzmán endosó un cheque, cheque que solo a la postre resultó de cuenta cancelada, pero que cuando lo negoció no tenía esta característica, tardíamente avisada; que intentó con el endosatorio arreglar el problema, más allá de las soluciones que los giradores aportaron en principio, pues nada dijeron al respecto a Camacho; que luego indemnizó totalmente los perjuicios, obtuvo un desistimiento y se presentó voluntariamente. Todas estas circunstancias rebajaban la gravedad del delito imputable a Guzmán, y ofrecían posibilidades para un tratamiento más justo que el dispensado por la juez. Esta, desde un principio mostró cierta inocultable animadversión. Lo dice la forma como fue atendido cuando el abogado, creyendo que se le recibiría de inmediato la indagatoria, lo presentó voluntariamente el día y la hora acordada con la juez; y lo pregona el trato dado a este profesional y a la esposa del incriminado.

Estos factores así como lo relacionado con el conflicto surgido en época anterior con el padre de la denunciada (doctor Efraín del Río) y con el secretario del Juzgado Quinto Penal del Circuito, de apellido Baquero, enemigo personal de Guzmán, a quien se le vio muy activo con la juez en el momento de la presentación voluntaria de Guzmán y cuando se diligenciaba la aparición de la Policía para conducirlo a la cárcel, corroboran el criterio expuesto.

La investigación debe abrirse porque hay motivos que recomiendan su apertura. Es imprescindible, para formarse un cabal juicio sobre la conducta de la denunciada, comprobar minuciosamente y de preferencia cuáles fueron las actividades judiciales que cumplió entre el 15 de abril del año en curso, desde las 3:30 de la tarde, hasta el veintiuno de abril de 1982. Esto permitirá advertir si por atender a otras ocupaciones no pudo despachar el proceso del señor Guzmán en este período, el cual no ofrecía notas de gravedad que aconsejaran extremar severidades.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, REVOCA el auto apelado y en su lugar ordena abrir proceso penal contra la doctora Lola del Río de Van Leenden, a quien como Juez Tercero Penal Municipal de Ibagué, le imputa acciones delictivas el señor Argemiro Guzmán Ortiz.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

IMPEDIMENTOS

ENEMISTAD GRAVE. NUMERAL 5 ARTICULO 78 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Es una enemistad calificada, profunda, que se traduce en odio y provoca en quien lo siente un "deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo"

La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 77 de 13 de octubre de 1982.

Vistos

El doctor Carlos Arturo Díaz Ramírez, Magistrado en la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, manifestó que se hallaba impedido para conocer en el caso de autos. Los restantes Magistrados que conforman la respectiva Sala de Decisión rechazaron dicho impedimento y ordenaron se remitiera el proceso a esta Sala en cumplimiento de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes y consideraciones

Es del siguiente tenor la sustentación que del impedimento hace el Magistrado para invocar la separación en el proceso donde se encuentra sindicado el señor Eduardo Contreras Salamanca por los delitos de falsedad y estafa, siendo denunciante el doctor Mario Jácome Sagra y parte civil el doctor José E. García Sánchez en representación de Otto Jerson Moreno Jurgensen:

"Como el doctor José E. García Sánchez, es el apoderado de la parte civil en el proceso de la referencia, sirve de motivación al impedimento, lo expuesto dentro del proceso penal que por denuncia del doctor Mario Jácome Sagra se sigue en contra del doctor Juan José García Rivera en su calidad, entonces, de Juez Cuarto Civil del Circuito, así:

"Los múltiples y variados incidentes que se advierten en este proceso y en otros varios que, a su lado, corren a la espectativa de una primera decisión final, sin ánimo de crítica, han conmovido el ambiente judicial de la ciudad. Parece que existe un ánimo preordenado a la acusación o denuncio contra los jueces y magistrados que resuelven una determinada situación en contra de las peticiones y anhelos de las partes, con especialidad de la interesada como la denunciante. Todo es prevaricato o abuso de autoridad si la decisión no favorece los intereses del grupo que conforman los doctores. Mario Jácome Sagra, Otto Jerson Moreno Jurgensen y su ilustre apoderado, doctor Jorge E. García Sánchez, de tan grata recordación para mi espíritu porque conocí y aún reconozco en él virtudes de poco logro por el común de las gentes y de los profesionales del derecho. Fue necesario tomar interés en un proceso civil que como un pulpo multiplicó sus fieras aristas, para que la mente sabia y el pensamiento bien estructurado del distinguido profesional, perdiera su serenidad, bajo la no extraña influencia de sus poderdantes y amigos.

"Si todos los procesos que del pulpo nacieron —cerca de quince— se pudieran leer como integrantes de uno solo, esa falta de serenidad afloraría, con la misma claridad como lo harían desafortunadamente actuaciones que podrían calificarse de amenazantes. Es insólito, por lo menos, aquella de interponer un recurso de ape-

lación, y, simultáneamente, denunciar por prevaricato o abuso de autoridad al juez que hizo el pronunciamiento de la segunda instancia. Y, también es insólito desistir del recurso apenas se conoce el correspondiente concepto fiscal adverso a la súplica del recurrente y dar por cancelada una amistad de estirpe casi familiar por esa causa. ¿En qué queda la serenidad del fallador si espera como es lógico —de confirmarse la decisión impugnada— un nuevo denuncio penal en su contra, similar al del juez que dictara la providencia de primera instancia?

"El Magistrado es ser humano y no puede ser indiferente, es decir, su ánimo no puede permanecer tranquilo, cuando en su contra y en contra de los demás Magistrados de la Sala, se formula un denuncio temerario como el propuesto por el señor Otto Gerson Moreno Jurgensen, dentro de la declaración rendida ante el señor Juez Cuarto Penal del Circuito, actuación que no le es indiferente al doctor Mario Jácome Sagra y al doctor José García Sánchez, de quienes puede decirse, sin sacrílega recordación, que son tres personas distintas y un solo pensamiento verdadero.

"Todo lo dicho iba atando causas que motivarían verdadera animadversión hacia el grupo y permanente desasosiego, fenómenos adversos que me impiden, moralmente, administrar justicia. La animadversión, es enemistad (Art. 78, Num. 5º del C. de P. P.)".

La Sala Dual no aceptó el impedimento elevado, aduciendo que, el Magistrado no acompañó al escrito copia de la denuncia que dice se le formuló, como tampoco existe constancia expedida por la Secretaría de la Sala Penal de la Corte en que se anuncie la radicación, las providencias dictadas y la vinculación del funcionario en mención. Y en cuanto a las demás partes que fueron involucradas por el Magistrado, agregan:

"...como inspiradoras de esa denuncia, haciendo girar a su alrededor toda su inconformidad y desasosiego subjetivo para la administración de justicia, las razones son las mismas, que se han expuesto anteriormente, de que móvil o causa determinante, que produce animadversión y enemistad no tiene consistencia, ni seriedad, en la objetividad de la norma en la cual se apoya, pues ella exige condiciones suficientemente explicativas. No es el concepto inspirado y formado con conjeturas, suposiciones y contingencias de las cuales no se transcribe ninguna demostración, ni se hace examen de ellas. La razón a que hace referencia la norma manifestada, es de más envergadura y de más fondo. No por lo tanto, para que un impedimento pueda estimarse y ser debidamente calificado, no basta simplemente con invocar la causal legal y afirmar escuetamente que se ha cumplido el hecho en que ella se funda, sino que quien se sienta impedido, explique de modo claro cuál es la situación real del hecho que le produce enemistad, pero que sea grave, no como la que da a entender el Magistrado, que es una simple animadversión, que le produce la enemistad...".

"El solo hecho de haber presentado denuncia contra un magistrado —caso presente no se ha demostrado— no alcanza hacer suficiente prueba de que existe enemistad entre el magistrado y el denunciante, ya que puede ocurrir, y esto ocurre en la mayoría de los casos, que el juez o magistrado se ponga por encima de esos brotes de humana flaqueza y no deje que su ánimo sea perturbado por ellos. Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, la enemistad, para que constituya causal de impedimento o de recusación, tiene que ser un sentimiento recíproco y tener suficiente gravedad para alterar la ecuanimidad del juzgador...".

Con apoyo en los resúmenes y transcripciones que anteceden se considera que acertaron los Magistrados de la Sala Dual al rechazar por infundado el impedimento que a su calificación propuso el tercero de los integrantes de la Sala de Decisión.

En efecto: asevera el magistrado en el escrito de rigor, y son sus propias palabras las que aquí se repiten, que siente "animadversión", o lo que es lo mismo "enemistad", para con un "grupo" de "tres personas distintas y un solo pensamiento verdadero" que aparecen en el proceso, y solicita, con base en el numeral 5 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal se le separe del conocimiento en el caso de autos.

De las tres personas que menciona habría que descartar de una vez al denunciante porque la ley no incluyó entre las causales de impedimento o de recusación los sentimientos de amistad íntima o de enemistad grave para con éste, a menos que se constituya en "parte procesal" (auto de 21 de marzo de 1950, G. J. T. LXVII, P. 214). Quedarían el presunto perjudicado ya constituido en parte civil y el apoderado de éste.

Para calificar una manifestación de impedimento no debe atenderse solamente a la petición que contiene, sino a los motivos que para apoyarla se consignan en el escrito correspondiente y a su cotejación con la disposición procedimen-

tal pertinente. Animadversión es enemistad como lo dice cualquier diccionario de la lengua que se consulte, pero como en el proceso penal no se trata simplemente de buscarle sinónimas a las palabras que utiliza la ley, resulta claro que por ninguna parte de la declaración de impedimento se halla una afirmación atendible sobre la calidad de "grave" que la dicha enemistad o animadversión debe revestir. Lo dicho porque la enemistad de que trata el numeral 5 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es una enemistad calificada, profunda, que se trasunta en odio y provoca en quien lo siente un "deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo", según lo ha dicho ya la jurisprudencia en forma copiosa.

Por otra parte, y es forzoso reconocerlo así, los que se aducen como hechos y motivos de enemistad o animadversión: posibles recusaciones sin fundamento o denuncias temerarias, interposición y desistimiento abusivos de recurso, etc., solamente constituyen prácticas criticables, "insólitas" las llama el Magistrado, sea que provengan de las partes reconocidas en el proceso, sea que las ejecuten sus apoderados. Esas prácticas insólitas, criticables y aún execrables bien pueden encontrar ubicación en las disposiciones penales que preven los delitos o en el elenco de faltas en que pueden incurrir los abogados y que aparecen en el Decreto 196 de 1971, pero no se ve con claridad cómo pueden generar una enemistad grave en el juez o magistrado que por razón de sus funciones las conoce y, bien puede decirse, las padece.

Además, buena parte de la declaración de impedimento la dedica su autor a elogiar al apoderado de la parte civil. Le llama ilustre, de mente sabia, pensamiento bien estructurado y dueño de virtudes que difícilmente logran las gentes comunes y los profesionales del derecho. Estas palabras van más bien con una amistad que aunque no revista características de intimidad sí puede nombrarse como "de estirpe casi familiar", como él mismo lo dice. Sólo así se explica que le reproche el haber perdido la serenidad y el haberse dejado llevar por la influencia de sus poderdantes y amigos. Un reproche implica reconvención o censura, pero no enemistad y menos aún enemistad grave.

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

Resuelve

DECLARAR infundado el impedimento manifestado en el caso de autos por el doctor Carlos Arturo Díaz Ramírez, Magistrado en la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

Notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

INMADUREZ PSICOLOGICA Y TRASTORNO MENTAL COMO FUENTES DE INIMPUTABILIDAD

Lo que importa en estos casos no es el origen mismo de la alteración biopsíquica, sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada

---

NULIDAD SUPRALEGAL

Cuando se reconoce nulidad supralegal por haberse emitido sentencia de condena a quien se consideró sujeto imputable, siendo inimputable, dicha nulidad se decreta a partir del auto de apertura a pruebas en el plenario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 77.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Carlos Antonio Rincón Montoya contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira mediante la cual se le condenó a la pena principal de diez años de prisión como responsable de homicidio en la persona de Alberto Valencia Vélez.

Hechos

Hacia las seis y media de la tarde del 5 de abril de 1981, un sujeto que luego fue identificado como Antonio Rincón Montoya propinó inopinadamente una cuchillada a Alberto Valencia Vélez cuando éste con su hermano Jorge Omar transitaban por la carrera 11 con Avenida del Ferrocarril de la ciudad de Pereira.

Actuación procesal

El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal dio comienzo a la investigación el 7 de abril de 1981; una semana después dictó auto de detención contra el sindicado Rincón Montoya; culminada la fase sumarial, el Juzgado Tercero Superior de Pereira profirió auto de proceder por delito de homicidio el 24 de julio siguiente; agotada la etapa probatoria, se efectuó la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, que emitió veredicto afirmativo de responsabilidad; mediante sentencia del 16 de diciembre del mismo año, el Juzgado condenó a Rincón Montoya a la pena principal de diez años de prisión, determinación que fue confirmada por el Tribunal el 8 de marzo de 1982.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal cuarta, el recurrente presenta cuatro cargos a la sentencia, así:

Primero. Se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues se notificó indebidamente el auto de proceder al sindicado, ya que en la diligencia respectiva aparece sobre el nombre de Carlos Antonio Rincón Montoya la firma de Darío Soto, sin explicación alguna de que esta

persona hubiese recibido notificación a nombre de aquel por no saber firmar; no está demostrado entonces que el procesado conociese el auto de proceder contra él proferido.

Segundo. Pese a que el procesado ha dado muestras de alteración mental —deducibles del desarrollo mismo de los hechos y de las contradicciones, vacíos y lagunas a él referibles durante la investigación— los funcionarios no dieron cumplimiento al artículo 411 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 335 *ibidem,* error que llevó a formulación de llamamiento a juicio como persona normal y a celebración de audiencia con intervención de jurado, cuando dado su trastorno sico-somático ha debido someterse a procedimiento distinto; de esta manera se incurrió en nulidad constitucional.

Tercero. Igual nulidad surge por no haberse observado las formas propias del juicio ya que al formularse el cuestionario a los jurados se omitió hacer explícita referencia a las circunstancias de ebriedad en que actuó el procesado, tal como el propio juzgador lo reconoce, omisión esta que trajo consecuencias en torno a su imputabilidad.

Cuarto. Nulidad de idéntica categoría y por las mismas razones encuentra el actor en el hecho de no haberse celebrado la audiencia sin la participación del jurado en razón de la alteración mental del procesado debido a la ingestión de alcohol.

Concepto fiscal

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de desechar el primer cargo por no haberse planteado en la oportunidad prevista por el mismo artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pide que se case la sentencia en cuanto considera que habiendo en el proceso elementos de juicio suficientes para suponer que Rincón Montoya actuó como inimputable, no se dispuso la práctica de reconocimiento siquiátrico, con lo que se violaron las formas propias del juicio. En cuanto al momento procesal a partir del cual cree que debe decretarse la nulidad, puntualiza lo siguiente:

"Tradicionalmente se ha decretado la nulidad a partir del auto que dispone el cierre de la investigación, de modo que las diligencias vuelven a la etapa del sumario para que allí se practique el experticio. Estima sin embargo, este Despacho, que en guarda del principio de conservación de los actos procesales, la nulidad solo debe decretarse a partir del que dispone la práctica de pruebas en el juicio, pues también dentro de la etapa de la causa se puede válidamente practicar el examen siquiátrico. Si de tal examen se acredita la imputabilidad del encausado, bastará con ordenar el sorteo de nuevos jurados para continuar la tramitación ordinaria; por el contrario, si del examen resulta la inimputabilidad del encausado, se ordenará la práctica de la diligencia de audiencia pública, sin jurado. No hay razón alguna para invalidar el auto de proceder, así en él se haya convocado a juicio con la intervención del jurado, pues esta precisión no obedece a un expreso mandato legal, y por cuanto si así fuera es suficiente que en un auto el juez disponga lo pertinente a fin de determinar el procedimiento que en adelante se seguirá".

Considerandos

Primer cargo. Aunque es verdad que al notificarse el auto de proceder no aparece constancia alguna de que el procesado hubiese manifestado que por no saber firmar rogaba a otra persona que en su nombre lo hiciese, sino que tal providencia se notificó a persona distinta de la llamada a juicio, lo cierto es que en ningún momento posterior tal nulidad se alegó, pese a que al procesado se le notificaron correctamente otras providencias, como la del auto que niega la libertad provisional por él reclamada (Fl. 105) o la que señala fecha para el sorteo de jurados (Fl. 106). Superado, pues, ampliamente el término que para alegar esta nulidad señala el propio artículo 210 con el silencio de los interesados, ella desaparece por ministerio de la propia ley. Por esa razón no ha de prosperar este cargo.

Segundo cargo. *Entiéndese por imputabilidad la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuricidad de su acción u omisión y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión; al primer aspecto del fenómeno dice relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su propio comportamiento y sin justificación legítima el interés jurídico penalmente tutelado por el tipo dentro del cual aquel se subsume; el segundo se refiere a la humana libertad para actuar en sentido antijurídico pudiendo y debiendo comportarse diversamente.*

Inimputable es, al contrario, la persona que al realizar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuricidad o de autorregularse de acuerdo con dicha comprensión por inmadurez sicológica, trastorno mental o fenómenos socio-culturales; la presencia comprobada de una cualquiera de estas fuentes

le impide al sujeto darse cuenta de que está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera haberlo lícitamente, o lo inhabilita para comportarse de manera jurídica o jurídicamente indiferente a pesar de percatarse de la ilicitud de su conducta. Esta condición personal del agente le impide actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional ya sea por falta de conciencia real o potencial de la antijuricidad de su acción u omisión, ora por ausencia de libertad para poder comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a alguien conducta típica y antijurídica a título de una cualquiera de estas formas de culpabilidad, ni deducirle responsabilidad penal concretable en la imposición de una pena. A este fenómeno así entendido se refiere el artículo 31 del actual Código Penal, con expresa mención de la inmadurez sicológica y del trastorno mental como fuentes de inimputabilidad.

El trastorno mental allí indicado es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectiva, volitiva o afectiva que le impide —como ya se advirtió— darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión. Puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica; pero también es posible que una excepcional y honda aunque pasajera conmoción emotiva que obnuvila la conciencia o una también transitoria, pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición, generada por ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes. Cuando del consumo de tales bebidas o sustancias se trata, el trastorno mental puede ser permanente si su asidua y prolongada ingestión ocasiona intoxicación crónica, o pasajera cuando en breve término se han ingerido dosis excesivas, o cuando un consumo aún normal de licor ha convulsionado el sistema nervioso central de una personalidad y a predispuesta, como ocurre en la llamada ebriedad patológica.

Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica, sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada. Para realizar tales comprobaciones es necesario disponer la práctica de peritaciones siquiátricas simpre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental; esa es la razón de ser del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. La importancia de su cumplimiento radica —como ya lo ha advertido esta Sala— en que reconocida la inimputabilidad del procesado a quien se le imputa conducta típica y antijurídica y a quien, por lo mismo, se le llama a responder de ella, despréndese dos consecuencias notables, a saber: "una de orden procesal, en cuanto la audiencia del plenario se hará siempre sin intervención del jurado aún respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que sólo podrán imponérsele medidas de seguridad". Por eso "cuando a sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen siquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario —con intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera— incúrrese en nulidad constitucional porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con pretermisión de las formas procesales legalmente preestablecidas" (casación de agosto 11 de 1981).

En el presente caso, como bien lo anota el Ministerio Público, la investigación suministra información suficiente como para suponer razonadamente que el procesado pudo haber actuado en situación de inimputabilidad; he aquí los datos que permitirían una tal suposición:

a) La inexistencia de aparente motivación en la comisión del delito;

b) La abundante ingestión de bebidas embriagantes durante el día de los hechos;

c) El habérsele hallado tres horas después del homicidio no muy lejos del escenario del crimen y aún con el arma utilizada (navaja) en la mano;

d) El testimonio del agente de policía que intervino en su captura y conforme al cual "parecía como enmarihuanado o empepado";

e) La desorientación témporo-espacial que evidencia en su indagatoria y en la diligencia de careo, y

f) Su reiterada afirmación de no recordar el homicidio que se le imputa.

Resultaba, entonces, imperioso —y aún lo es ahora— la práctica de aquella diligencia pericial para tratar de descubrir la existencia o no de

trastorno mental en el procesado cuando dio muerte a Valencia Vélez y para verificar el actual estado de su personalidad. Como quiera que los jueces que intervinieron en este proceso no cumplieron con tan ineludible obligación y así pretermitieron una forma esencial del proceso en detrimento de la situación jurídica del condenado, deberá corregirse esta anomalía por el camino de la nulidad supralegal.

En cuanto al momento procesal a partir del cual debe decretarse le nulidad, la Sala encuentra razonable la posición del Ministerio Público. En efecto:

a) Al proferirse el auto de llamamiento a juicio no se había demostrado que Rincón Montoya hubiese cometido el homicidio en situación de inimputabilidad; lo que se dice ahora es que existían datos que permitían suponer esa posibilidad y que por eso debió disponerse peritación siquiátrica;

b) Tal experticio puede ser válidamente realizado en la etapa del juicio, pues aunque el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, enfatiza que lo haga la policía judicial o el instructor, no prohíbe que lo disponga el juez del conocimiento cuando de ello se percate en una fase ulterior;

c) Dispuesta la nulidad a partir del auto de apertura a pruebas, no se vulnera la esencia del debido proceso, ya que correctamente calificado el hecho punible que se le imputa al procesado, sucederá una de dos cosas: de la peritación siquiátrica ahora practicada se desprende que el procesado actuó como sujeto imputable (no se conforma la suposición del funcionario que decretó la nulidad) y entonces continuará la tramitación como venía desde el auto de proceder, con intervención de jurado, cuyos miembros deberán sortearse oportunamente; o de tal peritación se concluye que el procesado cometió el hecho en situación de inimputabilidad y entonces avanzará el plenario sin la participación del jurado hasta su culminación en una sentencia que, de no ser absolutoria, habrá de imponer medidas de seguridad al procesado. En ambas hipótesis se corrigió la irregularidad que dio origen a la nulidad decretada; se respetó la esencia del trámite procesal porque se juzgó con intervención de jurado a persona declaradamente imputable, o sin él a quien se demostró que era inimputable; no se desconoció el derecho de defensa del procesado porque no habiendo variado los cargos tuvo oportunidad de responder de ellos en el plenario, pudo pronunciarse sobre la peritación emitida, tuvo ocasión de alegar en su provecho como imputable o inimputable durante los debates de la audiencia pública y finalmente estuvo en condiciones de apelar de la sentencia y fundamentar ante el superior su criterio disidente;

d) No siendo, pues, indispensable para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa en esta nueva oportunidad decretar la nulidad desde el auto de proceder o desde el que cierra la investigación, y pudiendo una y otra garantías mantenerse incólumes si se toma aquella determinación a partir del auto que abre el juicio a pruebas, bien está que se opte por esta segunda solución que implica, además, notable economía de tiempo en el desarrollo ulterior del proceso. Así se hará en este caso.

No sobra agregar que las nulidades han de declararse con el criterio de corregir protuberantes yerros judiciales, pero procurando ocasionar los menores traumatismos posibles al decurso normal de la actuación procesal.

Formada esta determinación, resulta inoficioso examinar los otros dos cargos formulados a la sentencia por cuanto ellos están edificados sobre el supuesto de la inimputabilidad del procesado.

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

Resuelve

CASAR la sentencia recurrida en virtud de nulidad que se declara a partir del auto de apertura a pruebas de este proceso. Por intermedio del Tribunal Superior de Pereira, envíese el expediente al Juzgado Tercero Superior de aquella ciudad para que proceda de conformidad, con lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

Salvamento de voto

Reitero en esta oportunidad el criterio ya expuesto por mí en relación con decisión anterior

de la Sala (Proceso Rad. No. 26920), a causa de que, contra lo que opina la mayoría, considero que la solución que aquí se adopta quebranta principios fundamentales, universalmente reconocidos, en materia de nulidades.

Todo el régimen de las nulidades en materia penal, en efecto, está basado en el principio de que todas ellas deben ser declaradas, de oficio o a petición de parte, desde el instante mismo en el que el vicio se presenta y no desde cuando se les reconoce judicialmente; luego, si llegare a demostrarse que a tiempo de cometer el hecho el procesado no se encontraba "en condiciones de conocer y comprender (la) antijuricidad (de su conducta)" la declaración procesal de esa trascendental circunstancia, después de ejecutoriado el auto de proceder, debe producir, necesariamente, la nulidad de esa providencia, cuyas exigencias probatorias y requisitos formales son diferentes según que el procesado sea persona normal o enfermo mental y cuyo juzgamiento, según sea uno u otro el caso, debe motivarse y ordenarse allí mismo bien de conformidad con el Capítulo II, ya de acuerdo con el Capítulo III del Título II del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal.

Sigo estimando, además, que debidamente ejecutoriado el auto de proceder, pieza fundamental del juicio, de la que se ha dicho que es "ley del proceso", las consideraciones y determinaciones que en él se adopten no pueden ser modificadas, adicionadas o revocadas, como se afirma en el fallo de mayoría, por ninguna otra providencia posterior, salvo la sentencia.

Por último, considero que la prueba de la enajenación mental advertida en la causa afecta las bases mismas del juzgamiento, por el error consistente en haberse hecho la imputación a una persona probadamente inimputable, lo que inexcusablemente debe producir la nulidad del auto de proceder, situación que no se presenta cuando el procesado, estando sano para la fecha de la comisión del hecho, es luego atacado de grave anomalía psíquica, evento en el que no se produce nulidad alguna y para los cuales el propio procedimiento ha señalado los correspondientes remedios legales (Arts. 444 y 675 del Código de Procedimiento Penal y 98 y 99 del Código Penal anterior).

Por estas razones, salvo el voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

RECURSO DE APELACION

Sólo procede contra decisiones de carácter interlocutorio (y sentencias) emitidas en la primera instancia

---

RECUSACION. ARTICULOS 84 Y 85 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Debe presentarse por escrito ante el Juez o Magistrado que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funda; motivos éstos que deben ubicarse en alguna de las causales de que trata el artículo 78 del mismo Código

Si el Magistrado recusable, ya no se encuentra en el desempeño del cargo, resulta imposible su recusación porque no existe persona que deba responder de ella

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 77 de 13 de octubre de 1982.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de hecho que interpuso el apoderado de Juan de Jesús Páez Pulido en el proceso por homicidio en Víctor Julio Hernández León, cuya segunda instancia se tramita en el Tribunal Superior de Tunja.

Por la revisión del expediente se comprueba que mediante providencia de 29 de septiembre de 1981, el Juzgado Sexto Superior de Tunja sobreseyó definitivamente a favor del procesado ya nombrado y que por auto de 31 de marzo de 1982, el Tribunal Superior que conoció del caso por vía de consulta revocó, por mayoría de votos, dicha resolución y la trocó por un enjuiciamiento ante jurado.

Cuando el apoderado del procesado supo lo sucedido dirigió dos memoriales al Magistrado Sustanciador y por medio de éste a la correspondiente Sala de Decisión. En el primero, fechado el 16 de abril, solicita la nulidad del auto de proceder porque intervino en su adopción mayoritaria el doctor Numa Pompilio Hernández Moreno que siempre se declaraba impedido por amistad íntima para con él y en la presente ocasión se abstuvo de hacerlo. Considera el memorialista que por este aspecto existe "incompetencia del juez" como causal de nulidad (Num. 1 del Art. 210 del C. de P. P.), si se tiene en cuenta que no podía intervenir en el asunto el Magistrado nombrado y otro salvó su voto. En el segundo memorial, fechado el 17 de abril y dirigido al Magistrado Sustanciador, doctor Fernando Olarte Olarte, formula recusación en contra del doctor Hernández Moreno, por amistad íntima (Num. 5 del Art. 78 del C. de P. P.), pese a que como él mismo lo dice, para dicho momento el recusado no ejerce el cargo de Magistrado.

El Tribunal Superior de Tunja resolvió los dos memoriales en su providencia de 4 de junio siguiente. Negó la existencia de la nulidad alegada porque para la fecha del auto de proceder (31 de marzo de 1982), el doctor Hernández Moreno ejercía el cargo de Magistrado en la Sala Penal y no estaba separado del conocimiento. En lo tocante a la recusación consideró que ésta debía presentarse antes y no después de la intervención

del doctor Hernández Moreno en la solución del asunto y comoquiera que el procedimiento indica que la recusación debe proponerse ante el mismo funcionario a quien pretende separarse del conocimiento y éste dejó de ser Magistrado, el incidente no puede adelantarse, motivo por el cual lo adecuado es abstenerse de hacerlo.

El apoderado al notificarse apeló y el Tribunal en auto de 12 de julio le negó tal recurso por considerar que conocía del proceso en segunda instancia y no en primera y citó, para fundamentar su negativa, los artículos 32 y 33 del Código de Procedimiento Penal en sus numerales 3 y 1, respectivamente. Contra dicha providencia formuló el apoderado recurso de reposición y en subsidio pidió se le expidieran copias con miras a la interposición de un recurso de hecho para el caso de que se sostuviera la decisión que negó la apelación. Por auto de 23 de agosto se negó la reposición y se ordenó la expedición de copias.

En el memorial mediante el cual formula el apoderado su recurso de hecho y a manera de resumen que textualmente se copia, dice: "Como el honorable Tribunal no decretó la nulidad ni aceptó ninguna de mis peticiones, ni tramitó la recusación por las razones que en las providencias que en el Tribunal se leen, resolví apelar, pero el honorable Tribunal no me concedió la apelación y por tanto resolví interponer el recurso de hecho y por ello en este memorial lo estoy sustentando porque aspiro a que la honorable Corte, atienda mi súplica, se ordene conceder la apelación para que luego se ordene la tramitación de la recusación del honorable Magistrado doctor Hernández Moreno, o se declare la nulidad del auto de proceder firmado por un magistrado que evidentemente estaba impedido conmigo".

Sobre las bases antecedentes la Sala consigna las consideraciones y conclusiones que siguen, para demostrar que asiste toda la razón al Tribunal Superior de Tunja al negar el recurso de apelación alrededor del cual gira la controversia replanteada por el apoderado mediante recurso de hecho.

El artículo 203 del Código de Procedimiento Penal dispone que: "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". En un segundo inciso, agrega: "El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue el recurso de casación".

Bien pudo el legislador dejar de incluir en el cuerpo de la norma las palabras "de primera instancia" y el resultado habría sido el mismo, pues el recurso de apelación al cual se refiere sólo procede contra decisiones de carácter interlocutorio (y sentencias) emitidas en la primera instancia ya que tiene por objeto, como mecanismo de impugnación, obtener su revisión por el superior que no es otro que un juzgador de segunda instancia. Las apelaciones nacen en la primera instancia y se resuelven, terminan o agotan en la segunda.

La inclusión de las palabras que no se consideran necesarias para el cabal entendimiento de la disposición en cita le da, sin embargo, una mayor claridad y permite afirmar, con abundancia de razones, que cuando una providencia de segunda instancia tiene carácter interlocutorio, no por ello puede ser recurrida en alzada en vista de que no existe una tercera instancia en el procedimiento vigente. Yerra, en consecuencia, quien así recurre e inventa un trámite aquel que la concede o soluciona.

Se concluye, por estas razones, que obró bien el Tribunal al rechazar el recurso en el caso concreto (una petición de nulidad negada y apelada la providencia que la negó) pues actuaba en segunda instancia. Por lo dicho, tampoco puede prosperar el recurso de hecho tendiente a conseguir esa imposible apelación.

En cuanto a la protesta del recurrente porque el Tribunal se negó a darle curso a una recusación que interpuso, tampoco existe problema para encontrar bien fundamentada la inhibición que por este segundo aspecto se produjo.

Los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal, rigen todo cuanto se relaciona con los requisitos, plazo, forma, rechazo, aceptación y decisión de las recusaciones a jueces y magistrados. De dichas disposiciones se desprende, entre otros temas, que la recusación debe presentarse por escrito ante el juez o magistrado "que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde", motivos éstos que deben ubicarse en alguna de las causales de que trata el artículo 78 del mismo Código. El funcionario así recusado deberá manifestar si acepta o no "como ciertos los hechos en que la recusación se funda" y, según la posición que adopte, deberá cumplir con el procedimiento que para tales casos señala la ley con absoluta claridad y que se hallan consignados en las disposiciones que al principio se citan y en aquellas que reglan la mecánica del impedimento.

Es obvio que si el magistrado recusable, y este es el caso concreto que aquí se examina, ya no

se encuentra en desempeño del cargo, resulta imposible su recusación porque no existe persona a quien dirigirla. Tanto es así que el recusador se vio precisado a enviar el escrito correspondiente al sucesor de aquél con evidente ausencia de técnica en la proposición del incidente y para colocar así al nuevo magistrado en la imposibilidad total de dar una respuesta de aceptación o rechazo.

Lo anteriormente dicho sin contar con el hecho de que si mediante la recusación se trata de impedir que un funcionario resuelva determinado asunto por considerar que concurren en él una o varias circunstancias que deben inhibirlo y que no ha declarado, la recusación resulta improcedente cuando el pronunciamiento ya se produjo. En este último caso y si se piensa que el juez o magistrado debió impedirse y no lo hizo por estar animado de intenciones torcidas, cabe solamente el reproche de su proceder y la utilización de alguna de las vías disciplinarias o penales que permitan sancionar una posible falta o delito en su conducta. De donde se concluye, como lo hace el Tribunal con acierto, que la recusación debe presentarse "antes" de la acción judicial que se teme pueda obedecer a motivos distintos de los que inspiran una recta y sana administración de justicia, y no "después".

Resta decir acerca del tema que los antecedentes de inhibición por amistad íntima existen aquí y que no se puede hallar una explicación satisfactoria para que el magistrado dejara de manifestar su impedimento por última vez antes de cesar en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, el Tribunal expedirá copias de todo lo actuado en este fallido recurso de hecho y las enviará a la Procuraduría de Distrito, para que se investigue una posible falta de carácter disciplinario por parte del doctor Numa Pompilio Hernández Moreno. Esto sin perjuicio de que, adelantada la investigación dicha, pueda surgir base cierta para buscar una posible infracción de carácter penal, pues los análisis y razonamientos del apoderado así lo sugieren.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

ABSTENERSE de decidir sobre el recurso de hecho, planteado por el apoderado del procesado Juan de Jesús Páez Pulido, por carecer de competencia para ello, según razonamientos de la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD EN EL PROCESO PENAL. OBLÍGACION QUE IMPONE EL ARTICULO 477 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El fiscal habrá cumplido con su deber cuando habiendo examinado la realidad procesal que emerge del expediente, emite, fundamente su opinión sobre la determinación que considere ha de tomar el juzgador

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 77.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado contra el auto del 15 de julio pasado mediante el cual el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de declarar una nulidad.

Hechos

Sobreseído definitivamente Héctor Pérez Chamorro —ex Juez Distrital de Aduanas—, esta Corporación al revisar por consulta dicha decisión, la revocó y en su lugar lo llamó a juicio por delitos de falsedad documental.

Resultandos

Durante la fase del plenario, el procesado solicitó al Tribunal que decretase nulidad constitucional, por violación de los artículos 478 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Carta Fundamental, pues a su juicio el fiscal del Tribunal no rindió concepto de fondo luego del cierre de la investigación, ya que se limitó a pedir una nulidad. Cree el recurrente que ante ese hecho la Sala, después de que hubo resuelto negativamente la solicitud del Ministerio Público ha debido devolverle el expediente para que se pronunciara de fondo sobre el mérito del sumario.

En la providencia ahora recurrida el Tribunal sostiene que no se ha incurrido en nulidad alguna porque la omisión de las reglas señaladas en el artículo 478 del Código de Procedimiento Penal no constituye irregularidad sancionada legal ni constitucionalmente con nulidad, pues no está consignada como tal en el estatuto procedimental ni vulnera ninguna de las cuatro garantías deducibles del artículo 26 de la Constitución.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal opina igualmente que no se ha incurrido en nulidad; sostiene, en efecto, que a pesar de que la omisión de rendir concepto ante Corte, Tribunales y Jueces Superiores, es grave falta del Agente fiscal, el hacerlo para impetrar una nulidad —como ocurrió en este caso— es determinación ceñida a derecho, independientemente de la decisión adoptada por el funcionario judicial ante quien se rinde el concepto.

Considerandos

1. *El artículo 477 del Código de Procedimiento Penal, crea para el Ministerio Público ante Corte Suprema, Tribunales y Jueces Superiores una vez cerrada la investigación, el deber de estudiar el expediente "para que, de acuerdo con los hechos demostrados en el mismo, emita por escrito su concepto". El artículo 478* ibidem *se refiere al caso en que el Fiscal encuentra de su estudio procesal que se dan los requisitos probatorios para llamamiento a juicio del sindicado; sobre tal supuesto señala las exigencias formales del concepto, como una guía lógica para su adecuada presentación. El artículo 479* ibidem *se ocupa, en cambio, de la hipótesis en que la Fiscalía considera que no existiendo mérito para emitir auto de proceder, deba sobreseerse temporal o definitivamente al sindicado, según crea que haya de optarse por una u otra especie de sobreseimiento.*

Del examen conjunto de estas normas desprénde se que el Fiscal habrá cumplido con su deber

cuando habiendo examinado la realidad procesal que emerge del expediente emita fundadamente su opinión sobre la determinación que considere ha de tomar el juzgador; cuando crea que ella debe ser la de un auto de proceder o la de un sobreseimiento temporal o definitivo, procurará adecuar formalmente su concepto a las reglas indicadas en los artículos 478 y 479 del estatuto procesal penal. Pero bien puede ocurrir que del estudio realizado sobre el expediente se desprenda la existencia de fenómenos que, a su juicio, impiden uno cualquiera de aquellos pronunciamientos judiciales, como sería el caso de nulidades legales o constitucionales, prescripciones, muerte de algún sindicado o cualquiera otra causal que impida proseguir la acción iniciada, en cuyo caso no puede menos de solicitar que el juzgador tome la determinación correspondiente. Cuando el Ministerio Público actúa de esa manera, no solamente no ha incumplido con la obligación que le impone el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal, sino que ha ejercitado cabalmente su misión de representante de la sociedad en el proceso penal, que se concreta en acertada coadyuvancia a que se imparta recta y adecuada justicia.

2. Eso fue lo que hizo en el presente caso el Fiscal del Tribunal Superior en su concepto del 15 de julio de 1980 al indicar —con razón o sin ella— que el delito de prevaricato que se imputaba al sindicado había prescrito y que aparecía nulidad constitucional por no haberse vinculado al proceso a persona que consideraba por lo menos cómplice necesaria de los hechos investigados (Fls. 127/8). Mal podría exigírsele entonces que solicitara llamamiento a juicio o sobreseimiento del procesado y, consecuencialmente, que cumpliera con las prescripciones formales de los artículos 478 y 479 del Código de Procedimiento Penal.

3. Pero es que, además, cuando este proceso llegó a la Corte en consulta del sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal, el Agente Fiscal ante esta Corporación emitió el concepto a que se refiere el artículo 477 del estatuto procesal penal, en el sentido de pedir causa criminal contra el sindicado de acuerdo con los lineamientos trazados por el artículo 478 *ibidem*, opinión esta acogida por la Sala en providencia del 2 de mayo de 1981, que es actualmente ley del proceso, con lo que se cumplieron así las exigencias que ahora echa de menos el recurrente.

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

Resuelve

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifique y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

TECNICA DE CASACION

VIOLACION INDIRECTA

En los juicios en que interviene jurado de conciencia no es pertinente alegar como causal de casación la violación indirecta de la ley, porque los jurados deciden en conciencia, por íntima convicción sobre la responsabilidad del procesado, es decir, sin dejar constancia objetiva de la clase de prueba que los convenció, ni del análisis formal de la misma

La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 13 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 77.

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de casación legalmente interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Melquisedec Barreto Romero, a la pena principal de nueve años de prisión como responsable de homicidio en la persona de Raúl Mayorga Amórtegui.

Hechos

En las horas de la tarde del 22 de diciembre de 1979, Melquisedec Barreto Romero dio muerte con arma corto-punzante y con la aparente coadyuvancia de su hermano Flaminio y de Carlos Arturo Ruiz, a Raúl Mayorga Amórtegui, en el establecimiento distinguido con el número 11-41 de la carrera 12 de la población de Soacha, sin que al parecer el hecho hubiese estado precidido de altercado previo.

Actuación procesal

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Soacha inició el sumario respectivo el 27 de diciembre de 1979; semanas después ese mismo despacho profirió auto detentivo contra los hermanos Barreto y Ruiz Velosa. Cerrada la investigación, el Juzgado Veintisiete Superior de Bogotá, en auto del 11 de julio de 1980 llamó a juicio a los tres sindicados; a Melquisedec como autor material del homicidio y a los otros dos como "coautores materiales o cómplices necesarios"; apelada esta providencia, el Tribunal la revocó respecto de Ruiz Velosa y la confirmó en relación con los hermanos Barreto. En la audiencia pública los jurados respondieron afirmativamente el cuestionario referente a la responsabilidad de Melquisedec por homicidio voluntario y, negativamente el de su hermano. El Juzgado acató las veredicciones y concretó la responsabilidad de aquel en pena de nueve años de prisión y las accesorias de rigor. Apelada tal decisión, el Tribunal la confirmó en sentencia del 6 de noviembre de 1981, con la sola modificación de la pena accesoria, en cuanto le impuso suspensión y no pérdida de la patria potestad.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente formula tres cargos a la sentencia, así:

Primero. Quebrantamiento del artículo 362 del Código Penal, porque se condenó a Barreto por delito de homicidio cuando "el sindicado no tuvo la intención de matar, sino únicamente la intención de herir, pero en legítima defensa"; pretende demostrar su tesis con la afirmación de que su poderdante actuó para defenderse de Mayorga cuando éste lo atacó con un cuchillo.

Segundo. Sin invocar norma legal alguna supuestamente quebrantada, sostiene que hubo vio-

lación de la ley por apreciación errónea de las pruebas testimoniales que obran en el proceso; para apoyar su afirmación comenta varios testimonios y de allí deduce que no ofrecen fundamento serio de convicción y, por lo mismo, que no conforman la prueba plena para condenar que exige la ley.

Tercero. Violación de la ley (inciso 2º del Art. 580), por quebranto del "valor de los testimonios a los cuales no se les hizo un análisis profundo" sobre este cargo no ensaya demostración alguna.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera que la demanda adolece de protuberantes errores de técnica, pues el censor no señala el concepto de la violación, como que no precisa si ésta proviene de errores de hecho o de derecho. Agrega el Ministerio Público, que además, el recurrente pretende que se case una sentencia en proceso con intervención del jurado por violación indirecta de la ley, cuando tal planteamiento ha sido reiteradamente rechazado por esta Corporación, como lo recuerda con la transcripción de varios fallos. Consecuencialmente, pide que no se case la sentencia.

Considerandos

1. Aunque el enunciado del primer cargo parecería referirse a una violación directa del artículo 362 del Código Penal, anterior, su explicación muestra inequívocamente que el actor ataca, como en los otros dos cargos, el valor de la prueba tenida en cuenta para condenar; lo que en esencia está diciendo, pues, es que la prueba testimonial y la diligencia de reconstrucción no solamente no demuestran la responsabilidad del procesado en el homicidio por el que se le condenó injustamente, sino que indican que su cliente actuó en legítima defensa.

2. Pero en tal esfuerzo comete ostensibles errores de técnica, así: Plantea inicialmente una violación directa de la ley (Art. 362 C. P.), pero la explica como violación indirecta; enuncia violaciones indirectas de la ley sustancial y, sin embargo, no precisa en qué consisten tales violaciones, ni señala cuáles fueron las normas procesales quebrantadas; la demanda se reduce a un nuevo alegato de instancia en el que se estudia la prueba de conformidad con el personal criterio del actor.

3. *En su más reiterada y uniforme jurisprudencia la Corte ha sostenido que en los juicios en que interviene jurado de conciencia no es pertinente alegar como causal de casación la violación indirecta de la ley, porque los jurados deciden en conciencia, por íntima convicción sobre la responsabilidad del procesado, es decir, sin dejar constancia objetiva de la clase de prueba que los convenció, ni del análisis formal de la misma; en tales condiciones resulta imposible en casación cotejar analíticamente la prueba que obra en el proceso con la determinación conciencial de los jurados; y como los jueces de derecho —de primera y segunda instancia—, deben dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado a menos que encuentren contraevidencia ostensible de los hechos, tampoco ellos pueden adentrarse en el examen de la prueba, sino aceptar o rechazar el veredicto. Otra barrera infranqueable a la prosperidad de la violación indirecta de la ley sustancial en esta clase de procesos es la de que, de aceptarse esta causal de casación, la Corte tendría que dictar el fallo que deba reemplazar al impugnado conforme lo ordena el artículo 583, número 1º, Código de Procedimiento Penal, sentencia esta que debería emitirse en desacuerdo con el veredicto del jurado, con lo que la Corte estaría incurriendo por esta vía en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues, para corregir una supuesta ilegalidad de la sentencia recurrida tendría que incurrir en una real violación de la ley.*

Por tales razones no prosperan los cargos formulados.

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.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

RECURSO DE APELACION. TRAMITE. ARTICULO 466 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Esa disposición no está haciendo referencia al momento anterior a la concesión del recurso de alzada contra el auto detentivo, sino, como el epígrafe de la misma lo indica claramente, a la etapa posterior, es decir, cuando, una vez concedido el recurso, se trata de enviar el expediente a quién ha de resolverlo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 19 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta número 79.

Vistos

A virtud de apelación interpuesta por la parte civil contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Popayán, con fecha 1º de julio del año en curso por medio del cual sobreseyó definitivamente en favor de la doctora Libia María Agredo Pérez, conoce la Sala de este proceso por los presuntos delitos de prevaricato y detención arbitraria que se dijeron cometidos en su carácter de Juez Primero del Circuito Penal de Popayán.

Hechos y actuación procesal

Contra el denunciante y actual parte civil, doctor Luis Carlos Duque Marín, se presentó denuncia de carácter penal por delitos contra la libertad y el pudor sexuales, consistentes en haber ejecutado actos eróticos sobre las menores Marisol Jordán Mantilla y Zuli Adriana Solarte, ambas de nueve (9) años, en hechos que tuvieron lugar en la ciudad de Popayán el 22 de mayo de 1981.

Habiendo llegado el proceso en mención al Juzgado Primero Penal del Circuito a cargo de la doctora Libia María Agrego Pérez, ésta le recibió indagatoria el día 10 de junio del año mencionado, habiéndolo dejado en libertad, no obstante lo cual el 15 de ese mismo mes dispuso la captura del sindicado, la que se llevó a cabo al día siguiente, o sea el 16 de junio y de la cual se informó al Juzgado, por la Policía, mediante oficio que fue recibido en el despacho del mismo a las 5 y 10 de la tarde de ese mismo día. Al siguiente, la juez expidió boleta de retención contra el abogado Duque Marín advirtiendo en ella que quedaba privado de libertad "mientras se resuelve su situación jurídica", lo que vino a ocurrir el 19 del mes que se viene mencionando, fecha en que se dictó auto de detención contra el sindicado quien, ese mismo día, interpuso recurso de apelación, por medio de escrito en que, además, solicitaba que se le dejara retenido en las dependencias del DAS. Por auto de 20 del mes en cita, la juez le negó dicha solicitud y ese mismo día el abogado Duque Marín volvió a solicitar, también por escrito, que se cumpliera su detención en el lugar de trabajo, lo que, asimismo, le fue negado por auto de 22 de junio. En providencia fechada a 30 del mismo mes se concedió el recurso de alzada contra el auto de detención y como el auto fuera de "cúmplase", ese mismo día se remitieron las copias al Tribunal.

Es de advertir que, entre tanto, el sindicado Duque Marín había presentado recusación contra la juez la que no la aceptó, motivo por el cual se envió el original del expediente al Tribunal para que se dirimiera el incidente, lo que se hizo el 30 del mes que se viene mencionando (Fl. 158, Cdo. No. 1). Por hallarse tanto el original como las copias del proceso en el Tribunal, hubo de aplazarse la recepción de algunas pruebas solicitadas por el sindicado.

Este, en escrito de 21 de julio, había ya presentado denuncia de carácter penal contra la Juez, doctora Agredo por "privación ilegal de la libertad", haciendo consistir el delito en que,

después de haber sido indagado y a pesar de que con posterioridad a la indagatoria se había presentado al despacho de la Juez en los días hábiles siguientes a dicha diligencia fue capturado por su orden no habiendo en ese momento justificación para ello ya que solo tres días después de su captura se le dictó auto de detención.

Agrega que, además, la Juez denunciada cometió prevaricato por omisión, pues pese a que desde el 19 de julio se le notificó el auto de detención, solo el 30 del mismo mes se envió al Tribunal copia del expediente para que se surtiera el recurso de apelación que él había interpuesto contra dicha providencia, lo cual, en su concepto, configuró el delito que menciona por haberse retardado un acto propio de la función.

Antes de abrirse la presente investigación penal, el Tribunal dispuso una indagación preliminar en el curso de la cual se practicaron algunas pruebas, y se adujo a los autos copia del acuerdo de nombramiento de la doctora Libia María Agredo en el cargo que se ha venido mencionando.

Además, se trajeron copias de algunas providencias dictadas en el proceso por corrupción contra el denunciante.

Entre otras piezas se allegaron en fotocopia la orden de captura contra Duque Marín, firmada por la Juez, doctora Agredo Pérez y que lleva fecha quince (15) de junio de 1981 (Fl. 61), al igual que el informe de haberse logrado la misma y puesto el detenido a órdenes de la Juez, lo que se le comunicó, como se deja dicho, el 16 del mismo mes. También se trajo copia del auto de detención al igual que de las otras providencias que se dejan mencionadas en el primer aparte de ésta.

Abierta la presente investigación, se recibió declaración indagatoria a la doctora Libia María Agredo Pérez, diligencia en cuya parte pertinente manifestó que de las pruebas recaudadas en el proceso contra Duque Marín llegó a la conclusión de que se debía decretar la detención preventiva por lo cual giró la boleta de captura a virtud de la cual se le retuvo y a los dos días siguientes se dictó dicha medida. Y agrega: "giré dicha boleta de captura en virtud de la prueba recaudada y porque es un delito sancionado con prisión y no hay una norma expresa en el Código de Procedimiento Penal que diga en qué momento se puede girar una boleta de captura y en qué momento no se puede, inclusive la ley da cinco días para resolver la situación jurídica. Es posible que haya habido de mi parte una interpretación errónea de la norma que habla de la captura facultativa, entendiéndola, yo, que el juez puede hacer uso de esa facultad en cualquier momento, pero los errores, las interpretaciones y los criterios no son sancionados y menos penalmente, mi intención en ningún momento fue causar daños al sindicado ni limitarle su libertad o sea que hay ausencia absoluta de dolo en este procedimiento, tan es así que cuando me recusó no me declaré impedida porque no sentía ninguna animadversión hacia él, posteriormente lo hice porque se produjeron una serie de hechos y sobre todo la evidencia de que sí existía una denuncia temeraria en mi contra..." (Fls. 132 y 133 *ibidem*).

En cuanto a la acusación por prevaricato, afirma la indagada que en ese punto, o sea, haber retardado el envío de las copias del expediente al Tribunal Superior una vez apelado el auto de detención, se guió por las pautas trazadas por el Tribunal, pues en su criterio todo auto interlocutorio tiene que notificarse y surtirse su ejecutoria y que al día siguiente de ésta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, es cuando debe concederse la apelación, lo que ella hizo por medio de un auto de "cúmplase" o sea que las copias se enviaron de inmediato al Tribunal (Fl. 134).

En cuanto al cargo de haber obrado con ligereza que la hace el denunciante, manifiesta no ser cierto, pues se recibieron las exposiciones de las ofendidas y se practicaron los careos y la indagatoria.

Por auto de quince (15) de septiembre de 1981, el Tribunal *a quo* se pronunció sobre la detención preventiva de la doctora Agredo Pérez negándose, después de prolijo estudio tanto de las pruebas como en derecho, a adoptar dicha medida.

Con posterioridad a esa providencia se trajo a los autos copia de la decisión dictada por el mismo Tribunal, dentro del proceso seguido al actual denunciante y en que se resuelve la apelación interpuesta por éste contra el que decretó su detención preventiva, la cual es confirmada (Fl. 210 y siguientes).

También aparece la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán, al que pasó al proceso contra Duque Marín una vez que la actual acusada se declaró impedida. En ella dicho Juzgado, con fecha 29 de octubre de 1981, llamó al sindicado a responder en juicio por el delito contra la libertad y el pudor sexual en la modalidad de acto sexual violento. Allí mismo le con-

cede el beneficio de libertad provisional (Fl. 225 y siguientes).

Cerrada la investigación en este proceso y oído el Ministerio Público que pidió se sobreseyera, en forma definitiva, a favor de la doctora Agredo Pérez, el Tribunal profirió la providencia que es materia del presente recurso de apelación.

En la misma el Tribunal reproduce, como base primordial de su decisión, lo dicho por él en auto de quince (15) de septiembre, ya mencionado.

De ella hace parte el análisis de lo referente a la captura del denunciante Duque Marín, respecto a la cual el *a quo* considera que la doctora Agredo Pérez obró, como ella misma lo dice, sin dolo, lo que se deduce de que no había, en primer lugar, motivo para que actuara de otra manera y, en segundo término, no aparece en el presente proceso prueba alguna de que hubiera actuado dolosamente, aunque el Tribunal acepta que obró en forma no permitida por la ley.

Y por lo que hace a la notificación del auto detentivo y la posterior remisión del expediente al Tribunal para que se surtiera la apelación interpuesta contra el mismo, considera el que la sindicada obró correctamente porque si bien el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal prevé que, interpuesto dicho recurso, se concederá inmediatamente y las copias serán enviadas, en el acto, al superior, para esto último se está refiriendo al término que viene después de que la providencia de detención ha sido debidamente notificada, tal como lo ha hecho el mismo Tribunal y también el de Bogotá, según doctrina que transcribe.

De todo ello llega a la conclusión de que no se configuraron los delitos de detención arbitraria y prevaricato atribuidos por el denunciante a la doctora Agredo Pérez y, por ello, sobresee definitivamente en su favor.

En la presente instancia, el Procurador Primero Delegado Penal, solicita se confirme la providencia apelada en cuanto hace al delito de prevaricato, pero que, respecto al de detención arbitraria, se revoque el sobreseimiento definitivo y se llame a juicio a la sindicada.

Por lo que hace al primero, está en un todo de acuerdo con el *a quo* en cuanto a que el auto de detención debe notificarse previamente a todos los implicados y solo entonces, es decir, al terminarse las notificaciones, puede concederse la apelación, lo cual se hace por auto de cumplimiento inmediato, es decir, que las copias deben remitirse en el acto al superior.

Pero en relación con el otro delito considera que "en el caso a estudio la ley no faculta a un funcionario público para privar de la libertad a una persona, que estando gozando de ella, se le libra orden de captura y luego al correr de los días dictarle auto de detención".

Agrega que no es entendible la disculpa de la sindicada de haber actuado de buena fe y cometido, en esa forma, error al interpretar las disposiciones legales, pues estima la Procuraduría que la que regula la captura facultativa, o sea el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal "es clara y precisa no admite interpretación ninguna. Esa norma se refiere a la opción que tiene el juez para ordenar o no la captura de un presunto sindicado por delito sancionado con presidio o prisión, hoy solamente prisión, para efectos de la indagatoria y siempre que a juicio del instructor hubiera mérito para recibirla, más nunca para esperar a decidirle la situación jurídica, a menos que después de haber sido capturado, se tome el funcionario los días determinados en el mencionado artículo 437 del Código de Procedimiento Penal para tomar la resolución detentiva y éste no fue el caso que se le presentó a la sindicada, pues ya se dijo como el denunciante estaba en libertad, se le recibió indagatoria, continuó en ese estado, días después se le sometió a careos, luego el 15 de junio se ordenó la captura la que se cumplió al día siguiente y después de permanecer 3 días en el DAS se le dictó el auto de detención".

Por estas razones solicita, como se deja dicho, la revocatoria, en esta parte, del auto apelado para que, en su lugar, se llame a juicio a la inculpada por el delito de detención arbitraria.

Consideraciones de la Corte

Esta Sala comparte el criterio de los funcionarios que han intervenido en el presente proceso en cuanto a la interpretación del artículo 466 del Código de Procedimiento Penal sobre la forma como se procede cuando es apelado el auto de detención.

Dicha norma expresa:

"Artículo 466. Trámite para el recurso de apelación. La apelación contra las providencias que decidan sobre la detención o la libertad del procesado, salvo cuando la primera se decreta en el mismo auto de proceder, se tramitarán así:

"Interpuesto el recurso, se concederá a más tardar al día siguiente y en el acto se enviarán las copias al superior...

"Los autos que se dicten para conceder y tramitar este recurso no se notifican y serán de inmediato cumplimiento".

Esa disposición no está haciendo referencia al momento anterior a la concesión del recurso de alzada contra el auto detentivo sino, como el epígrafe de la misma lo indica claramente, a la etapa posterior, es decir, cuando, una vez concedido el recurso, se trata de enviar el expediente a quien ha de resolver sobre el mismo.

Eso implica que la etapa anterior a dicho momento, se regula por las normas ordinarias, entendiendo por tales, las que reglamentan, en todos los demás casos, la notificación de un auto interlocutorio, carácter que, sin duda alguna, tiene el auto por medio del cual se decreta la detención preventiva de un sindicado.

Esto permite, como lo ha advertido el Tribunal, que si son varios los detenidos, y algunos interponen recurso de apelación, no haya que decidir sobre éste en autos separados, sino que se dicte una sola providencia que lo conceda para todos, pero una vez que se ha terminado de notificarlos. Lo contrario, introduciría el caos en este procedimiento.

Lo mismo ocurre cuando sea uno solo el sindicado. Se le notifica en la forma prevenida por la ley. Una vez surtida esa notificación, se concede el recurso por un auto de cumplimiento inmediato y se remite el proceso al superior.

No sobra advertir, además, que si se interpone recurso de reposición no se podría proceder al envío del expediente al superior sin resolverlo. Lo que corrobora, también, lo que se viene sosteniendo de que solo después de surtidas las notificaciones del auto de detención, puede decidirse sobre la alzada.

Por lo que hace al cargo de detención arbitraria ciertamente aparece que se configuró, en este caso, dicho delito por el aspecto material o formal ya que la juez acusada no tenía facultad para ordenar la captura de Duque Marín, quien no se había mostrado renuente a concurrir al Juzgado cuando se lo citaba para practicar diligencias dentro del proceso que se le venía adelantando, lo cual hacía inaplicable el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal que exige la deliberada no comparecencia del citado.

Pero de todo el contexto probatorio y de lo manifestado al respecto por la doctora Agredo Pérez, aparece que ésta obró de buena fe al interpretar en sentido diferente la citada norma y que de su conducta está ausente el dolo o sea que falta el elemento subjetivo propio de la detención arbitraria y debe considerarse que no se estructuró tal ilícito.

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

Resuelve

CONFIRMAR la providencia apelada.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

DECISIONES ADOPTABLES POR AUTO DE SUSTANCIACION Y DE CARACTER INTERLOCUTORIO

El que una decisión adoptable por auto de sustanciación aparezca junto con otra de carácter interlocutorio, en una misma providencia, no implica el que la primera pierda su naturaleza y autonomía para incorporarse en la segunda, porque la diferencia entre las dos la establece la ley nítidamente

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 19 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 79 de 19 de octubre de 1982.

Vistos

El 6 de febrero del año en curso, el Tribunal Superior de Valledupar sobreseyó en forma definitiva al doctor Jorge Eliécer Soto Roca, Juez Promiscuo Municipal del Copey, por los cargos de prevaricato, detención arbitraria y abuso de autoridad. En un segundo punto de la misma providencia y en concordancia con lo dicho al final de la parte motiva ordenó la expedición de copias para la posible investigación de la falsedad en documento público que al mismo funcionario se atribuyó en la denuncia y que no se consideró conexa con las otras infracciones dichas.

El procesado solicitó reposición, y en subsidio apelación, únicamente en lo atinente al ordenamiento de compulsar copias porque consideró que lo relativo a la falsedad podía también resolverse en el sobreseimiento definitivo. El Tribunal que había sostenido la desconexión del cargo negó la reposición y concedió el recurso subsidiario de apelación (auto de 2 de marzo de 1982).

Insistió el procesado en solicitar reposición y subsidiariamente apelación con las mismas bases y argumentos y el Tribunal esta vez se abstuvo de darle curso a la nueva petición por considerar imposible una "reposición de reposición" (inciso 3º, del Art. 348 del C. de P. C.), si no se habían resuelto puntos nuevos en la primera, y ordenó el envío del proceso a esta Sala para que se surtiera el recurso de apelación ya concedido.

Tramitada la segunda instancia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que debe ser confirmado el auto impugnado porque en verdad el delito de falsedad incluido en la denuncia no fue investigado ni acerca del mismo se preguntó al procesado, a más de que con el ordenamiento de copias el Tribunal solamente cumplió con la obligación de que trata el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal y de conformidad con la potestad que le confiere el artículo 320 bis de la misma codificación.

La Sala decide de la siguiente manera:

El que una decisión adoptable por auto de sustanciación aparezca junto con otra de carácter interlocutorio, en una misma providencia, no implica el que la primera pierda su naturaleza y autonomía para incorporarse en la segunda porque la diferencia entre las dos la establece la ley nítidamente.

El ordenamiento de compulsar copias de piezas o de actuaciones del proceso para que aquel a quien van dirigidas decida, como funcionario competente, si se abre o no investigación penal con fundamento en ellas (Arts. 318 y 320 bis del C. de P. P.), es decisión que se toma mediante auto de sustanciación, pues al obrar de tal manera sólo se realiza "otro trámite de los que la ley establece para darle curso a la actuación" como lo dice el numeral 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de que tal actuación deba cumplirse por separado en expediente distinto del originario. No responde, por consiguiente, ni al concepto ni a los ejemplos

que de auto interlocutorio aparecen en el numeral 2 de la misma norma en cita.

En el caso de autos es claro que la providencia impugnada en cuanto en ella se ordena la expedición de copias, es de sustanciación y en cuanto sobresee definitivamente, interlocutoria. El sobreseimiento definitivo por determinados delitos no absorve el ordenamiento de copias para la investigación de otro. Ese sobreseimiento no ha sido apelado y no resulta consultable, pues las infracciones porque allí se procede no tienen asignadas penas máximas superiores a los cinco años de privación de la libertad (Art. 1º de la Ley 17 de 1975). Los autos de sustanciación son inapelables (Art. 195 del C. de P. P.) y el de reposición que sí cabía (Arts. 194 del C. de P. P. y 348 del C. de P. C.) ya se agotó.

En consecuencia, la Sala no es competente para ocuparse de un recurso de apelación mal concedido, puesto que se limita al ordenamiento por sustanciación de la expedición de unas copias y, en consecuencia, se abstendrá de revisar el presente asunto.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

ABSTENERSE, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia, de revisar el auto apelado.

Notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 1ª FALLAS DE TECNICA

En la violación directa hay que aceptar los hechos como los ha considerado probados el fallador

En los juicios en que interviene el jurado no se puede discutir la prueba, porque tal actitud envuelve ataque al veredicto. Cuando se alega interpretación errónea de la ley sustancial no es factible hacerlo por la vía directa, ésto es, atacando la apreciación probatoria. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 19 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 79.

Vistos

El Juzgado Cuarto Superior del Socorro (Santander), en sentencia del 10 de diciembre de 1980, condenó a Avelino Ayala y a Exequiel Amado a 18 años de presidio para cada uno, como autores intelectuales del delito de homicidio en la persona de Gerardo Aranda Jiménez; e igualmente condenó a 24 años de presidio a Procopio López, como autor material de ese delito. A todos se les condenó al pago de perjuicios y a las penas accesoriaes de rigor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante fallo del 15 de julio de 1981, confirmó la condena de los procesados, pero disminuyéndoles la sanción principal dejándolas en definitiva de la siguiente manera: Para Amado y Ayala 16 años de prisión y para López 18 años de la misma pena.

Contra esta última sentencia se interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos

Quedaron consignados en el proceso en estos términos:

"...De acuerdo con el caudal probatorio abundante por cierto, sábese que el siete de octubre de mil novecientos setenta y ocho en la región veredal 'Simeón', perteneciente a la comprensión municipal de Suaita, iba por el camino el ciudadano campesino Gerardo Aranda Jiménez en compañía de los menores Marco Tulio Aranda, Luis José Aranda Rodríguez y Félix Camacho Tobo, cuando al pasar por frente a la casa de la hacienda 'La Candelaria', oyeron una fuerte detonación (disparo de pólvora en regadera), que por la espalda lesionó en varios centros vitales al señor Aranda Jiménez, quien cayó fulminado a tierra.

"Tanto los tres menores como los tres mulares que llevaba la víctima para transportar ladrillo, salieron en veloz huída informando angustiosamente lo ocurrido a Hernando Aranda Jiménez, quien en ese momento se estaba afeitando y junto con su hermano Julio Eduardo, observaron por todos los alrededores de ese lugar y regresaron al sitio del insuceso, donde ya encontraron exánime a su hermano Gerardo.

"Muy cerca del lugar encontrábase Pedro José Pacheco, quien pudo observar a un desconocido, vestido de pantalón verde oscuro, una cachucha en la mano y en la otra una carabina, con una notoria cicatriz en la frente, que huía por entre la vegetación como igualmente lo refieren el niño de once años de edad Marco Tulio Aranda, sobrino del interfecto.

"De acuerdo a todas las pesquisas realizadas por los funcionarios instructores se ordenó la captura contra Procopio López, Ezequiel Amado, Avelino Ayala Amado, Alvaro Rubio Cifuentes y Luis Martín Pardo Rondón, en razón de las numerosas sospechas recaídas contra estas personas...".

La demanda

En una sola demanda se sustentó el recurso de casación de los recurrentes procesados Avelino Ayala y Ezequiel Amado, quienes fueron condenados como autores intelectuales del delito de homicidio que fue materia del juzgamiento.

El actor presenta un solo cargo al amparo de cada una de las causales primera y cuarta de casación (Art. 580 del C. de P. P.).

Causal primera

Estima que la sentencia se profirió con "...violación directa por interpretación errónea (apartado 1º, Ord. 1º del Art. 580 del C. de P. P.), por cuanto si no aparece demostrado en autos que Procopio López obró 'mediante precio promesa remuneratoria', esto es, que su conducta no encuentra adecuación típica en el numeral 9 del artículo 363 del Código Penal, al aplicarse el tipo, o amplificado del tipo consignado en el artículo 19 del antiguo estatuto penal a los recurrentes, se incurre o incurre en violación directa de la ley por interpretación errónea, ya que se le está dando un alcance distinto del querido por ella, cuando la conducta de los recurrentes es atípico y en consecuencia no es antijurídico y culpable...".

Al demostrar el cargo se refiere a los testimonios de Alvaro Tamayo, Aristóbulo Avella, Uriel Durán Salamanca y Daniel Galvis Caldas y al hecho de que en la región hubo varias muertes con anterioridad y en particular la de Víctor Manuel Amado para afirmar que se dedujo equivocadamente de toda esa prueba que Avelino Ayala y Ezequiel Amado fueron los determinadores de la muerte de Aranda Jiménez precisamente para vengar la muerte de aquél.

Para concluir, expresa:

"...Aceptada la causal de casación invocada en favor de los recurrentes por estar demostrados los planteamientos, pero que no son constitutivos de tipo penal, ésto es, la violación directa por interpretación errónea, pido sea casada la sentencia de segundo grado y se declare la inocencia de los recurrentes por no ser delictivos los hechos por los que fueron convocados a juicio y condenados en definitiva en sentencia de segundo orden...".

Causal cuarta

Sostiene que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, pues la audiencia pública no se inició dentro de la hora judicial previamente señalada.

Es así como advierte que el Juzgado por auto del 18 de octubre de 1980, notificado a todas las partes dispuso que la audiencia se efectuaría "...a la hora de las ocho de la mañana del viernes veintiocho (28) de noviembre...", del mismo año. Que no obstante la audiencia se inició dentro de la hora de las nueve de la mañana del día señalado, como se desprende de las observaciones que "...por separado..." propuso el señor defensor y de la forma evasiva de la constancia que dejó el secretario sobre ese punto cuando aduce "...que al momento de iniciarse la diligencia de audiencia pública no observé el reloj y por lo tanto no puedo decir con exactitud que horas eran. De todas maneras considero que la diligencia debió iniciarse dentro de la hora judicial de las ocho de la mañana...".

Para terminar, reitera:

"...El Juzgado al dar inicio a la audiencia pública dentro de la presente causa fuera de la hora judicial indicada en auto de fecha 18 de octubre de 1980, violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por no observar las formas propias de cada juicio y en especial por verificarla contra lo dispuesto en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por haberla iniciado o celebrado en hora diferente a la señalada.

"Se tiene en consecuencia, que la sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior de San Gil, fue producida en juicio viciado de nulidad, y por ende, demando de la honorable Corte case la sentencia recurrida, y disponga en qué estado queda el proceso...".

El Ministerio Público

Solicita el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que se deseche el recurso de casación, pues los cargos no están llamados a prosperar.

Con relación a la *causal primera*, anota:

"...Se advierte en primer término que el demandante invoca la violación directa de la ley, lo cual supone aceptar los hechos como los ha considerado demostrados el fallador, pero su razonamiento implica la violación indirecta —que implica error de apreciación probatoria— para discutir precisamente lo que se considera probado, por haberse incurrido en error por el fallador, es decir, que presenta una formulación contra-

dictoria, que por lo mismo conduciría directamente y sin otras consideraciones a desechar el cargo.

"Desde otro punto de vista, la negación de la existencia del precio o promesa remuneratoria, en que consiste el cargo no formulado con suficiente claridad, implica afirmar error de apreciación probatoria, con lo cual se coloca en la violación indirecta, que no es admisible en los juicios con jurado...".

Y, respecto a la causal cuarta, destaca:

"...efectivamente el acta no indica la hora, sin que esto pueda inferirse o darse por demostrado que no se cumplió lo ordenado; y además cabe advertir, que si bien el defensor hizo la anotación de firmar con reparo y observación posterior, esto se consignó al final del acta, es decir, en su firma, cuando ya se había efectuado el acto, sin que resulte explicable, por qué motivo no se hizo esta anotación y la petición respectiva, desde un principio, ya que desde la iniciación de la diligencia, la irregularidad anotada fue conocida por el señor defensor si existía, como solo lo alegó finalmente.

"Por otra parte, examinada la actuación, la irregularidad referida no aparece demostrada suficientemente como para concluir la invalidez de la actuación...".

La Corte considera

En guarda del principio de prioridad se estudia la demanda en el orden siguiente:

Causal cuarta

El cargo de nulidad consiste en que la audiencia pública, con intervención del jurado, se inició vencida la hora judicial previamente señalada por auto que fue notificado en debida forma a todas las partes.

Realmente este motivo de nulidad, aunque afecta las formas propias del juicio, es de carácter legal por hallarse previsto en el artículo 210-4 del Código de Procedimiento Penal, como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal.

La afirmación categórica de que se celebró la audiencia pública en hora distinta a la señalada, la deduce el impugnante de tres circunstancias, a saber:

a) Que el acta no expresa la hora en que se dio comienzo a la diligencia;

b) Que el defensor al estampar su firma advirtió que haría observaciones por separado, y

c) Que el secretario no se atrevió a certificar sobre el hecho de modo contundente.

Para la Sala la omisión de anotar la hora en que se da comienzo a la diligencia de audiencia, no significa siempre que se encubre la verdad con el objeto de salvar la nulidad; que el defensor haga observaciones sobre el acta que suscribió, no demuestra necesariamente la realidad de las mismas; y, finalmente, que el secretario expida constancia dubitativa sobre la hora en que pudo haberse iniciado la diligencia, no prueba el hecho constitutivo de la nulidad.

Si por separado tales circunstancias no acreditan el desafuero aducido, hay que considerar que en conjunto tampoco lo predican en este proceso como pasa a observarse:

a) Resulta, cuando menos inexplicable que el defensor no hubiera dejado oportunamente, ésto es, en el curso de la audiencia, constancia de que ésta se inició en hora distinta a la que se había señalado. Por el contrario, hacerlo después de conocido el veredicto y "por separado", indica, sin mucho esfuerzo, la poca seriedad del pretendido encuentro;

b) Si a lo anterior se suma que ni el otro defensor ni el vocero ni el Ministerio Público dejaron al respecto ninguna constancia, ni observación en el acta o "por separado", el hecho irregular alegado se diluye mucho más, y

c) Queda sin fundamento el asunto, si se agrega que el secretario en su constancia no lo confirma, pues expresa que no miró el reloj cuando la diligencia se inició, para dar a entender por este modo que no estuvo pendiente de ese acontecer.

Todas estas reflexiones permiten concluir que no hay prueba suficiente de que la audiencia se hubiere realizado después de haberse vencido la hora judicial, razón por la cual la presunción de legalidad que ampara a todos los actos procesales no ha sido desvirtuada en este caso concreto.

Finalmente, aunque se hubiera acreditado que la audiencia se efectuó en hora distinta a la señalada, la presencia de las partes, su intervención en ella y el desarrollo pleno de los derechos de todas, subsanó la presunta irregularidad.

El cargo no prospera.

Causal primera

La censura de violación directa de la ley, por interpretación errónea del artículo 363-9 y del 19, ambos del Código Penal anterior, debido a que

el fallador dio por probado el mandato criminal y que el presunto autor material obró por precio o promesa remuneratoria, tampoco está llamada a prosperar.

En efecto, presenta las siguientes fallas de técnica:

a) En la violación directa hay que aceptar los hechos como los ha considerado probados el fallador; y sobre ese presupuesto se deben demostrar los errores de juicio que éste pudo haber cometido. Contrariando este principio el demandante impugna la prueba que le permitió al juez imputar la autoría intelectual del homicidio a los recurrentes en el auto de proceder y al jurado condenarlos en idéntica forma.

b) En los juicios en que interviene el jurado no se puede discutir la prueba, porque tal actitud envuelve, ataque al veredicto para que el juez de casación ante la imposibilidad de declararlo contraevidente lo desconozca, lo que pondría a la Corte frente al absurdo de dictar sentencia de sustitución con violación de las formas propias del juicio.

c) Cuando se alega interpretación errónea de la ley sustancial, no es factible hacerlo por la vía indirecta, esto es, atacando la apreciación probatoria, porque ese sentido de la violación presupone que la norma aplicada se ha escogido con acierto y que, en consecuencia, es la indicada para regir o regular la situación fáctica que acredita la prueba. De modo que repudiar la estimación probatoria de la sentencia es proponer la interpretación errónea de la prueba y no de la ley como lo exige la causal. Esto significa que el error en la interpretación de la ley nace y muere en ella misma, por lo que esa forma de violación sólo puede proponerse por la vía directa. Tocar la prueba como lo ha hecho el actor en su demanda, es faltar a la técnica del recurso.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, 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 el 15 de julio de 1981, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

A más de estar debidamente acreditado, es necesario establecer su inequívoca vinculación causal con el comportamiento realizado y su indiscutible incidencia sobre las esferas intelectiva y volitiva del agente

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 19 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 79.

Vistos

Se entra a resolver acerca del recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Jesús Angel Benítez Cañaveral, contra la sentencia de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, al confirmar sin modificaciones la dictada el ocho de abril del mismo año por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, lo condenó a la pena principal de diez años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas, como accesoria, y al pago, in génere, de los perjuicios ocasionados, como autor responsable de los delitos de homicidio en Heroina Arcila Tamayo y lesiones personales en Rosalba Granobles de Piedrahita.

El recurso fue declarado admisible y la demanda fue encontrada ajustada a las prescripciones formales que establece la ley (Fls. 2 y 14 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El sindicado y Amparo Piedrahita, hija de la señora que resultó herida, habían contraído matrimonio civil hacía unos cinco años, pero se mantenía en continuas desavenencias y, no obstante los dos hijos que habían procreado, acudieron a las oficinas del Instituto de Bienestar Familiar en Armenia, para formalizar su separación de hecho (Fl. 28 y Vto. del cuaderno principal).

A pesar de que se convino en esa dependencia oficial que dejarían de hacer vida en común, ella asintió a no tomar esa determinación en forma inmediata, en parte por solicitud del esposo y también por temor a sus amenazas si llevaba a cabo la separación.

El día primero de febrero de mil novecientos ochenta, en las primeras horas de la noche, aprovechando la ausencia de su marido, se trasladó la mujer con los niños y enseres a la casa de la madre de ella.

Al retornar aquél al hogar y advertir su ausencia y estado en que había quedado la habitación desprovista de todo, orientó sus pasos hacia la residencia de su suegra y requirió la presencia de su esposa. Uno de sus cuñados, quien atendió inicialmente su petición, le informó a su madre acerca de la presencia de Benítez y el motivo de su venida.

La señora Rosalba Granobles acudió a la ventana de su casa y desde allí entabló conversación con su yerno, negándose a llamar a la hija por encontrarse dormida y sugiriéndole que si quería hablar con ella volviera al otro día.

Después de algunas expresiones de recriminación por haber dado albergue a su esposa y en el preciso momento en que su suegra se retiraba de la ventana, el sindicado accionó hacia esa dirección el arma de fuego que portaba consigo, pues era vigilante de bienes municipales, y el proyectil la hirió en la región clavicular izquierda.

Instantes después la señora Heroína Arcila Tamayo, quien vivía con la familia Piedrahita Granobles, trató de cerrar la ventana, momento en el cual recibió dos heridas de bala, una en la palma de la mano derecha y otra en el ojo izquierdo, la última de las cuales le ocasionó la muerte antes de que llegaran con ella al centro hospitalario donde fue llevada en busca de atención médica.

El procesado abandonó el lugar de los acontecimientos y fue localizado por los agentes de la Policía en la escuela donde prestaba sus servicios de vigilante. Como no se entregó a la autoridad le fueron hechos unos disparos para tratar de cortarle la huida y reducirlo, pero éste logró evadirlos y fue a dar a la casa de sus padres, de donde posteriormente viajó a Ibagué, al Guamo, a Caicedonia, para terminar presentándose a la justicia a los seis días en compañía del abogado que lo defendió durante las instancias y lo apodera ahora en casación.

La investigación la inició y perfeccionó el Juzgado Doce de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Armenia y por competencia le correspondió conocer al Juzgado Primero Superior de esa ciudad.

En su declaración indagatoria, después de narrar las dificultades registradas en el hogar, originadas, al parecer, en la falta de comprensión de ambos, y aludir a sus transitorias separaciones y sobre todo a la que se llevó a cabo con intervención de la respectiva oficina del Instituto de Bienestar Familiar, llega Benítez al día en que ocurrieron los hechos y se refiere de la siguiente manera a lo acaecido entonces:

«Se llegó el viernes primero de este mes (febrero de 1980, se aclara), yo me levanté temprano, hice el mercado correspondiente, no para los niños, sino general, se llegaron las seis y media de la tarde, ese día no se presentó ninguna discusión ni ningún problema dentro de la casa y yo más o menos salía a las seis y media de la casa y ella entraba, no hubo ni una palabra, me dirigí al gimnasio, a eso de las siete y media se presentaron dos hermanos míos al gimnasio para que los acompañara al colegio oficial en el Parque Sucre y les respondí que yo salía a las ocho y media de la noche y que mientras me bañaba serían las nueve, me dijeron que a esa hora podría subir, que me esperaban a las nueve en el colegio y allí me estaban esperando, nos demoramos más o menos media hora, no se pudo hacer nada y quedamos en que yo iría a la supervisión y buscaría la forma del lunes arreglar ese problema, nos venimos por la carrera trece, llegamos a la Plaza de Bolívar, ellos siguieron por la carrera 13 para su casa y yo por la calle 21 hasta el bar "Los Vikingos" (sic), donde quedé de encontrarme con un oficial del Cuerpo de Bomberos para pagarle una plata, llegué allí, estaban todos los oficiales del Cuerpo de Bomberos Voluntarios, más el señor que yo buscaba, ellos me saludaron todos muy formales y me pidieron que los acompañara a tomar trago, lo cual yo no acepté, me tomé una gaseosa, yo la pagué y me volé, cogí rumbo a la casa más o menos a las diez y media de la noche encontré el candado de la puerta por fuera y me dio susto, seguí hacia adentro y encontré que al abrir la puerta de la habitación, todas mis pertenencias, documentos, libros, herramientas, estaban todas regadas en el suelo, como iba cansado seguí un poco hacia adentro para buscar algo de comer, pues yo no veía nada, ya mi actitud fue aterradora porque fui perdiendo el conocimiento de lo que yo estaba viendo, yo me acordé del hijo mío, fui a mirar un cuadro y no lo ví. (En este momento el indagado interrumpe el relato y se pone a llorar). Al día siguiente al continuar la diligencia, prosiguió: "Entonces en el momento en que no ví el cuadro, mi reacción fue de ir a buscar mi señora y mis hijos, fue así como me dirigí a la casa de la señora madre de mi señora esposa, siendo por ahí las once de la noche, entonces llegué y toqué la puerta, por la ventana salió un hermano de mi señora de nombre Carlos, entonces le pregunté que si estaba Amparo, él no me respondió nada, se entró y cerró la ventana, al poco rato se asomó la señora madre y le pregunté o le dije que 'doña Rosalba, hágame el favor y me llama a Amparo', ella me respondió que Amparo estaba durmiendo, yo le insistí que me hiciera el favor y me la llamara, que no era justo que ella se viniera de la casa con los hijos y mis cosas, ella me respondió que yo no tenía por qué venir a hablar con ella allá, que si quería hablar con ella que fuera al otro día, yo le pedí nuevamente el favor y le dije que no era justo lo que ella estaba haciendo y que yo no veía la razón por la cual estuviera alcahuetiando esta situación, pues yo consideraba que ella no tenía porqué traerse los hijos sin haber acuerdo ni autorización, que ella no tenía porqué llevarse las cosas de la casa sin ser de ella ni mías, que eso para mí era un abuso y un atropello contra mí, ya que algo de estas pertenencias no eran ni de ella ni mías, debido a que parte de esto ha sido a esfuerzo de mi trabajo y la otra era parte de los almacenes, ya que varios artículos de éstos se deben, ella me respondió que ella no tenía que ver nada con eso, ya que ella había ido por estas cosas que porque eso era de la hija y de los hijos de la hija, ya para mi esto fue humillativo al ver que mi solicitud no era atendida, entonces le respondí ya en otros términos que eso no era así, pues que si me tocaría hacerme matar por defender mis derechos así lo haría, ya que a mí no me asustaban las amenazas de ella, entonces ella me respondió, pues nos acaba o nos acabamos, en este momento, ella cerró la ventana, ya me sentí en

unos términos humillantes al ver esto y en el preciso momento de ella cerrar la ventana, yo recordé sus amenazas contra mí, saqué la pistola de mi propiedad, me acuerdo que la levanté hacia arriba y la disparé, yo me quedé parado allí, al rato yo oída gritos y recuerdo que me sentía mal de la cabeza, la cabeza me parecía una piedra, sin alientos, tembloroso, yo miraba a todas partes y no veía nada, de un momento a otro corrí por esos caminos empedrados y cafetales, hasta llegar a donde yo tenía mis cosas y donde yo vivía, entré volví y miré mis cosas y recordé de mis hijos, de mi señora, allí estuve un rato, salí a tomar aire porque me encontraba como ahogado, me encontraba cansado y con hambre, al momento de salir ví que en la puerta se encontraba un carro de la Policía y en el patio de la escuela donde yo vivo ví que alguién entraba, me subí al segundo piso y me asomé y ví que eran unos uniformados varios, yo me subí al techo o terraza de la escuela y me senté en un muro, estando yo sentado en este muro y aproximadamente a unos ocho metros más o menos me dispararon dichos uniformados, yo me paré al oír el tiro y les pregunté que qué pasaba, me bajé al segundo piso, ya ahí me alumbraron la cara y uno de ellos dijo 'ese es mi teniente', entonces yo respondí, qué paso, mi teniente', me quedé mirándolo hacia abajo, le ví un revólver en la mano y le dije 'mi teniente, yo no les estoy haciendo nada a ustedes' qué pasa y él me dijo 'no se mueva de ahí' y yo le dije que por qué y él me respondió 'usted mató a esa señora', y le respondí que el problema mío era con mi señora y por mis hijos, ya que la casa me la había desocupado y mis pertenencias, ropas, libros, papeles, documentos de estudio habían sido regados como basura, que me dijera él qué podía hacer yo, que a dónde me presentaba o qué día me presentaba ya que yo estaba dentro de un establecimiento oficial y prestando servicio y él me respondió 'nada, nada', de ahí no se mueve, saque haber (sic) que es lo que tiene ahí y si se mueve lo mato, yo reaccioné y resolví subirme de nuevo a la tercera planta, en el momento en que me subía se me hizo otro tiro, yo viendo la situación corrí al otro extremo de la tercera planta, me tiré abajo al patio, me subí una cerca y en el momento en que me subía yo oía que me daban más bala y corrí por cafetales, rodaderos, cañadas hasta llegar a la casa de mi mamá en donde le conté que Amparo se había ido con los niños, había desocupado y que luego la Policía había ido a darme bala a la escuela, ella me dijo que qué había hecho malo, yo le respondí que lo único malo era reclamarle a mi señora lo de la casa. (En este estado el indagado interrumpe su relato y se agacha a llorar). No es más" (Fls. 21 Vto., 22, 23 y 24 del cuaderno principal)».

El apoderado solicitó que se practicara un reconocimiento médico al sindicado por parte de un médico legista siquiatra para que dictaminara "sobre el estado mental de Benítez, el momento en que ocurrieron los hechos y actualmente, para lo cual se hará conocer del médico legista siquiatra el contenido de la indagatoria del sindicado para que sobre esa base dé un dictamen que comprenda los estados anímicos y lucidez mental que médicamente pueda tener una persona, con presiones angustiosas e ideas obsesivas como las que vivió mi representado momentos antes de los hechos que se investigan" (Fl. 46 *ibidem*).

El Juzgado decretó esa prueba y designó perito al médico siquiatra Jaime Rodríguez Castillo, a quien se ordenó entregar el expediente.

El perito tomó posesión y rindió el día 15 de abril su dictamen, concebido en los siguientes términos:

"El paciente Jesús Angel Benítez Cañaveral, llegó a la entrevista muy angustiado y llora la mayor parte de ella. *A lo largo del interrogatorio,* se aprecia *de acuerdo a sus anteceentes,* que es muy explosivo e impulsivo, hay antecedentes claros de varios traumatismos craneanos, que el paciente se ha propinado por su mismo carácter, pero es de anotar que en uno de ellos, el cual relata como haberse tirado contra la pared recibiendo un fuerte golpe en la cabeza, que desde entonces se ha sentido muy enfermo; que fue donde los apóstoles, por lo mismo.

"Además *hay otro relato* donde presenta otro exceso de ira, cuando era soltero, por un disgusto con su padre, y en él, rompió a golpes una puerta.

"También interrogaba la esposa, asegura este genio irascible y violento de su esposo, que en varias oportunidades la golpeó.

"Respecto al problema por el cual está preso, refiere que al no encontrar a sus hijos en la casa estalló en una crisis de ira.

"De acuerdo a la entrevista pacticada, y para efectos de aclarar la situación del paciente, es conveniente tomar un electroencefalograma y unos test proyectivos, para estar seguros que el paciente no sufre un trastorno cerebral de tipo epiléptico, y si su personalidad es de tipo explosivo" (Fls. 54, 82, 83 Vto., 85 y 86 del cuaderno principal —subrayas fuera de texto—).

A folios 88 del mismo cuaderno se observa un memorial del apoderado en el que manifiesta al

Juzgado que el electroencefalograma se lo van a practicar al sindicado en el centro médico de la ciudad el día 25 de abril de 1980 y los test prospectivos el día 28 de ese mismo mes, éstos por parte del sicólogo Luis Fernando Patiño. Solicita, en consecuencia, que se le remita en esas fechas a los respectivos consultorios. Así lo dispuso el Juzgado mediante auto de 23 de abril de 1980 y orden de remisión número 219 (Fl. 88 Vto. *ibidem*).

Con fecha 20 de mayo de 1980, rinde el médico siquiatra un nuevo estudio sobre la personalidad del sindicado, contenido en los siguientes términos:

"*De acuerdo a los informes del paciente:* Jesús Angel Benítez Cañaveral, deduzco que se trata de un individuo con una personalidad muy inmadura, que no controla sus impulsos, no soporta frustraciones por lo cual reacciona violentamente a diferentes estímulos que le produzcan frustración, personalidad con un alto componente sociopático.

"Todo lo anterior lo podemos encuadrar dentro de una neurosis del carácter; consciente de sus actos, pero que necesita un tratamiento psiquiátrico por un tiempo prolongado" (Fl. 93 *ibidem* —subrayas fuera de texto—).

El Juzgado solicitó aclaración del mismo en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta que en el texto del dictamen médico siquiatra que precede, no se conceptuó concretamente *sobre si al momento de cometer el hecho,* el sindicado Jesús Angel Benítez Cañaveral, *se encontraba padeciendo de grave anomalía síquica,* se dispone que el perito médico amplíe a ese respecto su dictamen" (Fl. 94 *ibidem*). Las subrayas no pertenecen al texto.

El perito respondió de la siguiente manera, con fecha 20 de junio de 1980:

"En respuesta a su Oficio número 135, me permito comunicarle que el señor Jesús Angel Benítez Cañaveral *en el momento de cometer el delito por el cual está detenido, no actuó bajo las tres circunstancias anotadas en el artículo 29 del Código Penal,* que usted transcribe en el Oficio" (Fl. 97 *ibidem*). Subrayas fuera de texto.

El Juzgado solicitó al médico legista de la ciudad de Armenia que se sirviera dictaminar en relación con el sindicado "sobre las circunstancias en que actuó aquél al momento de los hechos, teniendo en cuenta el examen practicado por el señor médico siquiatra", o sea el que acaba de transcribirse. El médico legista solicitó que se le suministrara, para el efecto, el expediente, a lo cual accedió el Juzgado y él contestó a éste de la siguiente forma:

"En respuesta a su Oficio número 157 del 30 de junio del corriente año (1980, se aclara) me permito informarle que estoy el 100% de acuerdo con el dictamen emitido por el médico siquiatra, doctor Jaime Rodríguez Castillo" (Fls. 98, 100 y 101 del Cuad. Ppl.).

Puestos en conocimiento de las partes los anteriores dictámenes, el apoderado pidió aclaración mediante memorial de 17 de julio de 1980, "sobre el sentido médico o real que en la voluntad de un hombre tenga la personalidad descrita en el primer dictamen, y el sentido de los elementos que se necesiten para que un acto se pueda considerar como ejecutado en una enajenación mental transitoria o permanente".

Ante la dificultad para obtener esa aclaración por encontrarse entonces fuera del país el perito que había venido dictaminando acerca del comportamiento del procesado, el apoderado desistió de su petición, a la vez que le recordaba al juez que él podía ordenarla aún oficiosamente en cualquier tiempo antes de proferir fallo (inciso 2º del Art. 276 del C. de P. P.). Aceptado el desistimiento el Juzgado cerró la investigación (Fls. 102, 103, 104, 105 y 106 del cuaderno principal).

El Fiscal solicitó que se llamara a juicio por los delitos de homicidio consumado y tentado simplemente intencionales. El apoderado impetró como petición principal la de un sobreseimiento definitivo por haber obrado el sindicado en circunstancias de inimputabilidad, en razón de un trastorno mental transitorio. Como subsidiaria presentó la culpa como modalidad de comisión de los delitos.

El Juzgado convocó a juicio a Jesús Angel Benítez Cañaveral con intervención del jurado para que respondiera por los delitos de homicidio y lesiones personales en su forma dolosa y cometidos en concurso material. Esto es, que desestimó la alegación referente al estado mental del procesado al momento de cometer el hecho, por descartarle los dictámenes médico-siquiátricos.

Apelado el enjuiciamiento por el defensor, el Tribunal, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal, lo confirmó en su integridad, a pesar de que ante él había vuelto a presentar aquél las mismas argumentaciones llevadas a consideración del Juzgado del conocimiento (Fls. 107 a 119, 120 a 123, 124 a 143, 154 a 158, 159 a 163 y 164 a 170 del cuaderno principal).

En el período probatorio de la causa revivió el defensor su petición de aclaración de los dictámenes, concebida en los mismos términos en que lo había hecho antes. El Juzgado decretó la prueba y el perito siquiatra respondió con fecha de 10 de diciembre de 1980:

"Considero desde el punto de vista siquiátrico, que los dos dictámenes míos sobre la persona de Jesús Angel Benítez Cañaveral, no están en desacuerdo.

"Pues una cosa es que él sufra esta alteración mental (neurosis de carácter), y otra que por dicha enfermedad actúe siempre sin darse cuenta de lo que hace.

"Por lo cual, considero que *actuó consciente de los hechos,* aunque bajo los impulsos de su enfermedad, *y no bajo una enajenación mental transitoria.* Pues la enajenación mental considero, es un estado disociativo en el cual la persona no se da cuenta de nada de lo que ejecuta *y el paciente sí estaba consciente de lo que hacía* (Fls. 174, 176 a 184 y 185 del cuaderno principal).

A partir de ese momento procesal el expediente no registra constancias de que los dictámenes hubiesen sido objetados o nuevamente aclarados.

La audiencia pública se llevó a cabo el 23 de marzo de 1981 y en ella le fueron sometidos a consideración del jurado los siguientes cuestionarios:

"Cuestionario número 1.

"El acusado Jesús Angel Benítez Cañaveral, de condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, ¿es responsable sí o no, conforme a éste de haber dado muerte con el propósito de matar a la señora Heroína Arcila Tamayo, causándole las heridas descritas en el dictamen de necropsia rendido por el señor médico legista de Armenia, las cuales fueron producidas con arma de fuego, según hechos ocurridos en la zona urbana de esta ciudad en la noche comprendida entre los días 1º y 2 de febrero de 1980?".

"Cuestionario número 2.

"El acusado Jesús Angel Benítez Cañaveral, de condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, ¿es responsable sí o no, conforme a éste de haber ocasionado intencionalmente la lesión a la señora Rosalba Granobles de Piedrahita, la cual fue descrita por el señor médico legista de Armenia y producida con arma de fuego, según hechos ocurridos en la zona urbana de esta ciudad, en la noche comprendida entre los días 1º y 2 de febrero de 1980?".

A ambos respondieron afirmativamente los jueces de conciencia por unanimidad. Así lo había solicitado el Fiscal, en tanto que el defensor había impetrado el reconocimiento de la condición de inimputable de su patrocinado por haber obrado bajo el influjo de un trastorno mental transitorio. Subsidiariamente pidió la afirmación de responsabilidad, pero por culpa tanto en el homicidio como en las lesiones (Fls. 192 a 208 del cuaderno principal).

El Juzgado acogió los veredictos y con fundamento en ellos profirió sentencia de condena la que, apelada tanto por el procesado como por su defensor, fue confirmada sin modificaciones, mediante la que fue objeto del recurso de casación que ahora se resuelve (Fls. 209 a 231 y 244 a 251 del cuaderno principal).

En ambas, se dio validez a los dictámenes médico-siquiátricos y se aplicó, para efectos de la sanción, el Código Penal de 1936, por haberse cometido los hechos bajo su vigencia y ser más favorables sus disposiciones.

En la segunda instancia se dijo sobre este aspecto lo siguiente:

"Pese a que la sanidad mental del procesado quedó plenamente establecida, sobre el mismo punto recalcó el señor defensor en la audiencia pública y ahora en el alegato de la segunda instancia, lo cual considera la Sala que es inoperante insistir tanto sobre una circunstancia (la enfermedad) que no tiene ningún respaldo probatorio y que, por el contrario, aparece descartada por el médico legista, pues nadie más que éste, en razón de su profesión, especialización y sobre todo, el autorizado por la ley para dictaminar sobre estos puntos, es el que sabe y puede concluir si el procesado padece o no, de enfermedad mental que requiera medida de seguridad para su tratamiento y, como ya se vió, su dictamen fue en forma negativa a las pretensiones del defensor.

"Claro que en esta materia no se sabe donde termina lo normal y donde empieza lo anormal, pues hasta al siquiatra le queda difícil, por no decir imposible, deslindar la situación. Pero cualquiera sabe que el carácter agrio, el temperamento agresivo, la carencia de cultura o de dominio de los impulsos naturales del hombre, cualquier distorsión de los frenos inhibitorios, no es lo que la ley tiene en cuenta para aplicar al delincuente una medida de seguridad.

"Es lógico que en todo delincuente algo anda mal, pero si cualquier comportamiento irregular se tuviera como enajenación mental, intoxicación

crónica o grave anomalía síquica como lo prevé el antiguo Código Penal o como enfermedad mental ya sea permanente o transitoria al tenor del actual, el Estado no tendría cárceles sino manicomios" (Fls. 249 y 250 *ibidem*).

La demanda

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues estima que fue dictada en juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, por no haberse practicado en debida forma el dictamen médico siquiátrico del procesado.

Presenta el cargo de la siguiente manera:

"Ese reproche acusativo de nulidad se origina en no haberse practicado la prueba del dictamen siquiátrico al condenado Jesús Angel Benítez Cañaveral, como lo ordena la ley, pues, en mi opinión, ello afectó de modo sustancial la plenitud de las formas propias del juicio criminal, que se adelantó contra mi poderdante y con ello se contrarió la voluntad del supremo legislador expresada en el citado artículo 26 de la Carta, el cual consagra, garantiza y defiende el derecho esencial del individuo, de no ser juzgado sino mediante la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Después de anotar que en tratándose de ritualidades propias de cada juicio su observancia debe ser plena y no únicamente de algunas de ellas, recuerda con el tratadista Benigno Ditulio que el dictamen siquiátrico, para que sea tal y llene a cabalidad su objetivo de ilustrar al fallador, debe componerse de las siguientes fudamentales partes: "1ª Las preguntas; 2ª La relación de los hechos; 3ª El examen clínico del imputado; 4ª La epicrisis y 5ª Las conclusiones". Transcribe igualmente del autor citado la explicación y alcance de cada uno de esos aspectos.

Después de poner de presente lo extraño de la conducta del sindicado, el cual, a diferencia de lo que comúnmente ocurre, no se apresuró a abandonar el lugar de los sucesos una vez perpetrado el hecho, relaciona los dictámenes practicados, a solicitud suya, al procesado por el médico siquiatra, doctor Jaime Rodríguez Castillo, de fechas 15 de abril y 20 de mayo de 1980, así como la aclaración que solicitó respecto del último, y que tuvo por respuesta la afirmación de la normalidad síquica del sindicado al momento de cometer el hecho.

Como comentario a los mismos dice el impugnante:

"Lastimosamente el dictamen siquiátrico no tuvo en cuenta las elementales reglas atrás transcritas, cuyas conclusiones resultan inmotivadas sin nexos con la verdad procesal, en cuanto al comportamiento anterior al delito del condenado, lo que pudo inducir al mismo y en cuanto a su conducta posterior quedando la dinámica del delito trunca y el conocimiento de su personalidad mental alegada, notoriamente deficiente"... "No se hizo un estudio motivado de la personalidad del delincuente bajo el triple aspecto antropológico, síquico y moral, ni se examinó la vida anterior del procesado al hecho delictivo, ni se hizo estudio de la conducta posterior del agente una vez cometido el delito, ni de los móviles o calidad de los motivos, ni tampoco del hecho delictivo, ni se hizo estudio del hecho que se presenta peligroso para la sociedad".

Para demeritar el dictamen por falta de motivación, dice con Mittermaier que, cuando esto sucede, "el juez no ve en él más que una opinión puramente arbitraria, que no podría satisfacerle".

En determinados pasajes de su libelo trata de vincular la censura por defectos de la peritación médico-siquiátrica con un presunto conculcamiento del derecho de defensa, pero sin hacer ninguna demostración de esa posible violación y sin acierto con la transcripción que hace de jurisprudencias de la Corte, pues todas ellas se refieren a la efectiva ausencia de defensa o la deficiencia en la misma, derivada de la inactividad del profesional a quien se encarga la tutela de los derechos del procesado.

Finalmente, solicita que se tenga por inexistente el dictamen por no haber llenado los requisitos establecidos para esta clase de prueba (Art. 214 del C. de P. P.) y que se case la sentencia y se ordene reponer la actuación viciada, pues "no cabe duda, entonces, que al no practicarse en debida forma el examen siquiátrico solicitado, del condenado Jesús Angel Benítez Cañaveral, se afectó la plenitud de las formas propias del juicio que garantiza la Constitución".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia por cuanto el cargo que le fue formulado no está llamado a prosperar.

Empieza por anotar que la tacha no se centra en la ausencia de experticia médica, pues fue practicada, sino en su deficiencia por falta de fundamentación, según criterio del impugnante.

Respecto de este punto de la acusación y después de recordar la plural intervención del perito médico siquiatra, anota con razón el Procurador comentando los dictámenes:

"Y de los mismos se desprende que si bien se encuentran presentados en términos concisos o breves, el experto tuvo conocimiento suficiente de los hechos, de la personalidad del procesado, para llegar a la conclusión final de que no obstante la situación síquica de aquél, que requiere en su opinión un tratamiento prolongado, no permite ubicarlo en las situaciones de anormalidad que preveía el artículo 29 del Código Penal derogado, pues actuó con conocimiento suficiente y voluntad".

Particularmente en relación con esa final afirmación, contenida en la última de las intervenciones del perito, expresa el representante del Ministerio Público:

"De acuerdo con lo que aparece del expediente, la conclusión referida resulta fundada, pues de las mismas manifestaciones del reo se desprende que actuó con conocimiento de sus actos y queriendo sus resultados, dada la relación que hace de los hechos y de sus antecedentes; como también el haber huido del lugar de los hechos y eludir la captura, como ocurrió poco después de aquellos, sin que obste a tal situación el que posteriormente optara por presentarse ante las autoridades, acompañado de su apoderado para responder por los delitos cometidos, actitud que no viene a corroborar lo afirmado en la demanda, ni lleva a la conclusión anotada en ésta".

Pone de presente que bien hicieron los juzgadores de instancia en tener por válido el dictamen, pues "apreciado con las pruebas restantes no resulta infundado" y las tachas que insistentemente le formuló el acusioso defensor de Benítez Cañaveral no fueron demostradas.

Para el Procurador, si éste que fue el cargo directo no debe prosperar, menos el que se presentó de manera tangencial, o sea el atinente a la violación del derecho de defensa, pues el procesado disfrutó de ella con amplitud desde el momento en que se presentó con quien lo ha defendido desde entonces, y cuyas peticiones fueron debidamente atendidas y tramitadas.

Consideraciones de la Corte

En el fondo el único cargo que se formula a la sentencia radica en la falta de motivación o deficiencia de ésta que le anota el recurrente a los dictámenes médico-siquiátricos que le fueron practicados a su defendido, en orden a establecer sus condiciones mentales en el momento en que cometió los hechos por los cuales se le juzgó y condenó. La violación del derecho de defensa, presentada también como censura, pero de una manera tangencial, no en forma directa y autónoma, fueran de que la apoya el impugnante en jurisprudencias de la Corte que aluden a hipótesis de carencia absoluta de defensa, que no es desde luego este caso, no tiene respaldo alguno en el proceso, pues de lo que hay constancia y abundante en él, es de las oportunidades de defensa brindadas al sindicado y bien aprovechadas por su apoderado, quien actuó con eficiencia y responsabilidad.

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal dispone que "desde el momento 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 inconsciencia, ordenarán su examen por peritos médicos".

En el presente caso se procedió de esa manera, a solicitud del apoderado, y fueron atendidos sus requerimientos en el número, forma y oportunidad en que los presentó. Los resultados ya conocidos, no fueron favorables a sus pretensiones, lo que es cosa diferente.

Sobre lo que pudiera llamarse las pautas que la ley procesal le traza al experto para renir su dictamen, dice el artículo 269 del mismo Código: "En el desempeño de sus funciones, el perito debe examinar la realidad de los hechos o cosas sobre que deba emitir concepto, el estado físico-síquico de las personas, hacer las mensuras y las apreciaciones necesarias y presentar fundadamente su dictamen por escrito".

Esas orientaciones y exigencias las tuvo en cuenta y cumplió el médico siquiatra que examinó la personalidad del procesado y dictaminó sobre sus condiciones síquicas al momento de cometer los hechos motivo de la presente investigación.

En efecto, el siquiatra sostuvo entrevistas con Jesús Angel Benítez, dialogó con él, escuchó sus informes, lo interrogó, analizó sus antecedentes, interrogó igualmente a su esposa, solicitó elementos de juicio complementarios como el encefalograma y los test proyectivos, los cuales es de presumir que le fueron suministrados, pues fue nadie menos que el propio apoderado el que se apersonó de sus trámites, todo lo cual se des-

prende de las constancias procesales y del texto de los dictámenes, aparte de que el expediente también fue puesto a su disposición, como lo fue igualmente del médico legista que ratificó la experticia del siquiatra (Fls. 82, 83 Vto., 85, 88 y Vto. y 93 del cuaderno principal).

No puede, por tanto, afirmarse que esa peritación carece de fundamento, ni que ignora requisitos o exigencias sustanciales como para predicar su inexistencia (Art. 214 del C. P. P.), pues contiene la razón de ser de sus conclusiones, así esté expresada de manera suscinta, y se sujetó a las reglas que la norma procesal traza al experto para orientar y facilitar su labor. No se está, por tanto, en presencia de afirmaciones hechas en el vacío, ni que carezcan de respaldo en el proceso.

En efecto, fue el propio sindicado quien en forma espontánea manifestó en su indagatoria: "no he sufrido enfermedades de la cabeza y en mi familia no ha habido personas locas o dementes" (Fl. 20 del cuaderno principal).

Luis Zuluaga Gómez, con quien Benítez estuvo unos quince o veinte minutos antes de ocurrir los hechos, acredita su perfecta normalidad en esos momentos (Fl. 70 *ibidem*).

Carlos Alberto Piedrahita, su cuñado, y quien lo atendió a través de la ventana de su residencia cuando el procesado acudió esa noche a la casa de su suegra para indagar por su esposa, expresa: "Lo vi en forma natural y me dijo de buenos modos que le hiciera el favor y le llamara a Amparo" (Fl. 8 Vto. *ibidem*).

Y ya en los momentos en que sucedieron los hechos y en los que los subsiguieron es el propio Benítez quien, con su relato de los mismos como lo dejó hecho en su indagatoria, nos da la evidencia de que no podía exigirse mayor lucidez mental que la que él demostró haber tenido en ese episodio.

En efecto, narra con lujo de detalles y con perfecta coherencia todo lo acontecido. Razona adecuadamente, advierte el tránsito de uno a otro estado anímico y recuerda el instante exacto en que accionó el arma. Agréguese que los disparos fueron espaciados, así hubiese sido exiguo el tiempo que medió entre ellos, pues primero lesionó a su suegra, quien se replegó al interior de la casa, y luego a la persona que pretendió cerrar la ventana y así lo hacen notar algunos testigos (Fls. 17 Vto. 27 y 38 del cuaderno principal). A continuación pone de presente que se quedó parado un momento y después abandonó presurosamente el lugar, viniendo a parar primero a la escuela donde vivía y prestaba sus servicios de vigilante de bienes municipales y luego a la casa de sus padres, demostrando un claro sentido de orientación.

En la escuela, al ser interceptado por los agentes de la Policía, dialoga con ellos, alega sus deberes de celador para impedir ser arrestado en esos momentos. Logra huir y viaja por diferentes poblaciones hasta que decide, a los seis días, entregarse a la autoridad, lo que hizo en compañía de su apoderado.

El hecho mismo de que llevara diez años trabajando en cargos oficiales refuerza la tesis de que no denotaba en su habitual comportamiento desajustes síquicos ostensibles (Fl. 193 del cuaderno principal).

El trastorno mental transitorio, como fuente de inimputabilidad, no solamente tiene que estar debidamente acreditado, sino que, además, es necesario establecer su inequívoca vinculación causal con el comportamiento realizado y su indiscutible incidencia sobre las esferas intelectiva y volitiva del agente, de tal modo que pueda predicarse sin lugar a dudas que enervó su capacidad de comprender la ilicitud del acto ejecutado y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Los elementos de juicio que sirvieron de fundamento a las decisiones en las instancias, acreditan lo contrario, esto es, que Jesús Angel Benítez Cañaveral realizó la conducta por la que respondió en juicio con conocimiento y voluntad, aunque bajo el influjo de circunstancias anímicas, es cierto, pero que no le privaron de su libre autodeterminación en el obrar.

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.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

AMNISTIA

Ley 37 de 1981

Quiénes son funcionarios competentes para resolver peticiones de amnistía

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 82 de 26 de octubre de 1982.

Vistos

En un proceso que por delitos de rebelión y otros se sigue ante la Justicia Penal Militar y se halla en el Tribunal Superior Militar por apelación de la sentencia de condena de 18 de mayo de 1981, los procesados José Yhamir Chabur Durán, Jorge Eduardo Cortés Sánchez y Marcos Bonilla, solicitaron amnistía con invocación de la Ley 37 de 1981.

El Tribunal aludido mediante providencia de 16 de junio siguiente se abstuvo de tramitar dichas peticiones por considerar que no se había reglamentado por parte del Gobierno el trámite correspondiente según previsión del artículo 11 de la ley mencionada.

El procesado Chabur Durán apeló dicha decisión y el Tribunal Superior Militar le concedió para ante esta Sala.

La Ley 37 de 1981 nombraba como funcionarios competentes para resolver peticiones de amnistía a los jueces del conocimiento (Arts. 8º y 12), al Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente (Art. 9º) y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Art. 10, parte final), y establecía para las providencias que le negaran el recurso de apelación y, en ausencia de éste, la obligatoria consulta.

No se dice por parte alguna de la providencia que concede el recurso de apelación el por qué del envío a la Corte del presente asunto. Tampoco la ley invocada establece la intervención de la Sala en asuntos como éste. Y resulta claro que tampoco es juzgador de segunda instancia para los asuntos de que conoce la Justicia Penal Militar y mucho menos cuando esos asuntos proceden de la segunda instancia que en dicha jurisdicción especial existe. Huelga decir que no se conoce del proceso por interposición de recurso de casación o de revisión.

Ante la situación explicada en los párrafos que anteceden, la Sala debe abstenerse de solucionar el punto relativo al recurso de apelación mal concedido por absoluta carencia de competencia.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación que concedió el Tribunal Superior Militar en el presente asunto, y

Disponer que se devuelva el presente expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

Por tratarse de un consejo de guerra verbal, el vocal no estaba obligado a suscribir la respuesta que dio al cuestionario, pues la ley respectiva no estableció dicha exigencia. Si esa firma no era condición normativa sine qua non, la validez del voto resulta indiscutible. En tal virtud, mal puede hablarse de inexistencia jurídica de los actos conformativos del veredicto y por ende, de violación de las formas propias del juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 82.

Expediente número 27421.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 7 de septiembre de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la del 6 de mayo de ese mismo año, proferida por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, que condenó al ex Agente de la Policía Nacional, José Ignacio Yela a la pena principal de 8 años de presidio y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en el particular Clemiro Ortega Ruiz, cometido en la comprensión municipal de Leya (Nariño).

Hechos

Fueron consignados en la sentencia acusada de la siguiente manera:

"...El día 3 de marzo de 1980, en el Corregimiento de Puerto Nuevo, se presentaron los siguientes hechos... El señor Marcos Ruiz Guzmán, en compañía de Gilberto Rivas y de su hijo aproximadamente a las 9 p. m., salieron a cuidar un animal de propiedad del señor Gilberto Rivas (padre), después de haber estado un rato volvían por la carretera y los dos muchachos iban adelante de Marcos Ruiz, jugando con un costal, cuando de súbito apareció el agente de la Policía Nacional, José Ignacio Yela y los encañonó, para posteriormente requisarlos y decomisarles un pequeño machete y un revólver Smith & Wesson, calibre 38. El Agente Yela les dijo que siguieran para Puerto Nuevo, cuando al detenerse y solicitarle a Marcos Ruiz candela para un cigarrillo, el Agente disparó contra Miro Ruiz y lo mató... En compañía del señor Marco Tulio Zúñiga, quien estaba cerca con su vehículo, pues había ido con el Agente Yela a buscar un ganado perdido; llevaron a Gilberto Rivas y a Marcos Ruiz Guzmán a Puerto Nuevo y los dejó en libertad... Posteriormente en compañía del señor Inspector de Puerto Nuevo, Edgar Quintiliano Erazo Rivas, fueron a hacer el levantamiento del cadáver, el Agente Yela y otros...".

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.) el recurrente considera que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad de carácter constitucional (Art. 26, C. N.), pues afirma que no se observaron las formas propias del juicio castrense a que fue sometido el procesado porque un vocal dejó de firmar el cuestionario sometido a su consideración.

Al respecto, señala:

"...el documento condenatorio pronunciado por el vocal, Subteniente Baquero Baquero, es un escrito nulo o inexistente al tenor del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, dado el hecho de que se omitió con omisión de lo dispuesto por los artículos 563 del Código de Justicia Penal Militar y 153 del Código de Procedi-

miento Penal, en razón de que estas normas preceptúan que un acto jurisdiccional de este carácter debe ser firmado por el funcionario que lo emite, más aún tratándose de un escrito que contiene una resolución condenatoria o absolutoria, como es el expedido por un jurado de conciencia o vocal de un consejo de guerra verbal.

"Los vocales —reza, en efecto, el mencionado artículo del Código de Justicia Penal Militar— deben *firmar* sus respuestas con indicación de su grado...". Y el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, a su turno, al hablar sobre firmas de actas o documentos, ordena que "la firde todo acto o documento debe contener el nombre y apellidos completos del firmante...".

Más adelante, agrega:

"...fue un grave error de los jueces de instancia el haber tenido en cuenta este documento, como un voto positivo para declarar la responsabilidad penal del acusado. Pues, salta a la vista la circunstancia de que al ser inexistente el voto de un vocal, automáticamente con este hecho se desintegró el tribunal de vocales, y de consiguiente, fue un absurdo jurídico el escrutinio realizado por el presidente del consejo de guerra, porque esta diligencia de conteo de votos, se hizo con violación del artículo 18 del Decreto 2038 de 1958, que dice que 'en los consejos de guerra se entiende por escrutinio la contabilización de votos o respuestas *afirmativas o negativas, para establecer la mayoría,* en cada cuestión propuesta', suponiendo desde luego y como es natural, que estos votos deben ser legalmente válidos y jamás nulos o inexistentes...".

Fundamenta sus apreciaciones en varias jurisprudencias de esta Corporación para precisar:

"...que tratándose de la falta de la firma de un vocal de un consejo de guerra en el cuestionario sometido a su consideración cuya respuesta contiene un fallo de orden jurisdiccional en relación con la responsabilidad del acusado, con mayor razón, es el caso de que nos encontramos frente a un vicio de nulidad insubsanable, o sea, no susceptible de satisfacer con otros elementos o actuaciones del proceso, como serían el acta de escrutinio o el acta de audiencia en donde se viene a aludir posteriormente a los cuestionarios emitidos por los vocales.

"Y no es dable admitir que tales actos satisfagan dicho error, en razón de que los vocales de un consejo de guerra al entregar sus cuestionarios al presidente del consejo, lo hacen de manera individual y con la obligación de firmarlo a medida que cada uno termine su respuesta. Así lo establece muy claramente el artículo 563 del Código de Justicia Penal Militar, sin que haya duda alguna al respecto; y no existe dentro del Código Castrense, norma alguna diferente conforme a la cual se pueda suplir la falla en que haya podido incurrir un vocal al omitir su firma en los términos señalados por esta disposición...".

Y, luego, concluye:

"...De ahí que sería a todas luces injurídico que la falta de la firma de un vocal en el cuestionario, en la debida oportunidad legal, viniera a suplirse con el acta de escrutinio que es una diligencia posterior de exclusiva atribución del presidente del consejo de guerra, o mucho menos con el acta de audiencia pública que elabora tiempo después el secretario del consejo...".

El Ministerio Público

Al considerar el Procurador Delegado para la Policía Nacional infundado el cargo y pedir su rechazo, aduce:

"...La respuesta dada al cuestionario por el citado vocal, Subteniente Baquero Baquero, está abonada con las firmas del presidente del consejo de guerra verbal, del asesor jurídico y del secretario y se ajusta a la exigencia del artículo 581, inciso 2º, del Código de Justicia Penal Militar, según el cual debe ser 'escrita', pero dicha disposición no exige que debe ser firmada por cada uno de los vocales, requisito este último que sí lo establece el artículo 563 *ibidem,* aplicable únicamente a los consejos de guerra ordinarios, mas no a los consejos de guerra verbales de que se trata en este caso, en los que rige el principio de oralidad, de acuerdo con el artículo 586 del Código en cita, que preceptúa:

"Todo el procedimiento de los consejos de guerra verbales es oral, y sólo debe quedar por escrito el acta, los cuestionarios y la sentencia, a menos que sea indispensable agregar algún documento".

"Sin embargo, podrán agregarse las síntesis de las alegaciones orales de las partes".

La existencia, autenticidad y validez de la respuesta al cuestionario dada por el premencionado vocal, Subteniente Baquero Baquero, también está acreditada con el acta, en la cual aparece que verificado el escrutinio dio el siguiente resultado: "Por lo afirmativo, tres votos, por lo negativo, cero votos, veredicto: Sí es responsable por unanimidad". Dicha Acta está firmada por el citado vocal (Fl. 328)...".

La Corte considera

El cargo único que por la causal cuarta de casación (Art. 580-4 del C. de P. P.), propone el actor consistente en que uno de los vocales del consejo de guerra verbal dejó de firmar en el cuestionario su respuesta, como omisión constitutiva de nulidad supra-legal (Art. 26, C. N.), no está llamado a prosperar, no obstante los esfuerzos realizados por el demandante.

Todo aquello que no esté de acuerdo con el orden natural de las cosas, lo repudia la naturaleza y, todo aquello que no esté en armonía con el esquema normativo de que se trata, lo rechazan la lógica y el derecho.

Cuando se habla de violación de las formas propias del juicio, la referencia constitucional es expresa a la observancia efectiva de cada exigencia del procedimiento que corresponde aplicar al caso concreto. A contrario sensu, *donde no hay exigencia alguna del respectivo procedimiento, no es posible hablar de este tipo de violación por carencia absoluta de sustento normativo para proponerla.*

Para los juicios castrenses se establecen tres procedimientos: el de los consejos de guerra ordinarios; el de los consejos de guerra verbales; y, los de procedimiento especial. Todos ellos se encuentran regulados por separado y en forma minuciosa.

En este juicio se aplicó el procedimiento de los consejos de guerra verbales, que era el que legalmente le correspondía, pues se trataba del Agente de la Policía Nacional José Ignacio Yela, quien con ocasión del servicio dio muerte al particular Clemiro Ortega Ruiz, hallándose el país en estado de sitio.

Igualmente es cierto que en ese Consejo de Guerra Verbal actuó como vocal el Subteniente Leopoldo Baquero Baquero, quien no firmó la respuesta al cuestionario sometido a su consideración.

Para definir, en consecuencia, si esta concreta irregularidad alcanza a ser la nulidad de orden constitucional alegada, hay que atender a los siguientes presupuestos generales de carácter normativo y lógico que informan el procedimiento de los consejos de guerra verbales:

1. Todo el procedimiento de los consejos de guerra verbales está reglamentado de manera completa (Arts. 566 a 589).

2. Sólo existe remisión expresa al procedimiento de los consejos de guerra ordinarios en contados asuntos (Arts. 567, 569, 576 y 578).

3. Todo el procedimiento de los consejos de guerra verbales es oral (Art. 586).

4. Sólo debe quedar por escrito el acta, los cuestionarios y la sentencia (Art. 586).

Es tan evidente que toda la materia de esta clase de consejos de guerra está reglamentada, que basta observar que el artículo 589 regula la respuesta de los vocales en los consejos de guerra verbales sin referencia alguna al 563 que lo hace en relación con los consejos de guerra ordinarios. En aquél simplemente se dispone que cada vocal debe dar respuesta escrita *a los cuestionarios; y, en éste se exige que los vocales deben* firmar *sus respuestas con indicación de su grado. Esto significa que en los dos procedimientos la respuesta debe ser escrita y que la única diferencia que entre ellos existe, se concreta en que los vocales tienen que firmar la respuesta con indicación de su grado en los consejos de guerra ordinarios.*

La conclusión que se desprende de todo lo anterior, es contundente: por tratarse de un consejo de guerra verbal, el vocal, Subteniente Leopoldo Baquero Baquero, no estaba obligado a suscribir la respuesta que dio al cuestionario, pues la ley respectiva no estableció dicha exigencia. Si esa firma no era condición normativa sine qua non, *la validez del voto resulta indiscutible. En tal virtud, mal puede hablarse de inexistencia jurídica de los actos conformativos del veredicto y, por ende, de violación de las formas propias del juicio en este caso concreto.*

El cargo no prospera.

Por las razones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria, dictada en este proceso el siete de septiembre del año pasado por el Tribunal Superior Militar y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

Salvamento de voto

Los suscritos tal como lo manifestaron 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 21/80), 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 (Arts. 21, 166 y 157, C. N.; Código Nacional de Policía, Arts. 1, 2, 34, 47; y Dcs. 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 motivarlo se encamine 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, 27 de octubre de 1982.

REVISION

En materia penal hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas. Esa sentencia debe tener el carácter de condenatoria

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 82.

Expediente número 27680.

Vistos

El doctor Alfonso Taboada Támara ha interpuesto recurso de reposición contra el auto de esta Sala de veintiocho de septiembre último, por medio del cual se declaró inadmisible el recurso de revisión del auto de sobreseimiento definitivo proferido el 27 de abril del corriente año por el Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Bogotá, en favor de Julio David Naar Mercado por el delito de lesiones personales en desarrollo de una actividad deportiva.

Consideraciones de la Corte

El artículo 584 del Código de Procedimiento Penal consagra que "en materia penal hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas...", por los motivos taxativamente consagrados en sus cinco numerales. Pero de su texto se desprende que, además, esa sentencia ejecutoriada debe tener el carácter de condenatoria.

Es claro que si la finalidad de la revisión es la de restablecer el derecho en los casos en que se ha cometido por error judicial una injusticia, el legislador ha excluido del recurso las sentencias absolutorias, no importa su naturaleza o el funcionario que las profiera.

La Sala en el auto recurrido expresó que el sobreseimiento definitivo no tiene el carácter de sentencia. Y no obstante que en aquél se declara la inocencia o irresponsabilidad del procesado en forma anticipada, el recurso pretendido por el actor, resulta improcedente por la naturaleza de auto que tiene esta resolución (Art. 169-2 del C. de P. P.).

Siendo así que la decisión del Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Bogotá no tiene el carácter de sentencia y es inmodificable por haber causado ejecutoria, necio es pretender contra ella recurso de revisión. Extraña resulta la actitud del recurrente, por cuanto siendo abogado titulado no le pueden ser ajenas las normas que rigen el recurso extraordinario de revisión ni las reiteradas decisiones de la Corte sobre este punto en concreto.

Se recuerda al recurrente, además, que las determinaciones que toma la Sala de Casación Penal, se adoptan en Sala Plena especializada, en la cual toman parte todos los integrantes de ella, incluso su Presidente, razón por la cual son improcedentes los recursos pretendidos por el memorialista.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelva

1º NO REPONER el auto a que se ha hecho mérito.

2º NEGAR los recursos impetrados por el memorialista por ser ellos improcedentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL. CONTENIDO DEL ARTICULO 325 DEL CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

La ausencia de decisión de fondo representa flagrante violación de las formas propias del juicio, lo que constituye ostensible nulidad de carácter constitucional que debe ser declarada por la Corte

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 2 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 82 de octubre 26 de 1982.

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el 2 de noviembre de 1981, por medio de la cual se condenó a José Bernardo Páez Avila y a Nelson López Martínez a las penas de diez años y diez años y seis meses de presidio, respectivamente, por el delito de secuestro, interpuso oportunamente el recurso de casación el defensor de Páez Avila.

Admitido el recurso y presentada la demanda que se declaró ajustada a los requerimientos formales, se procede, una vez agotado el trámite, a decidir sobre la impugnación propuesta.

Hechos y actuación procesal

A las siete de la mañana del 13 de junio de 1979 fue secuestrado el menor Héctor Silvio Ramírez cuando junto con su abuela esperaba el bus que lo llevaría al colegio. Posteriormente la familia recibió llamadas telefónicas en las cuales se pedía la suma de un millón de dólares a cambio del rescate del menor. Las pesquisas de las autoridades dieron lugar a la captura de José Bernardo Páez Avila, quien finalmente hizo posible el rescate del menor secuestrado y la aprehensión de otras personas.

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción Criminal, dispusiera la apertura de la investigación, en virtud de providencia del 21 de junio de 1979.

Dentro de la etapa investigativa se practicaron diversas diligencias y se vincularon a la investigación los individuos José Bernardo Páez Avila, Nelson López Martínez, Luis Orlando Bermúdez y Francisco Javier Giraldo Gutiérrez.

Con fecha 13 de noviembre de 1980 el Auditor Auxiliar Veinticinco de Guerra, emitió concepto en el cual pidió el juzgamiento de todos los sindicados ante una Corte Marcial, habida cuenta de que estimó que existía mérito probatorio para ello, por el delito que había dado lugar a la investigación.

Por medio de Resolución 137 de 1980, el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares convocó un consejo de guerra verbal para el juzgamiento de los citados procesados, el que se verificó en esta ciudad el 17 de diciembre de 1980. Los vocales al responder los cuestionarios estimaron que Luis Orlando Bermúdez y Francisco Javier Giraldo no eran responsables; por el contrario, encontraron responsables a los procesados José Bernardo Páez Avila y Nelson López Martínez.

La Presidencia del Consejo Verbal de Guerra acogió los veredictos y como consecuencia de ello, en sentencia de 14 de enero de 1981, absolvió a Luis Orlando Bermúdez y a Francisco Javier Giraldo Gutiérrez y condenó a José Bernardo Páez Avila y a Nelson López Gutiérrez, a quienes impuso la pena principal de cinco años y cinco años y seis meses de presidio, respectivamente, a más de las accesorias de rigor, por la comisión del delito de secuestro que había dado lugar a su juzgamiento.

El Tribunal Superior Militar dictó el dos de noviembre de 1981 la sentencia de segunda instancia, en la cual confirmó, con incrementos en la pena privativa de la libertad, el fallo de que se dio cuenta.

La demanda de casación

Dos cargos diversos formula el impugnante a la sentencia recurrida. El primero de ellos con apoyo en la causal segunda de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues estima que la sentencia no se dictó de acuerdo con el veredicto, ya que en su opinión a los vocales se les preguntó por un delito de secuestro, en el grado de tentativa, y la sentencia desconoció esta circunstancia, diminuente, lo que se tradujo en "...infracción directa de las normas sustanciales contenidas en los artículos 22 y 268 del Código Penal, que dejaron de aplicarse por el sentenciador al caso concreto sometido a su decisión, siendo necesario hacerlo, y la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 1923 de 1978, violando de contera el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional que prescribe el principio de favorabilidad...".

El segundo cargo lo formula al amparo de la causal primera de casación al estimar que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra el principio de la favorabilidad, pues ha debido aplicar las normas que regulan el delito de secuestro en el nuevo Código Penal y no las más gravosas para el procesado que contemplaba el Estatuto de Seguridad.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares estima que debe desecharse el recurso de casación propuesto, por cuanto en el proceso existe prueba suficiente del delito y de la responsabilidad. En cuanto al primer cargo encuentra que fue correcta la calificación que de secuestro extorsivo se dio a los hechos, pues desde la vigencia de la Ley 21 de 1973 no es dable afirmar la existencia de concurso entre el secuestro y la extorsión. Así mismo afirma que en momento alguno se ha calificado el secuestro como tentado y, por lo tanto, la dosificación de la pena que se hizo tomando como punto de partida la prevista en el artículo 1º del Decreto 1923 de 1978, es la adecuada.

Con relación al segundo cargo estima que el Estatuto de Seguridad se dictó con fundamento en las facultades de excepción consagradas en la Carta mientras que el nuevo Código Penal tuvo origen en las facultades conferidas por el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional y que este último ordenamiento no derogó las disposiciones promulgadas para lograr el restablecimiento del orden, y, en consecuencia, no existiendo la sucesión de leyes alegada, no era aplicable la pretendida favorabilidad.

Consideraciones de la Corte

Correspondería a la Corte entrar a estudiar cada uno de los cargos propuestos; no obstante, como se advierte la presencia de una nulidad que impediría un pronunciamiento de fondo, es el caso de entrar a declararla oficiosamente.

En precedentes pronunciamientos la Corte ha aceptado la declaratoria ex-oficio de la nulidad, por cuanto ninguna decisión puede edificarse sobre actos nulos en la medida en que el vicio sea ostensible y aparezca por lo menos insinuado en los cargos formulados. Este último requerimiento lo encuentra satisfecho la Sala, pues en los dos cargos propuestos el recurrente advierte que en la sentencia recurrida se vulneró el artículo 26 de la Constitución Nacional y, aun cuando sobre fundamentos diversos, es lo cierto que se desconoció el citado precepto de la Carta, habida cuenta de que se vulneraron fundamentales formas de la actuación procesal.

Las consideraciones sobre las cuales la Sala proferirá su decisión son las siguientes:

1ª La sentencia impugnada aparece suscrita por los tres Magistrados que conforman la Sala de Decisión y por el señor Comandante General de las Fuerzas Militares, en su condición de Presidente del Tribunal. No obstante, dos de los Magistrados firmaron la decisión con la manifestación de que aclaraban su voto.

De la lectura de la providencia elaborada por el ponente y que coadyuvó el Presidente del Tribunal, conclúyese que se optó por confirmar, con modificaciones relacionadas con la cantidad de la pena, la decisión de primera instancia proferida por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los particulares José Bernardo Páez Avila, Nelson López Martínez, Luis Orlando Bermúdez y Francisco Javier Giraldo Gutiérrez, a quienes se sindicó del delito de secuestro.

La pretendida sentencia condenatoria parte de la afirmación de que los procesados realizaron la conducta descrita en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguri-

dad). Para llegar a esta conclusión se refiere —in extenso— a la sucesión de leyes en el tiempo y a la derogatoria de las disposiciones dictadas por el Ejecutivo con fundamento en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, así como a la decisión que sobre dicho tema adoptó la Corte en providencia del 24 de marzo de 1981. Advierte, sin embargo, que a pesar del "respeto, acatamiento y admiración que tiene el suscrito por la honorable Corte Suprema de Justicia" no comparte sus planteamientos, pues estima que el Estatuto de Seguridad no fue derogado al entrar en vigencia el nuevo Código Penal. Estos razonamientos condujeron a que al procesado recurrente se le impusiera la pena mínima contemplada en el inciso 2º del artículo 1º del Estatuto de Seguridad.

Los dos Magistrados que aclararon su voto, aun cuando lo hicieron en escritos separados, fundamentaron su discrepancia en idénticos razonamientos. En efecto, el Magistrado Roberto Plata Torres consignó en su escrito que disiente del criterio expuesto en la ponencia, en lo relacionado con la pena "...por cuanto que para la dosificación se tuvo en cuenta aquella a que se contrae la disposición del artículo 1º del Decreto 1923 atrás citado y no la señalada en el también citado artículo 268 del Decreto-ley 100 de 1980".

"Y, se considera que es la última disposición citada la que ha debido tomarse en cuenta en el fallo de segunda instancia para los fines indicados porque ella tiene amplio respaldo no solamente en el artículo 6º del Código Penal sino en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional; disposiciones en las cuales aparece instituido el beneficio de la favorabilidad. No aplicar el beneficio aludido es desconocer, pues, ese principio que tiene su fundamento en un principio eminentemente constitucional".

Destaca este Magistrado que comparte los planteamientos de la Corte aducidos en providencia de 24 de marzo de 1981, en donde se determinó con meridiana claridad que el principio de favorabilidad tiene raíces en el Estado de Derecho y por cuanto al Ejecutivo lo habilita la Constitución, en virtud de la legalidad marcial, "...no sólo para suspender leyes incompatibles con el Estado de sitio *que estén en vigencia* pero no para suspender leyes futuras o por venir".

Por su parte el Magistrado Guillermo Rojas Orjuela, quien estima que existe mérito para dictar sentencia de condena, consigna su disenso así: "Mi discrepancia se remite a la dosificación de la pena aflictiva que se hace en el fallo en comento, porque estimo que la norma aplicable para el caso es el artículo 268 del Código Penal actualmente vigente (Decreto 100 de 1980) y no el artículo 1º del Decreto 1923 de 1978".

2ª *La posición conceptual adoptada por el Magistrado ponente y por el Presidente del Tribunal es lógica y jurídicamente inconciliable con la asumida por los Magistrados que aclararon su voto, pues no se trata de simples discrepancias tangenciales, sino de posturas ideológicas con consecuencias en el mundo del derecho, completamente contradictorias.*

Las dos tesis han sido aducidas recientemente y de manera concreta por la Corte en la decisión anteriormente citada, de un lado, mientras que la tesis opuesta se halla consignada en los salvamentos de voto y aun cuando con variantes, en la opinión del Procurador Delegado que intentó la reposición de la decisión mayoritaria.

El punto de partida de cada una de las citadas posiciones doctrinales es distinto, no sólo porque el proceso de adecuación típica se hace con relación a diverso dispositivo incriminador, sino por cuanto se apoyan en posturas conceptuales antagónicas. Además las consecuencias en el plano de la punibilidad son bien diferentes, como lo advierten quienes firmaron con aclaración de voto.

Si lo anterior es cierto, forzoso es concluir que la posición de los disidentes no es una simple aclaración de voto, sino un verdadero salvamento de voto, con repercusiones tanto en la motivación, como en la parte resolutiva de la decisión.

3ª *Tanto el inciso 3º del artículo 11 del Decreto 1265 de 1970 como el artículo 325 del Código de Justicia Penal Militar establecen que las decisiones, en el caso de jueces colegiados, se tomarán por mayoría de votos y en caso de empate "...éste se decidirá por la intervención de un magistrado de las otras Salas, escogido a la suerte".*

En el caso que ahora se resuelve se presentó un empate ante la adopción de dos tesis inconciliables, cada una de ellas sustentada por igual número de magistrados. Vale decir, que no existió decisión por no haberse deferido la solución del empate a un Magistrado de otra Sala, como lo ha dispuesto la citada norma del Estatuto Penal Militar.

4ª *La ausencia de la decisión de fondo representa flagrante violación de las formas propias del juicio, lo que constituye ostensible nulidad de carácter constitucional que debe ser declarada por la Corte.* Por lo tanto, deberá ser casado el

fallo impugnado, que aun cuando formalmente tiene las características de una sentencia, adolece de los vicios que se dejaron puntualizados.

El proceso debería volver a la oficina de origen, empero, como por ministerio del Decreto 1674 de 1982 se levantó el estado de sitio y por lo tanto, a partir del 20 de junio de 1982, la justicia penal militar carece de competencia para conocer de este proceso, se dispondrá su envío al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que es la autoridad competente por el lugar de comisión del hecho y por la naturaleza del delito, para conocer en segunda instancia de este proceso.

En atención a las precedentes consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve

1º CASAR la sentencia impugnada. En consecuencia declárase la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión de 2 de junio de 1981, inclusive.

2º DISPONER el envío de la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para los fines indicados en la motivación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

Salvamento de voto

Creo que la decisión adoptada por mayoría contiene dos desaciertos. De ahí que deba separarme de la sentencia proferida y exponga como motivo para ello, lo siguiente:

a) Se ha casado una sentencia que no existe, que estaba sí en avanzado proceso de formación.

En efecto, si dos Magistrados (doctores Plata Torres y Rojas Orjuela) consideraron aplicable el Código Penal de 1980 y otro de ellos, así como el Presidente del Tribunal Superior Militar, el Comandante General de las Fuerzas Armadas, estimaron vigente el Decreto 1923 de 1978, quiere ello decir, como lo reconoce la mayoría de la Sala, que no se acordó la sentencia correspondiente, que no se dirimió, como lo ordena el artículo 325 del Código de Justicia Penal Militar, el empate surgido. Ninguna de las dos tesis en conflicto logró una votación de mayoría. La verdad procesal es que no se produjo la sentencia, pues no culminó el trámite de su proferimiento. Quedó trunco, puesto que faltó sortear a otro de los magistrados integrantes del aludido Tribunal, el cual debía definir ese empate y hacer prevalecer una de las dos tesis. Sólo en este momento podía hablarse de sentencia condenatoria.

De ahí, entonces, que debió reconocerse este hecho con sus necesarias consecuencias, mediante auto de anulación del trámite equivocadamente adelantado, ordenándose subsanar tan protuberante anomalía. Se sabe que la admisión de un recurso o el reconocimiento de validez formal de la demanda de sustentación, no constituyen decisiones vinculantes. Cuando se advierten motivos de invalidación, hay que reconocerlos de inmediato. Si la extemporaneidad, la carencia de legitimación, la naturaleza del proveído, la cantidad de pena o la cuantía de los perjuicios, llevan a rechazar la procedencia de un recurso extraordinario de casación y a retrotraer el trámite cumplido con inobservancia de estas exigencias, *a fortiori* se impone igual solución cuando inexiste la sentencia objeto del mismo, por carencia de las formas de quienes deben concurrir a su suscripción. En otras palabras debió hacerse lo mismo que si se hubiera advertido *a tiempo* la ausencia del fallo recurrido: ordenar la devolución del expediente para subsanar el yerro. La situación procedimental es la misma, ya se advierta el problema al principio o al final de la sustanciación de rigor. Dictar sentencia de casación —porque la cuestión— ha sido detectada cuando culminaba el trámite, es acordar una solución incorrecta, pues se ha cumplido mediante sentencia, a todas luces improcedente, lo que debía asumirse mediante auto de invalidación.

Constituye igual situación invalidar un procedimiento, que no debió sucederse por irregular concesión del recurso, como anular el trámite realizado al advertir que no existía sentencia por falta de todas sus firmas, o de las que representaban su mayoría, o por indebida notificación del fallo adoptado. En todos estos casos no puede usarse la sentencia de casación, para invalidar lo actuado. El fallo, como tal, apenas tiene un valor y significación aparentes, pero no traduce la esencia que el legislador ha querido otorgarle.

Se ha invalidado simplemente un trámite, que podía y debía cumplirse mediante un auto, pero ni siquiera se ha anulado un fallo ya que su inexistencia era manifiesta, pues estaba en vía de adoptarse o de exhibir físicamente su adopción. De un lado la anulación reconoce que existe fallo, pero simultáneamente se reconoce su inexistencia y de allí que no sea factible dictar la sentencia de reemplazo.

b) De esta analizada situación se ha desprendido otro desacierto. Se ordena volver el proceso no al Tribunal Superior Militar, sino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ya que por obra del levantamiento del estado de sitio (¡al fin!), los expedientes deben pasar, en el estado en que se encuentren, a su órbita propia.

Entiendo que aquí no se ha hecho el distingo necesario de las circunstancias propias del caso y se ha asumido un criterio que tiene una extensión inconveniente y antiprocesal.

La emisión de la sentencia, había iniciado su curso en forma tan definida, que ya no era posible, por obra del levantamiento del estado de sitio, suspender o anular sus efectos o la situación creada. Debía y debe culminar esa actuación. El error de haber enviado el expediente sin que se obtuviese, previamente, la intervención del magistrado que debía desatar el empate, no es razón para que ahora se despoje a la Corporación de ese atributo, de esa obligación. La sentencia debió proferirse por el Tribunal Superior Militar y se actuó, a este respecto, cuando se tenía plena competencia. Era obligación dirimir el empate y se tenía oportunidad procesal válida para hacerlo. Ahora, simplemente, se trata de que el magistrado sorteado defina criterio sobre una de las dos tesis discutidas y que no alcanzaron votación mayoritaria.

No hacerlo es desconocer la situación creada. Equivaldría, con el rigor que quiere imprimirle la Corte a su tesis, a vedar la labor de notificación de un fallo pronunciado porque entre ésta y aquélla ha cesado el estado de sitio, o, interrumpir una audiencia pública o un consejo de guerra verbal, porque antes de terminar éstos ha ocurrido igual fenómeno. Muy distinta sería la situación si el proceso estuviera para ser definido en sentencia y el magistrado sustanciador no hubiera presentado la correspondiente ponencia, o ésta apenas estuviere a estudio, pero cuando ya se ha votado por sus integrantes y apenas falta dirimir un empate, no es factible restringirles o negarles la competencia y trasladarla a otros organismos o funcionarios para que emitan sentencia.

No me cabe duda, entonces, que el proceso debió volver al Tribunal Superior Militar, para que se sortease el magistrado que debía dirimir el empate.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

Bogotá, noviembre 5 de 1982.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

No es posible proponerla en los juicios en que interviene el jurado o los vocales cuando se trata de consejos de guerra. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 2 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 84.

Expediente número 27510.

Vistos

El Tribunal Superior Militar en sentencia del 4 de marzo de 1982, confirmó la dictada por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, el día 17 de noviembre de 1981, mediante la cual el agente auxiliar de la Policía Nacional, Bernardo Martínez Pamplona, fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio y accesorias de rigor como responsable del delito de homicidio en Jaime Cañón Tovar.

Corresponde decidir el recurso extraordinario de casación contra el fallo del Tribunal.

Hechos

En la sentencia impugnada se reseñaron de la siguiente manera:

"...La presente investigación penal tuvo su origen en la denuncia formulada por la señora Graciela Tovar Hueso, madre del occiso, quien relató que viviendo con su hijo en la Vereda Sorquecito, jurisdicción de Muzo, y perteneciente a la zona minera, el día 11 de diciembre de 1979 cuando se encontraban guaquiando en la quebrada Las Animas, se hizo una batida para desalojar a los guaqueros y cuando ya en compañía de su hijo y otros guaqueros se dirigían a sus residencias a una distancia de 500 metros más arriba de la quebrada que estaban dos policías y uno de ellos le dijo a su hijo: 'este negro H, P., no cruza porque le tengo bronca', y sin que hubiera ofensa de parte de su hijo, el policía le disparó después de haberlos encañonado con la carabina; que después los policías atrincherados se pusieron a echar plomo. Agrega que su hijo no estaba armado y tan solo tenía una pala y un costal...".

La demanda

Propone las causales primera y cuarta de casación (Art. 580-1-4 del C. de P. P.).

Causal primera. Hace el siguiente enunciado bajo el cual propone varios reparos:

"...Por ser la sentencia violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, al dejar de valorar la totalidad de las pruebas aportadas al proceso y dar a las consideradas un valor distinto al preceptuado por la ley. Artículos 13, 216, 217, 218, 236, 264, 239 del Código de Procedimiento Penal...".

a) Sólo se tiene en cuenta las pruebas de cargo como la denuncia de la madre del occiso, Graciela Tovar y las declaraciones de Jaime Cañón y Argemiro Carreño; no se valoraron las pruebas de la defensa, o sean, los testimonios de Luis Alfonso Contreras, Ramón Joaquín Téllez, Diego Humberto Gómez y las indagatorias de Martínez Pamplona y Martínez Hernández.

En esta forma el juzgador incurrió en error de derecho, pues dio por establecido plenamente que el procesado fue el autor material del homicidio; cuando sobre ese punto, si se mira toda la prueba recaudada, surgen serias dudas que de conformidad con el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, deben ser resueltas a favor del procesado por el principio *in dubio pro reo.*

b) El juzgador cometió error de derecho porque dentro del expediente no existe una prueba legalmente producida que precise la clase de arma utilizada para el crimen "...a pesar de ello dio

por plenamente establecido que el autor del disparo fue mi defendido...".

c) No tuvo en cuenta el juzgador que el deceso se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del procesado, toda vez que la herida no tenía carácter mortal, ocasionando ese desenlace la carencia de atención médica adecuada.

d) Afirma que el juzgador ignoró lo sospechoso del testimonio de la madre de la víctima, por el vínculo de consanguinidad; igualmente ignoró la familiaridad de los compañeros del occiso y los nexos de defensa común que los ligaba en "...la situación ilegal de explotadores subrepticios de bienes ajenos como lo son las esmeraldas...".

Causal cuarta. Sostiene que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad constitucional (Art. 26, C. N.), "...pues en el proceso que nos ocupa los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales se redactaron de una manera que desconoce totalmente la verdad histórica de los hechos...".

Bajo esta premisa, anota:

"...La afirmación de que el disparo se produjo con una carabina, no corresponde a la realidad procesal, pues dentro del expediente no existe prueba de ninguna naturaleza que permita establecer que el proyectil que hizo impacto en la pierna del occiso corresponda a esta clase de arma de fuego...".

El cuestionario "...altera esencialmente la realidad procesal al afirmar que el homicidio se cometió con intención (sic) de matar, pues, en la resolución no se hace el cargo con esta calificación, ni dentro del expediente se encuentra probado este elemento...". Concluye que se trataba de un homicidio preterintencional.

El Ministerio Público

El Procurador Delegado para la Policía Nacional, solicita que la sentencia no se case porque a su juicio ninguno de los cargos puede prosperar.

Se refiere primero al cargo único propuesto con fundamento en la causal cuarta y expresa:

"...Considera el Ministerio Público que estando plenamente demostrado en el proceso que la muerte de Cañón Tovar fue producida con arma de fuego disparada por el ex agente auxiliar Bernardo Martínez Pamplona, resulta inocua la informalidad anotada por el actor y que pretende erigir en causal de nulidad constitucional. Basta recordar que este tipo de nulidad supralegal prospera solamente cuando se han pretermitido los principios fundamentales del juzgamiento, evento que no se da en el caso examinado...".

Luego, agrega:

"...De otro lado conviene puntualizar que el reparo hecho a la sentencia impugnada consistente en que en los cuestionarios se consignó contra la evidencia procesal que el homicidio se cometió con la intención de matar, contrariando de tal forma los cargos contenidos en la resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra, por lo cual 'la calificación que correspondería, sería la de un delito preterintencional', no tiene asidero legal alguno, pues la argumentación del censor para demostrar el error en la denominación jurídica de la infracción constituye en el fondo un enfrentamiento de su criterio personal sobre apreciación probatoria en el ámbito indiciario y testimonial al que tuvo en cuenta el fallador dentro de ese mismo campo al proferir la sentencia impugnada...".

Con relación a los cargos hechos al amparo de la causal primera, advierte:

"...El Ministerio Público debe consignar una vez más que ha sido reiterada doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia el sostener que en ejercicio del recurso de casación no puede atacarse la prueba, esto es, invocarse el segundo cuerpo de la causal primera en aquellos casos en que intervienen los jueces de hecho a menos que la censura se intente a través de la causal cuarta.

"Ello, porque la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto y éste, según mandato legal, no se fundamenta sino que se profiere en conciencia...".

La Corte considera

De conformidad con la técnica del recurso, debe la Corte ocuparse primero del cargo único de nulidad constitucional propuesto por el recurrente, con fundamento en la causal cuarta de casación.

Dicho reparo lo hace consistir en que violaron las formas propias del juicio porque en el cuestionario sometido a consideración de los vocales del consejo de guerra verbal se consignaron dos situaciones que contrariaban la "verdad his-

tórica de los hechos" o que no se hallaban plenamente probadas en el proceso, a saber:

1. Que el disparo fatal se hubiera hecho con carabina, y

2. Que el procesado hubiera tenido la intención de matar.

En efecto, el cuestionario se redactó así:

"El acusado, ex agente auxiliar de policía, Bernardo Martínez Pamplona, natural de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 74300235 de Santa Rosa de Viterbo, hijo de Noé y Herminda, es responsable, sí o no, de haberle causado la muerte al particular Jaime Cañón Tovar, mediante disparo de arma de fuego —carabina—, ejecutado por el acusado con el propósito de matar, cuyo proyectil hizo blanco en el cuerpo de la víctima, herida de naturaleza mortal que determinó el deceso, según hechos ocurridos en horas de la tarde del día once de diciembre de 1979 en la quebrada de Las Animas del Municipio de Muzo (Boyacá), en actos propios del servicio y con ocasión del mismo?...".

Ahora bien, la afirmación que se hace de que la muerte de Jaime Cañón Tovar se causó mediante un disparo de carabina no carece de prueba en lo que concierne a la clase del arma como lo pretende el impugnante ni tal afirmación contraría la realidad procesal en manera alguna, pues son los mismos procesados y los testigos presenciales quienes dan fe de ella. De otra parte, si se halla plenamente demostrado que la víctima falleció por un disparo que le hizo el procesado, un posible error sobre la calidad o clase del arma de fuego empleada por éste no vendría a alterar la legalidad del cuestionario, porque no cambia sensiblemente, en este caso concreto, la sustancia de la conducta objeto de imputación.

La aseveración de que el acusado tuvo la intención de matar, tiene pleno respaldo en toda la prueba recaudada. Sin embargo, en la hipótesis de que no fuera cierta esa intención y de que la realidad probatoria indicara que el delito fue preterintencional, como lo sostiene el censor, no cabría reparo alguno. Basta recordar que la Corte siempre ha sostenido que en los consejos de guerra verbales, los cuestionarios constituyen el auto de proceder, y si ésta es una verdad jurídica inconclusa, señalar que el hecho se cometió con intención de matar en lugar de que lo fue con la simple intención de lesionar, no afectaría el género de la infracción por la cual se llamó a juicio, lo que de plano descartaría, por este aspecto, cualquier tipo de violación legal o constitucional en la confección del cuestionario.

En consecuencia, el cargo de nulidad no prospera.

Resta por analizar los cuatro cargos que se le hacen a la sentencia de violación indirecta en los que, en síntesis, se le endilga haber dejado "... de valorar la totalidad de las pruebas aportadas al proceso y dar a las consideradas un valor distinto al preceptuado por la ley...".

En la sustentación de esos reparos el casacionista hizo, como era lógico dentro de su enfoque, la impugnación de la prueba, equivocando de paso la calificación de los errores que creyó ver en la sentencia.

Si se recorren sus argumentos se encuentra que no expresa en qué sentido fue violada la ley sustancial y menos se ve ningún intento para demostrar ese particular aspecto. Vale decir, que el actor llegó hasta la violación media y allí finalizó su razonamiento, dejando el recurso a mitad de camino.

De todas maneras *olvidó que en los juicios en que interviene el jurado y, desde luego, los vocales de los consejos de guerra, no es posible proponer la violación indirecta de la ley sustancial, porque al tener el demandante que debatir la prueba, estaría alegando la contraevidencia del veredicto y emplazando a la Corte, por ese modo, a dictar sentencia desconociéndolo, esto es, proponiéndole un imposible jurídico: la violación del debido proceso.*

Por estos errores manifiestos de técnica resultan fallidos los cargos formulados al amparo de la causal primera de casación; luego, tampoco pueden prosperar.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria, dictada en este proceso el cuatro de marzo del corriente año, por el Tribunal Superior Militar y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Ve-

lásquez, salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía,* salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz
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 21/80), 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 sirven 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 (Arts. 21, 166 y 157, C. N.; Código Nacional de Policía, Arts. 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 encamine 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, 4 de noviembre de 1982.

SUSTENTACION DEL RECURSO DE CASACION

DEFENSA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO SINDICADO

En casación el mismo procesado recurrente, siendo abogado titulado, está legalmente habilitado para sustentar el recurso

Esta situación es diversa de la que se presenta con procesado que es profesional del derecho y rehusa la presencia de apoderado en las fases de sumario y juicio, caso en el cual —como esta Sala lo resolvió recientemente—, ha de estar asistido por otro abogado para garantizar plenamente su derecho de defensa, dentro de un debate procesal en el que las partes intervinientes han de estar equilibradas

---

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA DE LA LEY: Antitécnica alegación simultánea.

FORMAS LEGALES DE VIOLACION DIRECTA DE LA LEY: La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea; no se deben alegar simultáneamente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 2 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 84.

Vistos

Mediante sentencia del 22 de octubre de 1981, el Tribunal Superior de Ibagué, dispuso condenar al abogado Tomás Segundo Martínez Granados, a la pena principal de 2 años y 6 meses de prisión como responsable de coautoría en delitos de falsedad documental y estafa. De esta decisión ha recurrido en casación.

Hechos

En la Inspección de Policía de "La Vega de los Padres", del Municipio de Coello (Tolima), fue burdamente adulterado el libro de registro civil de nacimiento para hacer figurar a Nemesio Uribe, denunciando el nacimiento de un niño llamado Cristóbal Meneses Cuenca, como hijo natural de Pastor Meneses y María Hilda Cuenca; ese documento así falsificado pretendió hacerse valer en el juicio de sucesión de Pastor Meneses con el aparente propósito de desplazar como heredero legítimo de Gregorio Meneses, hermano del causante.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada por el Juzgado Trece de Instrucción Criminal del Espinal, el 17 de mayo de 1973. El Juzgado Primero Superior llamó a juicio en providencia del 7 de febrero de 1978 al abogado Martínez Granados y a los señores Laureano Sánchez y Antonio Florido por delito de falsedad documental. El Tribunal precisó, al conocer de esta providencia, que el abogado Martínez debía ser llamado a juicio por falsedad y estafa y los demás por falsedad documental. En su oportunidad, el Juzgado del conocimiento condenó al doctor Martínez como responsable del delito de falsedad y lo absolvió del cargo de estafa; a los otros procesados los condenó por falsedad; el Tribunal, en cambio, extendió la condena del abogado al delito de estafa y confirmó la de los demás sindicados.

La demanda de casación

El Ministerio Público resume acertadamente la demanda de casación así:

"Actuando en su propio nombre el abogado sentenciado Tomás S. Martínez Granados, formula, en extensa y confusa demanda, nueve cargos a la sentencia de segundo grado con invocación de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerarla violatoria 'de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida y por interpretación errónea'. Tras este enunciado asevera y pretende explicar que el fallador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de numerosas pruebas de cargo que sirvieron de base a la decisión de condena al tenerlas como fundamento de 'el cuerpo del delito y la responsabilidad' ".

Impropiamente y bajo el título "resumen de la impugnación", "capítulo primero"; "causales del recurso de casación" que desarrolla en literales de "a" a "H", el profesional habla indistintamente de "cargos" a la sentencia acusada y de "causales" de casación al encabezar los discursos de los literales "a", "E" y "F", y refundiendo conceptos de su desordenada exposición, crítica para censurar el valor otorgado en la sentencia a los testimonios de Emperatriz Cuenca viuda de Meneses y Laureano Sánchez Poveda; al dictamen grafotécnico mediante el cual se comprobó la falsificación del registro de nacimiento que dio origen a la investigación al poder supuestamente conferido a él por María Hilda Cuenca —que resultó también ser falso—, y a varios indicios, de los cuales pregona son simples sospechas erróneamente valoradas.

"Reiteradamente y como conclusiones parciales sostiene el censor que en la sentencia acusada hubo violación de 'leyes sustantivas (Arts. 220 y 222 del C. Penal vigente y las normas sobre aplicabilidad en el tiempo del artículo 408 del C. Penal derogado...), por indebida aplicación del artículo 278, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, por error manifiesto y ostensible que aparece con claridad en los autos, error que fue de derecho. Esto porque el cuerpo de los delitos de falsedad y estafa no está acreditado, no aparece demostrado'; y que así mismo hubo violación del 'artículo 229 del Código de Procedimiento Penal... al condenar con unas pruebas tan deleznables y débiles'...".

"Finalmente considera y afirma que 'no está acreditado, no está establecido plenamente el cuerpo del delito de falsedad documental ni de estafa, en las modalidades de los artículos 220 y 222 del Código Penal y del artículo 408 del Código Penal derogado'. 'No hay prueba plena de responsabilidad, ni siquiera semiplena', 'No está determinada la participación del recurrente en las infracciones (falsedad y estafa)' ".

Concepto de Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, encuentra ostensibles vicios de técnica en la demanda de casación, pues a tiempo que ataca la sentencia por violación directa de la ley, fundamenta los cargos como si se tratase de violaciones indirectas; incurre así en graves contradicciones que hacen sustancialmente inepta su demanda; por eso se abstiene de un pronunciamiento de fondo y pide no casarla.

Considerandos

1. *Aunque en el presente caso el mismo procesado recurrente sustente el recurso de casación, la Sala se ocupará en el fondo de la demanda porque siendo abogado titulado está legalmente habilitado para hacerlo. No sobra precisar que esta situación es diversa de la que se presenta con procesado que es profesional del derecho y rehusa la presencia de apoderado en las fases de sumario y juicio, caso en el cual —como esta Sala lo resolvió recientemente— ha de estar asistido por otro abogado para grantizar plenamente su derecho de defensa, dentro de un debate procesal en el que las partes intervinientes han de estar equilibradas. La sustentación del recurso de casación exige conocimientos jurídicos anejos a la condición de abogado, pero es ajena a la controversia inter-partes propia de las instancias ordinarias del proceso; por eso puede ser asumida directamente por el procesado si tiene la calidad de abogado titulado, sin que con ello se vulnere derecho alguno legal o constitucionalmente reconocido; en su favor estaría, además, el mejor conocimiento del proceso dada su condición de parte interesada.*

2. *En reiterada jurisprudencia ha dicho esta Sala que es antitécnica la simultánea alegación de las violaciones directa e indirecta de la ley, pues a tiempo que aquella supone acuerdo del censor con los hechos procesales y ataque exclusivamente dirigido a la decisión del juzgador frente a la pura normatividad jurídica, ésta implica desacuerdo visible del actor con el tratamiento dado en la sentencia al material probatorio; ante la excluyente fisonomía lógica de estos dos fenómenos, resulta imposible aceptar su coetánea alegación.*

3. *La violación directa de la ley admite tres formas legalmente precisadas, a saber: la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea; se da la primera cuando el juzgador ha ignorado la existencia de una norma jurídica inequívocamente aplicable al caso* sub judice; *preséntase la segunda cuando el juez yerra en el proceso mental de adecuación típica, pues ha decidido que la conducta del procesado se subsume en un tipo legal dentro del cual aquella realmente no entra; la tercera, en cambio, evidencia equivocación del juzgador al desentrañar el verdadero significado de la norma dentro de la cual objetivamente cabe la conducta incriminada. Las indicadas diferencias entre estos fenómenos impiden igualmente su coetánea alegación.*

4. En su desordenado escrito el recurrente incurre precisamente en tales desaciertos, pues a tiempo que alega violación directa de la ley sustancial, pretende demostrar los cargos que con tal enunciado hace a la sentencia criticando la prueba que se tuvo en consideración para condenarlo, con lo que convierte en violación indirecta lo que enuncia como vulneración directa de normas sustantivas; además, al plantear la violación directa de la ley alega simultáneamente sus tres formas, incurriendo así, en otro error lógico, como ya se explicó.

Estos vicios protuberantes en el manejo de la delicada y exigente técnica del recurso extraordinario de casación, que impiden a la Corte saber con precisión cuáles son los ataques que el actor hace a la sentencia dentro de los claros esquemas legales del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, forzosamente conducen a desestimar el recurso impetrado.

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.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Contenido y alcances de los artículos 44, 45, 46 y 47 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 87, de noviembre 9 de 1982.

Vistos

La doctora Gilma Tatiana Rincón Covelli, representante judicial del detenido Guillermo Elvecio Ruiz Gómez, solicitó al Gobierno Nacional el cambio de radicación del proceso que contra este sindicado se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Cali, por el delito de homicidio. Estima que la seguridad de su cliente es precaria por cuanto ha recibido amenazas de muerte procedentes del grupo que a sí mismo se denomina "Muerte a Secuestradores" (MAS) y su traslado a la ciudad de Cali facilitaría cualquier atentado contra su vida, pues allí los detenidos no disponen de las seguridades con que son mantenidos en la Cárcel de La Picota los miembros del M-19.

De la solicitud y los documentos anexos se corrió traslado a esta Corporación para obtener el concepto previsto en el artículo 44 del ordenamiento procesal.

Guillermo Elvecio Ruiz Gómez se halla detenido en la actualidad en la Penitenciaría Nacional de La Picota. Su situación jurídica es la siguiente:

a) Condenado por un consejo verbal de guerra, celebrado en Medellín, por los delitos de secuestro y hurto en la persona de Martha Nieves Ochoa Yepes. En la actualidad se surte la segunda instancia en el Tribunal Superior de Medellín;

b) Condenado por un consejo verbal de guerra verificado en Bogotá, por el delito de rebelión. Este proceso se encuentra en apelación en el Tribunal Superior de Bogotá, y

c) Sindicado por el delito de homicidio en la persona del agente del F-2, Omar Daniel Arce. Este proceso se halla radicado en el Juzgado Segundo Superior de Cali y en el momento de hacerse la solicitud se encontraba en la etapa investigativa, para la cual se había comisionado al Juzgado Cuarenta y Uno de Instrucción Criminal de Bogotá.

Afirma la peticionaria que su poderdante tiene graves problemas de seguridad personal, pues fue aprehendido por el MAS a raíz del secuestro de Martha Nieves Ochoa y entregado a la Brigada de Institutos Militares. A partir de ese momento ha recibido amenazas de muerte que difícilmente podrían cumplirse mientras permanezca recluido en La Picota, habida cuenta de que en ese centro carcelario se hallan concentrados la mayoría de los miembros del M-19, motivo por el cual pueden tomar algunas medidas de seguridad; además allí está absolutamente prohibida la entrada a particulares y se les ha aislado de los presos comunes, lo que también dificulta cualquier intento de agresión.

Señala que en Cali han sido asesinados sindicalistas y militantes del M-19 y que precisamente en la Cárcel de Bellavista de Medellín, se presentó un motín cuando se pretendió aislar a Guillermo Elvecio Ruiz Gómez, hecho que agravaba su precaria situación de seguridad.

A la solicitud acompañó ejemplares de periódicos de Cali y Bogotá en los cuales se da cuenta de la creación y finalidades del MAS, del motín de la Cárcel de Bellavista, de la muerte de dos personas en la ciudad de Cali y de la forma como Elvecio Ruiz fue aprehendido por el MAS y entregado encostalado a las autoridades militares.

También se acompañó una declaración rendida por Elvecio Ruiz, ante el Comandante de Vigi-

lancia de La Picota, en la cual el detenido insiste que su traslado de ese centro carcelario pone en peligro su vida y una comunicación del asesor jurídico de ese centro de reclusión, en la cual informa que no se ordenó la remisión del sindicado Ruiz que solicitó el Juzgado Cuarenta y Uno de Instrucción Criminal de Bogotá y se pidió que este funcionario se trasladara a la cárcel "...ya que el citado interno reviste peligrosidad...".

El Código de Procedimiento Penal se refiere, en sus artículos 44 y 45 al cambio de radicación de los procesos, cuando en el lugar en donde debe realizarse el juzgamiento no existen las condiciones esenciales para la recta administración de la justicia. Por su parte el artículo 46 del mismo ordenamiento contempla el cambio de radicación para los casos en que el procesado padezca grave enfermedad que exija cambio de clima o de residencia y, finalmente, el artículo 47 prevé un cambio de radicación especial, por razones de seguridad, para procesos que se adelanten contra oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y detectives de la Policía o del Departamento Administrativo de Seguridad.

No existe, pues, en nuestro ordenamiento norma alguna que contemple el cambio de radicación por razones de seguridad del sindicado que no pertenezca a los grupos armados expresamente mencionados en la disposición señalada en precedencia. No obstante, estima la Sala que en el supuesto de que se llegue a la inequívoca conclusión de que la vida de un procesado corre un peligro cierto en un determinado lugar, procede el cambio de radicación, pues esa circunstancia impide que se den las condiciones esenciales para la recta administración de justicia.

Sin embargo, en el presente caso no halla la Corte justificado el cambio de radicación, por lo menos en el actual momento procesal. Las razones son las siguientes:

a) Es verdad que contra el procesado Guillermo Elvecio Ruiz Gómez se adelanta en la ciudad de Cali, una actuación sumarial por el delito de homicidio; sin embargo, ese proceso apenas se halla en el período investigativo y no existe constancia de que en su contra se haya proferido auto de detención;

b) El procesado Ruiz Gómez está condenado en primera instancia por hechos delictivos diferentes cometidos en las ciudades de Medellín y Bogotá. Por lo tanto no hay inminencia de un traslado a la ciudad de Cali;

c) Es aconsejable que la instrucción de un proceso se adelante en el lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos, pues allí reposan los principales medios de convicción; las pruebas que deben practicarse con el sindicado pueden llevarse a cabo por intermedio de juez comisionado, que es justamente lo que se ha hecho. Un cambio de radicación en este momento tendería a precaver un riesgo eventual, con el seguro desmedro de la eficacia de la investigación;

d) El sindicado Ruiz Gómez estuvo en poder del MAS desde el 22 de diciembre de 1981, hasta la noche del 28 de diciembre del mismo año. Así lo reconoce el propio sindicado y lo demuestran las demás constancias procesales aportadas, lo que permite inferir que si los miembros de la citada organización delictiva pretendieren dar muerte a Ruiz Gómez, habrían tenido oportunidad de hacerlo;

e) El MAS es una organización delictiva, de acuerdo con los informes de prensa que allegó la peticionaria, que opera en todas las ciudades del país, de modo que si una persona se halla amenazada por miembros de ese concierto criminal, corre riesgos similares en cualquier sitio de reclusión.

Las precedentes consideraciones llevan a la Corte, en consecuencia, a conceptuar en forma DESFAVORABLE sobre la solicitud de cambio de radicación impetrada por la apoderada del sindicado Guillermo Elvecio Ruiz Gómez.

Cópiense y devuélvanse a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, las presentes diligencias.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

COMPETENCIA PREVENTIVA ARTICULO 43 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La ley procedimental establece factores que propician la averiguación y juzgamiento oportunos, lejos de dilaciones y perplejidades. Las facilidades, en este ámbito, deben contar para las víctimas y no para los victimarios, quienes al difundir y diseminar su comportamiento, asumieron todos los futuros rigores e incomodidades de la averiguación penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 87 de 9 de noviembre de 1982.

Vistos

En este proceso, que hace buen tiempo debió recibir adecuada y oportuna calificación de fondo y determinar las justas responsabilidades de los implicados, todavía se discute la competencia territorial entre los jueces Segundo Penal de Circuito de Purificación y Primero Penal de Circuito de Girardot.

Es hora, entonces, de resolver este punto y exigir de quien deba continuar con su conocimiento una pronta resolución del caso. De los hechos puede anotarse que, Carlos A. Céspedes O. y Fernando Mancera, constituyeron una sociedad para realizar la rifa "Superdeportivo 79", que entregaría como premios un campero Nissan Patrol, último modelo, un bote "Bucanero 140", con motor fuera de borda, una carpa para camping, con capacidad para ocho personas, con su respectiva dotación, una escopeta de caza "Browning", calibre 12, cinta ventilada y cañón superpuesto, y un juego de cañas y carreteles para pesca. El sorteo se haría por la Lotería del Huila, el 29 de enero de 1980.

El citado Céspedes entregó, como solución de una acreencia, cuarenta boletas, cada una por valor de tres mil quinientos pesos, al señor José Luis Rosales Perdomo, quien, a la postre, resultó ganancioso con el número 7774. Pero, no pudo obtener ninguno de los premios ofrecidos porque entre Céspedes y Mancera, escamotearon el pago, invocando múltiples motivos.

El Juzgado Primero Penal de Circuito de Girardot, en auto de 13 de noviembre de 1980 resolvió convocar a juicio criminal, para responder del delito de "estafa", a Carlos Céspedes Ospina y Fernando Mancera Acero (Fls. 190 y ss.), decisión que anuló (¿) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (abril 23/81, Fls. 196 y ss.), al considerar un fenómeno de incompetencia de jurisdicción. Para concluir en este sentido recordó que el "Director de Justicia Municipal de Neiva", había autorizado sellar la boletería y, además, que en cada una de ellas aparecía como responsable el señor Carlos Céspedes O., dando por dirección la calle 18 No. 6-19 de Neiva (Huila).

El Juzgado Segundo Penal de Circuito de Purificación, que aceptó este pronunciamiento, residenció en juicio criminal a Céspedes Ospina y sobreseyó definitivamente en favor de Mancera Acero, por el delito de "estafa" (junio 1º/82). El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (septiembre 22/82), se abstuvo de revisar este proveído, al estimar que la competencia territorial correspondía al Distrito Judicial de Bogotá. Para determinarse en este sentido, tuvo en cuenta que la resolución por medio de la cual la Alcaldía de Purificación autorizó la rifa, no aparece como auténtica o legítima; y que la infracción, cometida en diferentes sitios, atraía como solución en este aspecto de la competencia, lo ordenado en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí, entonces, las manifestaciones de los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Purificación (septiembre 30/82, Fl. 60) y Primero Penal del Circuito de Girardot (octubre 7/82, Fls. 63 y ss.), que originaron este conflicto negativo de competencia.

La Sala considera

En estas actividades delictuosas de estafa colectiva, en las cuales resulta un número indefinido y hasta desconocido de sujetos pasivos de la misma, que se desarrollan en múltiples lugares y por tiempo prolongado de ejecución, no es dable hacer señalamientos precisos y apoyar éstos en uno o dos factores que, a su vez, pueden ser respondidos por igual número de circunstancias, para sostener criterio distinto. Es así como resulta frágil elemento de comprobación, para precisar el aspecto de la competencia territorial, acudir a referencias como las del sitio en donde se ideó o proyectó la conducta criminal, el lugar en donde se confeccionaron las boletas o su propaganda, la localidad en donde se obtuvo de autoridades administrativas el correspondiente permiso o autorización, el punto en donde debían reclamarse o entregarse los premios, el territorio en donde se efectuaría el correspondiente sorteo, la ubicación física del posible gerente de la rifa, lotería, sorteo, etc. Todo esto, aunque tiene importancia, no alcanza a constituir el elemento decisivo que fija apreciación cierta sobre el tema de la competencia.

Hay un aspecto de mayor trascendencia, cual es el de precisar dónde el estafador obtuvo el provecho, consecuencial a los artificios o engaños empleados; en el caso sub lite, *debe entenderse por tal aquél en que se logró que alguien accediera a entregar su dinero o cosa para poder participar en una rifa fraudulenta. Allí donde el adquirente de la boleta fue convencido sobre el particular* se desprendió de su dinero *(aceptó la cancelación de una antigua deuda), allí se realizó la estafa. Situaciones concomitantes o futuras, v. gr., la no entrega de premios, la verificación del sorteo, constituyen apenas comprobaciones de una conducta criminosa ya realizada. Aquel señalado factor es el que decide la competencia. Ahora bien, como se trata de un obrar pluriofensivo, que encuentra ofendidos diseminados en el tiempo y en el espacio, la circunstancia legal que da certidumbre a la competencia, viene a ser la que traduce el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal. Tiénese, entonces, que la persona estafada cuando acude a denunciar el hecho, establece para la justicia penal una competencia preventiva, que tendrá además de este efecto la influyente consecuencia de proyectarse sobre la acumulación de investigaciones (concursos delictivos, conexidades, unidad de la acción con desarrollo múltiple y equipolente, etc.).*

Conviene reiterar que lo trascendente, en estos eventos, es conocer cuándo se ha producido el artificio o engaño que ha inducido o mantenido en error a una persona, sin que deba considerarse, para la cuestión que se comenta, dónde, cómo y en qué forma se desplegó el gran aparato de la estafa, que sirvió para sorprender a cada uno de los incautos y despojarlos de sus bienes o dineros. La situación viene a concretarse en el campo legal cuando ese ofendido presenta la correspondiente denuncia criminal. Surge, entonces, la competencia preventiva, la misma que señala al funcionario que debe conocer del respectivo proceso.

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

En autos se sabe que el señor José Luis Rosales Perdomo fue convencido, en la localidad de Girardot (Cundinamarca), para recibir abundante número de boletas de una rifa que no cumpliría con los premios prometidos, como en efecto ocurrió al salir ganancioso con el sorteo de la Lotería del Huila, el 29 de enero de 1980. Allí fue donde el presunto delito de "estafa" tuvo su cabal realización y allí mismo el ofendido procuró con su denuncia, la intervención de los jueces.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Purificación y el Primero Penal del Circuito de Girardot, señalando a este último como el que debe avocar el conocimiento de este negocio y cumplir con su calificación de fondo. A él le serán remitidas estas diligencias, enviándose copia de este auto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación, para que pueda cumplir con las anotaciones o registros de rigor.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y envíese.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN EL MARCO DE LA VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

En el primero, compruébase que el sentenciador aceptó un hecho probatorio que no existe en el proceso, o desconoció el que aparecía en autos o lo desfiguró ostensible e inexcusablemente; en el segundo, en cambio, le negó al hecho el valor probatorio que le correspondía, le dio el que no ameritaba o admitió una prueba sin el lleno de sus requisitos formales

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 87.

Vistos

Decidirá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Carlos Alirio Forero Pedraza, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por delito tentado de homicidio a la pena principal de cuatro años de prisión y al pago de $ 161.715.40, como indemnización de perjuicios.

Hechos

En las horas de la mañana del 4 de mayo de 1979, Carlos Alirio Forero Pedraza atacó con arma de fuego a Crisóstomo Villamizar en la Vereda "Tierra Morada", del Municipio de Facativa, por divergencias de linderos; resultado de la acción ilícita fue incapacidad de 50 días para el lesionado.

Actuación procesal

Adelantada la correspondiente investigación, en su momento el Juzgado Doce Superior de Bogotá, mediante auto del 15 de enero de 1980, llamó a responder en juicio al procesado por delito tentado de homicidio, decisión esta que el Tribunal confirmó. En la audiencia pública los jurados respondieron afirmativamente el cuestionario sobre responsabilidad del procesado; con fundamento en dicho veredicto el Juzgado profirió sentencia condenatoria, que el Tribunal ratificó en fallo de 18 de diciembre de 1981.

La demanda de casación

Se acusa la sentencia con fundamento en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil porque el ataque está dirigido al pago coactivo de la indemnización de perjuicios.

Sobre tal supuesto el actor impugna la sentencia "por ser violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, artículos 2341 del Código Civil y artículo 103 del Código Penal, por errónea interpretación de los artículos 241 y 307 del Código de Procedimiento Civil y 220 y 278 del Código de Procedimiento Penal, al considerar como plena prueba el avalúo de los perjuicios, sin encontrarse éstos comprobados en el proceso y dándole al experticio un valor que no tiene, por haber sido fundamentado en una prueba ilegalmente allegada al proceso y sin someter a la crítica dicho peritazgo".

Para sustentar este único cargo señala, entre otras cosas, que el perito tuvo como pruebas del daño emergente papeles y recibos "que no reúnen los requisitos legales para ser tenidos en cuenta como tales", que se computaron gastos que no ocurrieron en realidad o que se fundaron en pruebas testimoniales y documentales inexistentes o infundadas, que se hicieron cálculos equivocados sobre el monto de la indemnización, y que el peritazgo adolece de graves fallas porque se allegaron documentos sin autenticar.

Agrega que el fallador aceptó el avalúo pericial de los perjuicios sin un análisis crítico del material probatorio respectivo.

Concepto fiscal

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de refutar cargos incidentales sobre nombramiento de perito único y requisitos para su posesión, manifiesta que aunque el Tribunal no aduce razones jurídicas para aceptar el monto de la indemnización señalada por el perito, la sentencia debe mantenerse porque habiéndose aprobado el dictamen después de su traslado a las partes, sin ser objetado en forma alguna y habiendo merecido valor suficiente de convicción a los falladores, aunque éstos no se refieran detenidamente al mismo, no puede considerarse demostrado el cargo".

Considerandos

1. En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que "cuando se ataca una sentencia por violación indirecta de la ley en virtud de error de hecho o de derecho, es indispensable que el actor señale la norma o normas de carácter probatorio que se alegan infringidas y exponga las razones que lo llevan a sostener que el Tribunal incurrió en una u otra clase de error; comprobada esta tacha, tendrá que demostrar enseguida de qué manera ella produjo el quebrantamiento de la ley sustancial" (Cas. de diciembre 12 de 1979).

2. Con no menos insistencia *la Corporación ha precisado la nítida diferencia entre los errores de hecho y de derecho en el marco de la violación indirecta de la ley y el desatino lógico de alegarlos simultáneamente.*

En el primero compruébase que el sentenciador aceptó un hecho probatorio que no existe en el proceso, o desconoció el que aparecía en autos o lo desfiguró ostensible e inexcusablemente; en el segundo, en cambio, le negó al hecho el valor probatorio que le correspondía, le dio el que ameritaba, o admitió una prueba sin el lleno de sus requisitos formales (Cas. de enero 25 de 1979 y septiembre 8 de 1979). Sobre esta última modalidad del error, ha destacado la casación civil que "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" (Cas. de junio 18 de 1973).

3. *En el presente caso, cuando el recurrente impugna la sentencia porque consideró como plena prueba el avalúo de los perjuicios "sin encontrarse éstos comprobados en el proceso", entre otras razones porque se incluyeron gastos que no existieron y se hicieron cálculos equivocados sobre su monto real, está edificando su reproche en clarísimos errores de hecho; y cuando, enseguida sostiene que la sentencia es ilegal al aceptar tales perjuicios porque le dio al experticio "un valor que no tiene por haber sido fundamentado, en una prueba ilegalmente allegada y sin someter a la crítica dicho peritazgo", está reconociendo, contradictoriamente, que los hechos en que se basó el experticio son realidades procesales y que son errores de derecho atinentes a la aducción de la prueba y a la valoración crítica de la peritación, los que merecen rechazo. De esta manera se evidencia la antitécnica formulación del cargo y su inevitable consecuencial desestimación.*

4. *Por lo demás, los ataques tanto a los hechos que consideraron demostrados perito y falladores, como a su enjuiciamiento probatorio, no pasan de ser manifestaciones de un pensamiento adverso que no logran, sin embargo, demostrar la ostensibilidad de los errores atribuidos al sentenciador, como perentoriamente lo exige el inciso 2º de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que ha servido de marco legal a la demanda, como para dar paso a una declaración de ilegalidad de la providencia impugnada por esta vía extraordinaria y exigente de la casación.*

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.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

NOTIFICACION

La forma principal de notificación es la que se hace personalmente y sólo cuando no es posible hacerlo en tal forma, la ley ha previsto que se acuda a la notificación por estado o por edicto

---

EBRIEDAD

Si el procesado en el momento de actuar apenas se encontraba dentro de una embriaguez simple que en manera alguna alteró sus capacidades cognoscitiva y volitiva y que, por lo tanto, no tenía la virtualidad de modificar su responsabilidad ni de incluir en el ámbito de la punibilidad, esta circunstancia no debe ser incluida en el cuestionario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 10 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 87 de noviembre 9 de 1982.

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el 12 de febrero de 1982, en virtud de la cual se condenó a José del Carmen Rojas Rojas, a la pena de ocho años de presidio, por el delito de homicidio, interpuso el condenado el recurso extraordinario de casación.

Admitido el recurso y presentada la demanda que se declaró ajustada a las formalidades previstas en ley, se procede una vez agotado el trámite, a decidir sobre la impugnación propuesta.

Hechos

Los agentes Héctor Fernando Mojica Alvarado y Luis Alberto González Gamba se encontraban en la Guardia de la Décima Segunda Estación de Policía de esta ciudad, el 31 de mayo de 1981, cuando a eso del mediodía se presentó en ese lugar el agente José del Carmen Rojas Rojas, quien protestó porque no se le prorrogaba un permiso que se le había concedido, para continuar tomando licor. Sin mediar discusión, Rojas Rojas disparó sobre Mojica Alvarado, quien murió a consecuencia de las heridas recibidas.

Actuación procesal

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Setenta y Ocho de Instrucción Penal Militar ordenara abrir la investigación en providencia del primero de junio de 1981.

El funcionario de instrucción recibió la indagatoria del sindicado el 2 de junio de 1981 y el cinco de los mismos mes y año decretó la detención preventiva de José del Carmen Rojas Rojas, por el delito de homicidio.

Agotado el período investigativo se dispuso el envío de la actuación a la Auditoría Auxiliar 35 de Guerra, que el 7 de octubre de 1981, presentó un concepto en el cual estimaba que el procesado Rojas Rojas debería responder en consejo de guerra verbal, por el delito de homicidio voluntario en la persona de Héctor Fernando Mojica Alvarado.

El Comandante del Departamento de Policía de Bogotá, en su condición de Juez de primera instancia, dictó la Resolución número 105 del 7 de octubre de 1981 en la cual dispuso convocar un consejo de guerra verbal para juzgar al sindicado Rojas Rojas, por el delito de homicidio de que se ha dado cuenta.

El 14 de octubre de 1981 se verificó el consejo de guerra y al término de la pertinente diligencia, los vocales, en forma unánime, emitieron veredicto afirmativo sobre la responsabilidad que por el delito de homicidio voluntario le correspondía al procesado Rojas Rojas.

El funcionario de primera instancia profirió sentencia el 16 de octubre de 1981. En ella acogió el veredicto y, en consecuencia, condenó a José del Carmen Rojas Rojas a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio voluntario que dio origen a la convocatoria del consejo de guerra. Condenó así mismo a las penas accesorias correspondientes.

Apelada la sentencia de primer grado mereció confirmación integral por el Tribunal Superior Militar en decisión del 12 de febrero de 1982.

La demanda de casación

Por medio de representante judicial especialmente constituido se presentó demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior Militar. Dos cargos se hacen con apoyo en la causal cuarta de casación y dos tomando como base la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Estima en primer lugar el recurrente que el Tribunal Superior Militar dictó la sentencia sin que "...hubiera adquirido plena jurisdicción". Para sustentar su aserto indica que la sentencia se dictó el 16 de octubre de 1981 y que el 26 de octubre del mismo año, es decir, diez días después, dicho fallo fue notificado personalmente al sindicado, al defensor y al fiscal, con desconocimiento de lo ordenado por el artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar que dice: "...si pasados dos días a la fecha del pronunciamiento no se hubieren notificado personalmente, el auto interlocutorio se notifica por estado y las sentencias por edicto en la forma establecida por el Código Judicial...". La notificación hecha con desconocimiento del precepto citado impedía que el superior pudiera conocer y, por lo tanto, ha debido disponer que el proceso regresara a la instancia para que el yerro fuera subsanado, antes de entrar a decidir en definitiva.

Un segundo cargo plantea con base en la afirmación de que en el proceso se incurrió en nulidad de carácter constitucional, pues en el cuestionario no fueron incluidas las circunstancias en que ocurrió el hecho, tal como lo ordena el artículo 559 del estatuto penal militar. Concretamente estima que en el proceso está demostrado que Rojas Rojas el día de los hechos se hallaba en estado de embriaguez "...y en el cuestionario no se hizo referencia a esta circunstancia, para que los señores vocales apreciaran si esa embriaguez era crónica, así lo reconocieran en su veredicto, o por el contrario desestimaran esta circunstancia...".

Con base en la causal primera de casación, formula dos cargos. En el primero aduce que en la sentencia se incurrió en violación indirecta de la ley, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que fueron tenidas en cuenta para deducir la responsabilidad del procesado. Critica, en concreto, el que se le haya dado credibilidad al testimonio del agente Luis Alberto González Gamba, con desmedro de una apreciación hecha por el instructor en la diligencia de reconstrucción de los hechos sobre la trayectoria de los proyectiles que ocasionaron el deceso, apreciación que conducía a dar credibilidad al procesado que planteó una defensa subjetiva. También critica que a los autos se haya incorporado una prueba que pertenece a otro proceso.

Plantea, por último, un segundo cargo con apoyo en la causal primera de casación, pues estima que existió un error de hecho, ya que no está plenamente demostrado que Rojas Rojas tuviera la calidad de agente de la Policía Nacional, pues el acta de posesión indica que ésta ocurrió en agosto de 1979, cuando otros documentos señalan que a Rojas se le dio de alta el 11 de julio de 1978; vale decir, que entre estas dos fechas hay un lapso de diez años. Critica también que en el cuaderno de copias aparezca el acta de posesión de otra persona distinta al procesado.

La respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional se opone a las pretensiones del recurrente y solicita que la sentencia no sea casada.

En relación con el primer cargo fundado en la causal cuarta de casación, estima el Ministerio Público que la notificación de la sentencia fue correcta, pues aun cuando la notificación personal no se hizo dentro del término que señala la ley, lo cierto fue que la decisión fue conocida por las partes que, por lo tanto, pudieron ejercer la plenitud de sus derechos. Estima que el cargo presentado apenas constituye una informalidad sin trascendencia.

Conceptúa sobre el segundo cargo que la embriaguez del procesado apenas podía ser considerada como una circunstancia de menor peligrosidad y, por ende, no tenía influencia decisiva sobre la responsabilidad del imputado, de modo que su no inclusión en el cuestionario no cercenó derecho alguno.

Con relación a los cargos formulados con base en la causal primera de casación, opina el Ministerio Público que deben ser desestimados en virtud de que en forma reiterada la jurisprudencia ha señalado que no es procedente alegar violación indirecta de la ley en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.

Consideraciones de la Corte

La Sala hará referencia a cada uno de los cargos formulados en el mismo orden en que aparecen consignados en la demanda.

Causal cuarta de casación

Primer cargo. Es verdad, como lo afirma el recurrente, que la sentencia de primera instancia se dictó el 16 de octubre de 1981 y que diez días después, el 26 de octubre del mismo año, se notificó personalmente al fiscal, al procesado y a su defensor. También *es verdad que el artículo 247 del Código de Justicia Penal Militar señala que si pasados dos días desde la fecha del pronunciamiento de una sentencia, ésta no se hubiere notificado personalmente, se notificará por edicto en la forma establecida por el Código Judicial. Similar previsión contienen los artículos 180 y 181 del Código de Procedimiento Penal.*

La finalidad de toda notificación es la de que las personas que intervienen en el proceso se enteren de las decisiones judiciales para que puedan ejercer a plenitud los derechos que la ley les confiere, especialmente para que, con la debida oportunidad, impugnen las providencias que les ocasionan agravio. En tales condiciones la forma principal de notificación es la que se hace personalmente y solo cuando no es posible hacerla en tal forma, la ley ha previsto que se acuda a la notificación por estado o por edicto, como medio indirecto para poner en conocimiento de los interesados el pronunciamiento de una de aquellas determinaciones que la ley estima deben ser conocidas por los sujetos procesales.

Si lo anterior es cierto, resulta artificiosa la argumentación del recurrente que pretende que el superior no adquiere competencia por la simple circunstancia de que la notificación personal no se hizo dentro de los dos días siguientes al pronunciamiento del fallo y que por ello era imperativa la fijación del edicto, pues lograda la notificación personal antes de su fijación, ésta era innecesaria, ya que los únicos interesados procesalmente habían tenido conocimiento de la sentencia y oportunidad para impugnarla. Tan cierto es lo anterior que en el momento en que el condenado se enteró de la sentencia interpuso el recurso de apelación que se le concedió en su debida oportunidad.

El cargo no debe, pues, prosperar, por la ocurrencia de una simple informalidad, en este caso una demora de la secretaría en las notificaciones, que no ocasionó detrimento alguno a la parte que ahora recurre en casación.

Segundo cargo. Estima el casacionista que se incurrió en nulidad de carácter constitucional por el hecho de que en el cuestionario sometido a la consideración de los vocales, no se incluyó la circunstancia de ebriedad, con desconocimiento de lo preceptuado por el artículo 559 del estatuto penal militar que señala esta precisa exigencia.

Cuando la ley señala que en el cuestionario deberán ser incluidas las circunstancias en que se cometió el hecho punible, es evidente que está haciendo referencia en forma exclusiva a aquellas que, suficientemente demostradas, pueden incidir en la responsabilidad y por ende con trascendencia en el ámbito de la pena. En otras palabras carecen por completo de significación para los efectos de la redacción del cuestionario, las circunstancias que no tienen importancia jurídica bien porque la ley no las contempla o porque no han merecido demostración, como aquellas cuya apreciación ha sido deferida al juez para efectos de la determinación de la pena y que se conocían como circunstancias de mayor y de menor peligrosidad en el anterior Código Penal.

La ebriedad no es expresión unívoca que permita una respuesta uniforme en el ordenamiento, pues los diversos grados que puede ofrecer y las distintas alteraciones que produce en el sujeto, se traducen en diversas consecuencias jurídico penales. Desde la embriaguez simple, sin ninguna trascendencia de importancia en el derecho, hasta la intoxicación crónica que el Código de 1936 señalaba como circunstancia de inimputabilidad, pasando por una serie de manifestaciones abnormes, producidas por el alcohol y por otras sustancias, que podrían ser consideradas como formas de trastorno mental transitorio, en la medida en que impidan conocer al sujeto la naturaleza de su comportamiento o de comportarse adecuadamente con dicha comprensión, sin olvidar las situaciones que la doctrina ha conocido como "actio liberae in causa", son muchas las formas de ebriedad y, por supuesto, distintos los enfoques que a ellas da la ley.

En el caso presente es verdad que *el procesado había ingerido licor el día de los hechos; no obstante todos los elementos de juicio de que se*

dispone conducen a la inequívoca conclusión de que en el momento de actuar apenas se encontraba dentro de una embriaguez simple que en manera alguna alteró sus capacidades conocitiva y volitiva y que, por lo tanto, no tenía la virtualidad de modificar su responsabilidad ni de incidir en el ámbito de la punibilidad. Por tal motivo no se trataba de una de aquellas circunstancias que debían ser incluidas en el cuestionario.

En efecto, el declarante Luis Alfonso Sotelo Villamil, manifestó al respecto: "...cuando él —el procesado— se despidió de nosotros y se fue para la Estación, estaba un poco embriagado" (Fl. 77). En similar sentido declaró el agente Jairo Calderón Henao, quien dijo: "El sí se encontraba un poco embriagado, ya que estuvimos tomando en la tienda desde las diez de la mañana hasta aproximadamente las doce del día" (Fl. 79). Además, si se tiene en cuenta la clase de licor que ingirió el procesado —cerveza— y que de los hechos dio una explicación detallada y clara, forzoso es concluir que no había motivo alguno para negar la existencia de una embriaguez simple, que además condujo a que los funcionarios competentes la estimaran al imponer la pena mínima prevista para el delito que se imputó.

No prospera el cargo.

Causal primera de casación

Razón le asiste al distinguido colaborador fiscal cuando advierte que no procede alegar violación indirecta de la ley sustancial en los juicios en que interviene el jurado de conciencia o vocales dentro de un consejo de guerra. Además, en ninguno de los dos cargos que el procesado propone señala las normas indirectamente violadas, ni cumple con el deber de señalar la forma de violación, esto es, si se trató de una falta de aplicación, de una aplicación indebida o de una errónea interpretación. Este simple hecho impide la prosperidad del cargo por absoluta falta de técnica en la elaboración de la demanda.

En estas condiciones ninguno de los dos cargos propuestos al amparo de la causal primera de casación puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal,

Resuelve

NO CASAR la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar contra el procesado José del Carmen Rojas Rojas, por el delito de homicidio en la persona de Héctor Fernando Mojica Alvarado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

Salvamento de voto

Los suscritos, tal como lo manifestaron 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 21/80), reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de anormalidad, solo 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 fuera de la jurisdicción penal castrense (Arts. 21, 166 y 157, C. N.; Código Nacional de Policía, Arts. 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.

Alfonso Reyes Echandía.

Gustavo Gómez Velásquez.

CALUMNIA. DESCRIPCION TIPICA ACTUAL CODIGO PENAL

Quien atribuye a otro la comisión de un delito o contravención que éste no ha cometido

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 23 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 93.

Vistos

Calficará esta Sala el mérito del sumario iniciado al doctor Rafael Forero Castellanos, ex Gobernador encargado del Departamento de Boyacá, por denuncia que contra él presentara el doctor Alfonso Sánchez Olarte, ex Tesorero Departamental.

Hechos

El denunciante acusa al doctor Forero Castellanos de supuesto delito de calumnia por haber manifestado en marconigrama dirigido al entonces Ministro de Gobierno Germán Zea Hernández, en el mes de marzo de 1981, que le había pedido la renuncia en razón de delito de cohecho, cometido por él cuando desempeñaba el cargo de Tesorero Departamental de Boyacá, tramitó la importación de unos elementos destinados a la licorera del Departamento.

Resultandos

Durante la etapa sumarial se precisaron los siguientes hechos:

1. En comunicación del 16 de enero de 1981, el doctor Sánchez Olarte, manifiesta al entonces Gobernador Forero Castellanos que en razón de publicaciones periodísticas en que se cuestionan sus actividades oficiales, lo deja en libertad "para la calificación y toma de decisiones frente a mi cargo" (Fl. 14).

2. Mediante Decreto número 0040 del mismo día y año, el Gobernador acepta la renuncia "presentada por el señor Alfonso Sánchez Olarte, del cargo de Tesorero General del Departamento" (Fl. 15).

3. El 12 de marzo de 1981, el Gobernador Forero Castellanos envía al Ministro de Gobierno el siguiente marconigrama: "En relación con su comunicación 106 de marzo del presente año, permítome manifestarle ex Tesorero Departamental, Alfonso Sánchez Olarte, se le pidió la renuncia por haber cometido delito cohecho al entregar dineros oficiales a agentes de aduana, fin tramitar importación elementos industria licorera Boyacá..." (Fl. 16).

4. En diligencia de indagatoria afirma el doctor Forero Castellanos que le pidió la renuncia al señor Sánchez Olarte, y se le aceptó y le envió la comunicación conocida al Ministro de Gobierno cuando se enteró de hechos presumiblemente delictuosos (peculado y cohecho), cometidos por aquél, durante los trámites de legalización de una maquinaria importada de Francia para la industria licorera del Departamento, de acuerdo con pruebas documentales que presenta, las cuales dieron lugar a una glosa de la Contraloría y a la iniciación de proceso penal en su contra (Fls. 31/6).

5. Aparecen en fotocopias varios recibos por distintos valores, firmados por Sánchez Olarte por pago de propinas a funcionarios de la Aduana de Cartagena para la "agilización de documentos" (Fls. 42, 43, 46, 48); las firmas allí estampadas fueron reconocidas como suyas por el doctor Sánchez Olarte en diligencia judicial (Fl. 145), en la que aclara que no se trató propiamente de propinas a funcionarios, sino de pagos por movilización de carga a personas autorizadas por la Aduana para ello.

6. La Asamblea Departamental en sesión del 4 de junio de 1981 aprobó una proposición pre-

sentada por el entonces Diputado Rafael Forero Castellanos, en la que se ordena a la Contraloría formular denuncia penal contra Alfonso Sánchez Olarte "por razón de gastos indebidos y glosados de $ 16.195.203.56", cuando estuvo en la Costa Atlántica gestionando el proceso de nacionalización de maquinaria destinada a la licorera departamental (Fls. 57, 80 y 81).

7. Los investigadores fiscales Domingo López Blanco y Marco Peñuela de la Torre, rindieron tres informes al Contralor General de Boyacá sobre los hechos atribuidos a Sánchez Olarte; en el último de ellos consideran "que hay mérito para formular denuncia penal" contra él, entre otras cosas, por haberse establecido un faltante de un millón trescientos cuarenta y nueve mil trescientos sesenta y un pesos, con sesenta y nueve centavos ($ 1.349.361.69) (Fl. 67).

8. El Director Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá certifica que el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal inició proceso penal contra Alfonso Sánchez Olarte por supuesto delito contra la Administración Pública (expediente No. 086), según denuncia formulada por el doctor Domingo López Blanco, investigador Fiscal de la Contraloría, y que dicho expediente fue enviado a los Juzgados de Instrucción Criminal (reparto) de Barranquilla por competencia, el 13 de agosto de 1981 (Fl. 149).

9. En diligencia de careo con el denunciante, el sindicado ratifica que decidió pedirle la renuncia en razón de los graves cargos que se le hacían y de los que existe prueba documental; que en tales hechos se basó para afirmar que "cometió un supuesto delito de cohecho o el que resulte de las investigaciones adelantadas contra él por la justicia penal", y que "tanto en la comunicación al señor Ministro de Gobierno como en las demás declaraciones existentes me refiero lógicamente a un supuesto delito o infracción penal" (Fl. 158).

10. Por último, está demostrada con prueba documental pertinente la calidad de Gobernador Departamental con que actuó el sindicado en la fecha en que ocurrieron los hechos que se le imputan (Fls. 113 y 115).

11. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que de acuerdo con los hechos demostrados "se aprecia perfectamente claro que no existió afirmación alguna del doctor Rafael Forero Castellanos, haciendo (sic) imputaciones falsas, solo que calificó la inocultable realidad de unos hechos reconocidos documentalmente por el señor Sánchez Olarte con la denominación jurídica que les da el Código Penal en sus artículos 141 a 143 con el nombre específico de cohecho. Por consiguiente, tampoco se tipifica la calumnia que describe y sanciona el artículo 314 de la misma obra, por lo cual es procedente aplicar en el presente caso el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, sobreseyendo definitivamente al procesado".

Considerandos

1. *Tal como se desprende del artículo 314 del actual Código Penal (ya vigente cuando ocurrió el hecho que se imputa al sindicado) incurre en calumnia la persona que impute falsamente a otro un hecho punible. Imputar es atribuir a otro determinada acción u omisión; hecho punible es cualquier comportamiento descrito en la ley penal como delito o contravención, tal como lo reconoce el artículo 18 de este mismo estatuto; falso es aquello que no corresponde a la realidad. De tal manera que calumnia, conforme a esta descripción típica, quien atribuye a otro la comisión de un delito o contravención que éste no ha cometido. Como el tipo que se comenta no señala —a diferencia del que describía esta misma conducta en el Código anterior— la forma como el actor debe hacer la imputación calumniosa, ésta puede evidenciarse por cualquier medio idóneo para transmitir el pensamiento. Cuando la imputación verse sobre un hecho que la ley no ha descrito como delito o contravención o cuando ella se refiera a un comportamiento efectivamente realizado por el sujeto pasivo y subsumible en cualquier tipo delictivo o contravencional, la conducta del agente no genera responsabilidad penal por ausencia de tipicidad, ya que no se da en tales casos un pleno acomodamiento de la acción del actor con todos y cada uno de los elementos integradores de esta figura, pues el hecho imputado no es punible, o él corresponde a uno efectivamente realizado por la persona a quien se atribuye y, por ende la imputación no ha sido falsa.*

2. Se ha demostrado en esta investigación con prueba documental, que el denunciante siendo Tesorero Departamental y mientras tramitaba la importación de una maquinaria, entregó dineros a empleados de la Aduana de Cartagena para que agilizaran la documentación pertinente a dicha gestión, comportamiento este descrito como delictivo con el nombre de "cohecho por dar u ofrecer" en el artículo 143 del Código Penal. Comprobado está, igualmente, que por este hecho y por otros vinculados con el anterior, se le formuló denuncia penal al doctor Sánchez Olarte y se inició el sumario correspondiente. Recono-

cen también denunciante y sindicado que la desvinculación de aquél del cargo que ejercía en el Departamento de Boyacá fue consecüencia inmediata y directa de tales hechos.

3. Por manera que cuando el doctor Forero Castellanos informó al Ministro de Gobierno que le había pedido la renuncia a Sánchez Olarte "por haber cometido delito de cohecho al entregar dineros oficiales a agentes de aduana sin tramitar importación elementos industria licorera Boyacá", le imputó ciertamente la comisión de un hecho punible, pero no lo hizo falsamente, pues que como ya se indicó, el concreto comportamiento que le atribuyó tuvo material ocurrencia como se desprende del simple cotejo literal de los recibos en los que consta la entrega de dineros hecha por el doctor Sánchez Olarte a empleados de la Aduana de Cartagena, con la finalidad de acelerar trámites oficiales, documentos en los que aparece estampada su firma, que él mismo reconoció como suya; las explicaciones que ensaya sobre tales hechos no modifican la realidad de lo que expresan claramente dichos recibos.

4. Esta evidente realidad procesal indica que el procesado no imputó falsamente a Sánchez Olarte, en la comunicación dirigida al entonces Ministro de Gobierno, el delito de cohecho, y que por consiguiente no incurrió en calumnia, ni en ningún otro ilícito.

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

Resuelve

SOBRESEER DEFINITIVAMENTE al doctor Rafael Forero Castellanos, por los hechos que fueron objeto de investigación en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

Hay dos contenidos y dos autores en un documento público. Un autor en sentido sustancial que es la persona que declara y un autor en sentido formal que es el funcionario que recibe y extiende la declaración; a su vez el contenido sustancial está representado por las declaraciones de voluntad o atestaciones de verdad hechas por el particular en la declaración, mientras que el contenido formal radica en las atestaciones del juez, vale decir, en los actos que en su presencia se realizan y de los cuales da fe

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 25 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 93, de noviembre 23 de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictó el 26 de abril de 1982, la sentencia en virtud de la cual condenó al procesado Alberto Enrique Bettin Diago, a la pena de tres años de prisión, como autor del delito de falsedad documental. En la misma providencia lo condenó a la interdicción de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal y al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con el hecho punible; así mismo, le concedió el beneficio de la suspensión condicional de la condena.

Contra la citada sentencia interpusieron recurso de apelación el procesado y su defensor, el cual fue oportuno y legalmente concedido, razón por la cual, agotado el trámite, se procede a resolver.

Hechos

El doctor Lorenzo Montero acudió, a finales del mes de febrero de 1979, al Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, a llevar una solicitud firmada por Clemente Bríñez en donde pedía que se le recibiera una declaración extrajuicio al doctor José Ignacio Vives Echeverría. Esta declaración que se redactó sin la presencia del supuesto declarante y en la cual se consignó que había sido recibida en las horas de la tarde del 4 de enero de 1979, fue presentada dentro de un proceso que se adelantó por el delito de homicidio y en el cual se sindicó a Vives Echeverría. Justamente el homicidio había ocurrido en las horas de la tarde del 4 de enero de 1979.

Resultandos

1º La calidad funcional del sindicado Bettin Diago para la época en que ocurrieron los hechos está acreditada con la copia del acuerdo de nombramiento (Fl. 245), con la copia del acta de posesión (Fl. 120 Vto.) y con la constancia sobre permanencia en el cargo del sindicado (Fls. 120 y 249).

2º A la investigación se allegó fotocopia de la solicitud formulada por Clemente Bríñez para que se le recibiera declaración por fuera de proceso al señor Vives Echeverría (Fl. 41).

Se allegó igualmente fotocopia de la declaración tachada de falsa. En ella se dice que el doctor José Ignacio Vives Echeverría rindió la declaración el 4 de enero de 1979; así mismo se indicó que la diligencia se inició a las 3:00 de la tarde y concluyó a las 5 y 30 p. m. Dicha declaración la firman el Juez Alberto Enrique Bettin Diago, el declarante Vives Echeverría y como Secretario Emilio Ahumada Garzón (Fls. 42 y ss.).

3º De conformidad con el experticio del DAS (Fl. 118), la hora "5 y 30 p. m.", en que aparece concluida la declaración, se escribió en máquina diferente.

4º De acuerdo con la copia del Oficio número 352 del 16 de marzo de 1979, el Juez Bettin Diago certificó al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, en el sentido de que, según copia que reposa en el Juzgado, el señor Vives Echeverría estuvo rindiendo declaración extrajuicio en su Juzgado, en la hora de las tres de la tarde (Fl. 46).

5º Por diversas constancias procesales se sabe que el señor Vives fue sindicado por la muerte de Juan Manuel Gutiérrez, quien fue herido de muerte entre las tres y media y las cuatro de la tarde del 4 de enero de 1979.

6º En inspección judicial practicada al Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá se acreditó que en dicho Juzgado no se lleva archivo de declaraciones rendidas extrajuicio (Fl. 443).

7º La investigación se inició en virtud de la queja rendida ante la Procuraduría por la señorita Ana Elena Medina Alfaro, quien manifestó que en los últimos días de febrero de 1979 se elaboró en el Juzgado Tercero Penal Municipal una declaración "...con fecha atrasada de 4 de enero de 1979 en donde firmaba un tal doctor Vives"; dicha declaración no fue firmada por Martha, la secretaria, quien se la dictó a Ahumada, por cuanto para el 4 de enero aquélla se encontraba en vacaciones (Fls. 1 y 207).

8º Martha Cortés de Rosero, secretaria del Juzgado Tercero Penal Municipal, afirmó que en el Juzgado no se lleva archivo de declaraciones extrajuicio. En cuanto a la declaración que motivó la investigación sostuvo que el borrador de ella fue llevado al Juzgado por un doctor de apellido Montero y que la declarante lo ayudó a dictar a Ahumada, en fecha muy posterior a la que figura en la declaración (Fls. 63 y 194). Señaló que a pesar de que cuando se pasó a limpio la declaración se encontraba en el Juzgado, no la firmó por cuanto en la fecha que en la diligencia se indicaba, se hallaba en vacaciones.

9º Marco Emilio Ahumada Garzón inicialmente afirmó que la declaración había sido efectivamente rendida el 4 de enero por el doctor Vives Echeverría y que la queja contra el doctor Bettin obedecía a resentimientos de la denunciante con el funcionario; no obstante, en ampliación de declaración expresó que evidentemente mecanografió la declaración en forma posterior a la que en ella figura y sin la presencia del declarante (Fl. 281).

10. El notificador del Juzgado, Fermín López Pérez, manifestó que en ningún momento citó al doctor Vives Echeverría para que concurriera al Juzgado (Fl. 241).

11. Según la fotocopia de la indagatoria rendida por el doctor Vives Echeverría en el proceso por la muerte de Juan Manuel Gutiérrez (Fl. 317), se sabe que en dicha diligencia este sindicado afirmó que en el momento que se dio muerte a esta persona, se encontraba rindiendo una declaración en el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá. Esta indagatoria se rindió en marzo de 1980.

12. Dentro de este proceso se oyó en diligencia de indagatoria al ex Juez Alberto Enrique Bettin Diago, quien manifestó que efectivamente en el despacho a su cargo se le había recibido en las horas de la tarde del 4 de enero de 1979 una declaración por fuera de proceso al doctor José Ignacio Vives Echeverría, que si bien es cierto no era costumbre consignar en este tipo de diligencias la hora de la terminación, se había incluido en dicha acta por expresa petición del declarante. Anotó igualmente que como no se solía dejar copias al carbón de estas declaraciones, de su peculio ordenó que se le sacara fotocopia para el archivo.

Con relación a los cargos que se le han hecho manifestó que todo obedecía a que en alguna oportunidad acusó ante unos magistrados del Tribunal de Bogotá al Juez Jaime Angel Hernández, quien hace vida marital con su empleada Elena Medina Alfaro. Por tal motivo ésta tomó venganza haciéndole las imputaciones que dieron origen a esta actuación sumarial.

Acepta, sin embargo, que conoce al abogado Lorenzo Montero, persona que llevó el memorial petitorio, y según los declarantes mencionados, el proyecto de declaración, por cuanto este profesional del derecho asistió a un hermano del indagado cuando estuvo privado de la libertad por cuenta de las autoridades militares (Fl. 250).

13. Dentro del período probatorio de la causa se practicó diligencia de careo entre el sindicado Bettin Diago y la declarante Elena Medina (Fl. 533). En esta diligencia la declarante ratificó los cargos anteriormente formulados. Por su parte el procesado también insistió en su inicial versión, aun cuando la modificó al expresar que a finales del mes de enero el señor Clemente Bríñez le había solicitado que le elaboraran unas declaraciones originales por cuanto se le habían extraviado las primeras, por tal motivo le autorizó la confección de un nuevo original con base en una fotocopia que le presentó Bríñez.

Se allegaron, también dentro de la causa, fotocopias de unas declaraciones rendidas por Jorge Biswell, Jaime Serrano y de una indagatoria de Briñez con las cuales se pretendió justificar la necesidad de la declaración extra juicio rendida por Vives.

Finalmente se recibió informe del Ministerio de Hacienda en el cual se afirmó que la hoja de papel sellado número 08476505 de la serie MM, fue despachada a Neiva el 23 de noviembre de 1978; las identificadas con los números 08176385 y 8176390 de la serie MM, fueron entregadas a la Administración de Impuestos de Bogotá, el 9 de noviembre de 1978, para su venta.

14. Dentro de la diligencia de audiencia pública el señor Fiscal del Tribunal solicitó que en contra del enjuiciado se dictara sentencia condenatoria. Por su parte el procesado insistió en escrito presentado que los cargos fueron el producto de la acción vengativa de una de sus empleadas. En cuanto a los hechos que dieron lugar a su enjuiciamiento señaló que la declaración se recibió con absoluta corrección, sin embargo en el mes de febrero se reprodujo el texto de ella ante el extravío del original.

El señor defensor del procesado estimó que la prueba aportada al proceso no permitía que sobre ella se fundara una sentencia de condena, pues existen algunas dudas que deben ser resueltas en favor del procesado. Demandó, en consecuencia, la absolución de su cliente.

Considerandos

Tipicidad. A juicio de la Sala dentro del proceso existe plena prueba para afirmar que en el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, a cargo del sindicado Bettin Diago, se elaboró una declaración con posterioridad a la fecha que en ella se consignó y sin que el supuesto declarante hubiera concurrido al citado despacho judicial. Los elementos de juicio que sirven para fundamentar este aserto son los siguientes:

a) El testimonio de tres de los empleados del Juzgado Tercero Penal Municipal. Las declaraciones rendidas por Elena Medina Alfaro, Martha Cortés de Rosero y Marco Emilio Ahumada, contestes en la sindicación, no dejan duda sobre su credibilidad.

Elena Medina fue la persona que denunció los hechos y tanto en la declaración rendida en el sumario, como en la diligencia de careo practicada dentro del período probatorio de la causa fue enfática al afirmar que al doctor José Ignacio Vives Echeverría no se le recibió ninguna declaración y que se elaboró una sin la presencia del declarante y en fecha muy posterior a la que consagra ese escrito. El sindicado ha pretendido restar credibilidad a esta declarante, con la afirmación de que procedió con ánimo vindicativo; no obstante la Sala encuentra que ésta no deja de ser una disculpa defensiva sin asidero de ninguna especie, pues mal podía una empleada, que solo gratitud debía a su jefe, hacerle un cargo de tanta gravedad.

La declarante Martha Cortés de Rosero le merece a la Sala entera credibilidad, pues sus calidades personales llevaron al Juez Bettin a recomendarla como su reemplazo. Además su testimonio es razonado, acepta que le ayudó a Ahumada a redactar la declaración, pero lo hizo en fecha muy posterior a la que se consignó en ella, pues en esta fecha se hallaba en vacaciones, razón por la cual se negó a firmar el documento apócrifo. Si esta declarante se enteró de lo sucedido, fue precisamente porque la declaración se hizo luego de su reincorporación al trabajo.

Marco Emilio Ahumada inicialmente negó la realización de la conducta ilícita, no solo por solidaridad con su jefe, sino porque concurrió con su firma en su calidad de secretario en la elaboración del documento mendaz. Posteriormente aceptó el hecho y con sinceridad que le debe ser reconocida, confesó la comisión del hecho punible. Para la Sala su última versión es la veraz, pues no solo concuerda con los testimonios anteriormente indicados, sino con las demás pruebas que luego se comentarán. El sindicado afirma que la retractación de Ahumada obedeció a que un empleado de la Procuraduría lo halagó con la promesa de un empleo, lo cual no deja de ser un vano recurso defensivo, pues Ahumada no era un principiante en ajetreos judiciales y por cuanto ningún ofrecimiento podía compensar las consecuencias penales que de su aceptación podían seguirse.

Los demás empleados del Juzgado nada aportaron a la investigación, aun cuando no se debe olvidar que el citador dijo que no hizo citación alguna para que concurriera al despacho el doctor Vives Echeverría.

b) La propia declaración extra juicio contiene indicios de su falsedad. En efecto, en este tipo de actuaciones no suele consignarse la hora en que comienza o en que termina, a menos que se busque una expresa finalidad. En el caso presente no había razón alguna para precisar esa hora, para los efectos que supuestamente se buscaban con la declaración; sin embargo, la indicación de la hora demuestra de manera inequívo-

ca que se pretendía dar otra utilización a la diligencia, la que efectivamente se le dio cuando se presentó ante un Juzgado que adelantaba una investigación por un grave delito, con el fin de plantear una coartada.

De otra parte hay diversas afirmaciones de las cuales se deduce que Ahumada es experto mecanógrafo, lo que indica que la duración que tuvo la diligencia según lo que en ella se indica no corresponde a la verdad, aún en el supuesto de que el declarante sea muy conversador, como alguien lo insinuó.

c) La afirmación del sindicado, para tratar de explicar su respuesta a un Juzgado de Instrucción, en el sentido de que llevaba un archivo de declaraciones rendidas por fuera de proceso, pone en evidencia su inconsistencia lógica, pues en los Juzgados no se llevan esos archivos y menos aún en los Juzgados Penales en donde no suelen recibirse este tipo de diligencias. Este aspecto quedó perfectamente dilucidado con la inspección judicial de la cual se infiere la inexistencia de ese archivo y si algunas fotocopias se encontraron todas ellas fueron recibidas con posterioridad a la iniciación de esta actuación sumarial.

d) Menos creíble aún resulta la versión del procesado según la cual como no se saca copia al carbón de las declaraciones extra juicio, decidió, de su propio peculio, ordenar fotocopias para llevar un archivo de ellas. Se trata de una explicación carente de sentido y que pone en evidencia el fin que realmente se perseguía con la farsa que se montó en el Juzgado encomendado al sindicado Bettin Diago.

e) En la etapa probatoria de la causa, el procesado hizo una modificación a su versión inicial, la cual fue correctamente analizada por el Tribunal. En efecto, si se tenían unas copias de la declaración extra juicio y el peticionario Bríñez tenía también una fotocopia, no había razón alguna para obtener una nueva versión original de la diligencia, pues era suficiente con compulsar una copia o con autenticar la fotocopia. El cambio de versión tiene otra explicación y pone en evidencia el comportamiento sinuoso del procesado. En efecto, en el auto de calificación dictado por la Corte se insinuó la posibilidad de que el papel sellado utilizado para la elaboración del documento falso, hubiera sido lanzado al mercado con posterioridad al 4 de enero de 1979, ante esa sola posibilidad el procesado dio la nueva versión en la cual daba a entender que una nueva copia había sido hecha en febrero. La insinuación de la Corte decidió a que en un auto del Juzgado Diecisiete Superior se dijo que el papel sellado utilizado para la elaboración del documento falso había salido a la venta el 26 de enero de 1979 (Fl. 56, Cdno. de la Corte).

f) El uso que se dio al falso documento pone en evidencia que su redacción obedeció al interés malsano de demostrar que el señor Vives Echeverría se encontraba en un Juzgado en la hora en que se dio muerte a una persona de cuya autoría se le ha sindicado. Este hecho corrobora la afirmación de la tardía redacción del documento y denota la veracidad de la prueba de incriminación.

Los elementos de convicción que se han dejado relacionados constituyen plena prueba de que el ex juez procesado realizó la conducta descrita en el artículo 219 del actual ordenamiento penal, norma que en razón del principio de favorabilidad le debe ser aplicada, pues también la anterior codificación sancionaba la falsedad cometida por un funcionario público en un documento privado.

Aun cuando no existe duda alguna sobre la calidad funcional del sujeto procesado y sobre la naturaleza de documento público del objeto material del comportamiento, se ha pretendido negar la existencia del ilícito bajo la argumentación de que el contenido de la declaración extrajuicio no solo era veraz sino necesario. Este aspecto quedó perfectamente dilucidado desde el auto enjuiciatorio en donde se dijo que *en un documento público como el que es objeto de comentario, hay dos contenidos y dos autores. Un autor en sentido sustancial que es la persona que declara y un autor en sentido formal que es el funcionario que recibe y extiende la declaración; a su vez el contenido sustancial está representado por las declaraciones de voluntad o atestaciones de verdad hechas por el particular en la declaración, mientras que el contenido formal radica en las atestaciones del juez, vale decir los actos que en su presencia se realizan y de los cuales da fe.*

Para la estructuración del delito de falsedad que se atribuye al servidor público interesa fundamentalmente que el empleado oficial haya faltado a la verdad en los actos de que da fe, que son los que se realizan en su presencia o con su intervención. En el caso presente el funcionario faltó a la verdad al dar fe de la concurrencia de un declarante a su despacho en un día y hora determinados, pues esa afirmación no corresponde a la verdad. De otra parte no puede desconocerse la capacidad probatoria de ese do-

cumento y en concreto de esa atestación, pues la realidad procesal ha indicado que justamente el documento se creó para hacerlo valer en una actuación penal.

Antijuridicidad. El comportamiento típico que se atribuye al ex Juez Bettin Diago, es además antijurídico, pues con él se vulneró sin derecho alguno, el interés jurídico de la fe pública.

Dentro de la actuación procesal se llegó a insinuar la tesis de que la falsedad investigada era inocua habida cuenta de que con ella no se había causado daño. A este respecto con toda propiedad recuerda el Tribunal en su providencia que la Corte en decisión del 27 de agosto de 1976 afirmó que "...toda alteración de verdad llevada a cabo en un documento que pueda entorpecer la adecuada marcha de las relaciones jurídicas, debe considerarse falsedad documental punible por cuanto viene a afectar el bien jurídicamente protegido en estos casos que es la confianza pública en los escritos de carácter documental como elementos valiosos dentro del mencionado tráfico jurídico".

Todo documento público tiene capacidad probatoria, consecuencialmente toda alteración que en él se haga atenta contra el bien jurídico de la fe pública, pues por lo menos en forma potencial afecta el llamado tráfico jurídico. Un empleado oficial que da fe de los hechos que ocurrieron en su presencia en forma que no corresponde a la verdad o que certifica hechos que no tuvieron existencia real, lesiona, con ese solo hecho, el bien que busca tutelar el ordenamiento penal.

Debe señalarse, de otra parte, que en el caso presente no concurre ninguna causa que justifique el hecho.

Imputabilidad y culpabilidad. Todos los elementos de juicio aportados al proceso permiten afirmar que Bettin Diago, en el momento de la realización del hecho punible, se hallaba en condiciones que le permitían comprender la ilicitud de su comportamiento y actuar de acuerdo con esa comprensión.

También es evidente que el procesado realizó el hecho que se le atribuye con conocimiento de su significado antijurídico y con el propósito de realizarlo. De autos se sabe que un abogado llevó al Juzgado Tercero Penal Municipal un proyecto de la declaración que firmaría el juez y que este funcionario insistió para que se redactara en limpio dicho documento; en estas condiciones forzoso es concluir que actuó con conocimiento y voluntad, vale decir, dolosamente.

Punibilidad. El Tribunal Superior de Bogotá impuso al procesado Bettin Diago la pena principal de tres años de prisión, esto es, el mínimo de la pena que para el delito cometido establece la legislación vigente.

La Sala estima que la dosificación de la pena no es la adecuada por cuanto si bien es cierto que el procesado no tiene antecedentes penales, debe tenerse en cuenta que la conducta que se le atribuye fue realizada cuando desempeñaba el cargo de juez de la República, lo que hace aplicable la causal genérica de agravación punitiva prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal. Es verdad que esta causal de agravación podría aplicarse indistintamente a todo servidor público que comete hecho delictivo cuando esta circunstancia no es elemento del delito; por el contrario, cuando se trata de sujeto activo calificado, solo será predicable de los funcionarios que ocupan cargos de señalada importancia en la administración y justamente uno de ellos es el de juez, cargo éste que conlleva la alta distinción de administrar justicia y que, por ende, debe ser desempeñado con sumo decoro y rectitud.

También al procesado le es aplicable la causal décima de agravación punitiva, habida cuenta de que no solo realizó la conducta que da lugar a su condena, sino que con posterioridad y ante una solicitud de un Juzgado de Instrucción, ratificó la mentirosa afirmación de que el doctor Vives Echeverría había comparecido a su despacho el día ya señalado para rendir una declaración. Este nuevo hecho, indudablemente, hizo más nocivas las consecuencias del hecho punible.

En estas condiciones la pena aplicable no puede ser la mínima, sino que el condenado Bettin Diago debe purgar la pena de tres años y tres meses de prisión. Esta modificación supone que en el mismo sentido se extienda la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Así mismo, como por razón de la pena impuesta el condenado no tiene derecho al beneficio de la condena de ejecución condicional, deberá revocarse esta medida.

Las demás determinaciones tomadas en la sentencia están ajustadas a derecho y por ello merecerán confirmación.

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

Resuelve

1º MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada en el sentido de imponer al doctor Alberto Enrique Bettin Diago la pena de tres años y tres meses de prisión, en lugar de la de tres años de prisión que se había señalado en la primera instancia.

2º MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia que se revisa en el sentido de que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas será un término igual al de la pena principal a que alude el anterior numeral.

3º REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada que había dispuesto la concesión de la condena condicional. El Tribunal de instancia tomará las medidas indispensables para la ejecución de la condena.

4º CONFIRMAR la sentencia apelada en todas sus demás determinaciones.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

NULIDAD AL AMPARO DE LA CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, AL AMPARO DE LA CAUSAL 1ª IBIDEM

Si el subfondo argumental es idéntico para los dos reproches, la demanda resulta contradictoria, pues no puede alegarse la incompetencia del juez (Num. 1º del Art. 210 del C. de P. P.), como causal de nulidad que permite quebrar la sentencia (Num. 4º del Art. 580 del C. de P. P.), para inmediatamente decir que se violó la ley sustancial por infracción directa, caso en el cual existe solamente un error de aplicación de la norma correspondiente, pero la competencia es presupuesto necesario del actuar judicial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 96 de 29 de noviembre de 1982.

Vistos

En contra de la sentencia de 4 de febrero del año en curso, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, interpuso recurso extraordinario de casación, la Fiscal Catorce de dicha Corporación. En dicha sentencia se absolvió a Juan José Paternina o Rafael Andrés Chimá Flórez, por un delito de falsedad en documentos por uso de los mismos, y se le condenó a veinte (20) meses de prisión por estafa.

Los hechos

Fueron dos (2) los hechos que dieron origen a otros tantos procesos. Uno correspondió al Juzgado Veinte Penal del Circuito y otro al Juzgado Séptimo Superior. Este último decretó la acumulación de los dos procesos. Los hechos que los originaron fueron resumidos por el juzgador de segunda instancia, tal como aparece:

"a) Juzgado Séptimo Superior. Ocurrieron en el Almacén Cobarria S. A., después de una serie de llamadas telefónicas, realizadas posiblemente por el sujeto que ha sido citado al aprobarse la compra por parte de éste de 500 kilos de producto Barlate, a razón de $ 500.00 el kilogramo, para un total de $ 537.500 y con destino a la hacienda ubicada en el Municipio de Purificación (Tolima), suma que fue cancelada por el mismo sujeto con un cheque del Banco de Colombia —Casa Principal—, el cual resultó falso, habiéndose capturado al sujeto y evitándose el perjuicio hacia la empresa.

"b) Juzgado Veinte Penal del Circuito. Tuvieron ocurrencia durante la semana comprendida entre el 29 de enero y el 3 de febrero de 1979, cuando se presentó a las oficinas de Cobarria, un señor que se identificó como administrador de la Hacienda 'La Estrella Ltda.', situada en Purificación, pidiendo información técnica sobre los productos para fumigación de arroz y algodón, logrando por ello una carta de cotización. Con posterioridad hizo presencia nuevamente el citado señor presentándose como Juan José Paternina, portando una carta aparentemente firmada por Julio Rodríguez y solicitando el pedido por la suma de $ 496.386, entregando el cheque número 887680, contra el Banco de Colombia —Oficina Principal—, por la misma suma y entregándosele la mercancía. Posteriormente se estableció que el instrumento-cheque había sido impagado por la causal de 'chequera robada' ".

La actuación procesal

En el proceso que correspondió al Juzgado Veinte Penal del Circuito se calificó el mérito de la sumaria el 23 de febrero de 1981 para

llamar a responder en juicio por estafa a Juan José Paternina y sobreseer temporalmente al emplazado José María M.

En el Juzgado Séptimo Superior se calificó el otro proceso en auto de 24 de septiembre de 1979 mediante auto de proceder por falsedad en documentos por uso (Art. 234 del C. P. de 1936) y sobreseimiento temporal para el reo ausente José María Morales.

Los dos procesos fueron acumulados por el Juzgado Séptimo Superior (marzo 20 de 1981). Celebrada la audiencia pública se dictó sentencia el 2 de septiembre de 1981 para condenar a Juan José Paternina o Rafael Andrés Chimá Flórez a treinta (30) meses de prisión por los delitos de falsedad en documentos y estafa. La sentencia agrega las sanciones accesorias de ley y en concreto la condena al pago de $ 496.386, por perjuicios materiales a favor de la empresa Bayer de Colombia.

Esta sentencia fue al Tribunal de Bogotá por vía de consulta y allí mediante sentencia de 4 de febrero de 1982 se absolvió al procesado por el delito de falsedad documental por considerar que dicha infracción, tal como estaba prevista en el artículo 234 del Código Penal de 1936 desapareció con el Código de 1980 y en cuanto a la estafa la confirmó con modificación de pena que se dosificó definitivamente en veinte (20) meses de prisión.

Luego se produjo la interposición del recurso de casación por parte de la Fiscal Catorce del Tribunal. Concedido que fue se declaró admisible por la Sala y ha sido debidamente sustentado en demanda que el Ministerio Público se abstuvo de coadyuvar.

La demanda

Una primera objeción para la sentencia impugnada se formula, por nulidad, al amparo de la cuarta causal del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

La tacha de nulidad la hace consistir la demandante en que sin tener competencia el Juez Séptimo Superior continuó conociendo de un hecho punible que en virtud del tránsito de legislación que se operó el 29 de enero de 1981, pasó a ser del conocimiento de los jueces penales del Circuito. Más tarde, dice, ordenó su acumulación con otro proceso, también de competencia del Juez Penal del Circuito, para condenar así por los delitos de falsedad y estafa.

Afirma la demandante que el Juez Séptimo Superior de Bogotá mediante auto de 24 de septiembre de 1979 calificó la infracción de falsedad en la modalidad prevista en el artículo 234 del Código Penal de 1936, el hecho imputado al procesado en el caso que le correspondió. Con el advenimiento del Código Penal de 1980 tal hecho no perdió su carácter delictuoso puesto que si hoy no puede ser reprimido como falsedad sí encuentra fácil adecuación en el tipo penal que describe la estafa en el artículo 356 del nuevo Código. No se trata, en consecuencia, de un caso de "atipicidad" de la conducta imputada al procesado, pues si bajo la legislación de 1936 encuadraba en el artículo 234 que previó el delito de uso de documento falso por parte de quien no lo falseó, la presentación del documento falso, bajo la legislación ahora vigente constituye medio engañoso con potencialidad para hacer incurrir en error con el objeto de obtener un provecho ilícito.

El delito de falsedad tal como estaba contemplado en el artículo 234 del Código Penal de 1936, era de competencia del Juez Superior y ahora cuando se le puede considerar como una tentativa de estafa es de competencia del Juez de Circuito, pues el numeral 2 del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el numeral 3 del artículo 37 del mismo Código modificado por el artículo 7º de la Ley 22 de 1977 le da capacidad para conocer de los delitos contra la propiedad, en primera instancia, cuando la cuantía no exceda de $ 20.000. Por lo dicho, desde el 29 de enero de 1981, fecha de la vigencia del nuevo Código Penal, perdió competencia el Juez Superior y por eso toda la actuación que cumplió de allí en adelante es nula.

Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y por violación directa de la ley sustancial, formula la impugnadora el segundo de sus cargos a la sentencia.

Transcribe buena parte de la sentencia para demostrar cómo el Tribunal absolvió por considerar que la infracción prevista en el artículo 234 del Código Penal de 1936 no coincide con la que aparece ahora en el artículo 22 del Código Penal de 1980 que exige una doble actividad en el procesado: la de falsificar el documento privado y luego usarlo. El solo uso por persona distinta del falsificador no está previsto actualmente como forma específica de la falsedad.

Después la impugnadora repite que la conducta prevista en el artículo 234 del Código

Penal de 1936 no ha desaparecido y puede ubicarse mediante concordancia de los artículos 356 y 22 del Código Penal de 1980, pues "los elementos estructurales del derogado artículo 234 del Código Penal coincidían con aquellos que conformaban el delito de 'estafa' en la modalidad de 'tentativa' (Arts. 408 y 16 del C. P. de 1936), presentándose el fenómeno del concurso aparente de tipos penales". Luego dice: "Sigue siendo punible el delito de estafa y no ha perdido vigencia el dispositivo amplificador 'tentativa'. Ante la no aplicación de las normas sobre tentativa de estafa el Tribunal violó flagrantemente la ley sustancial, de manera directa, por no aplicar las disposiciones correspondientes".

Posición del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, dice así:

"Del libelo de sustentación la honorable Corte Suprema de Justicia dispuso en proveído del 28 de junio próximo pasado dar traslado a este Despacho para los efectos del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

"La Procuraduría Delegada manifiesta comedidamente a la honorable Corporación que no hace uso del derecho que le concede la referida norma adjetiva".

Consideraciones de la Sala

Los dos cargos que al amparo de distintas causales de casación se formulan en contra de la sentencia objeto de la impugnación, guardan entre sí una vinculación muy estrecha, pues giran alrededor de un mismo argumento construido sobre un tema único que se refiere a la vigencia del Código Penal de 1980 y a la derogatoria del que regía desde 1938.

En efecto, por el primero se sostiene que la conducta que según el Código de 1936 constituía el delito de uso de documento privado falso por persona diferente del falsario (Art. 234) y era de competencia del Juez Superior, no perdió su carácter delictuoso bajo el régimen del Código de 1980, sino que transformó su nomen juris *por el de tentativa de estafa mediante simple combinación de los artículos 22 y 356 del estatuto nuevo y dicha variación determinó que la competencia juzgadora se desplazara hacia el Juzgado Penal del Circuito. Por este aspecto se alega nulidad por incompetencia toda vez que con posterioridad a la vigencia del nuevo Código el presente proceso fue fallado por un juez superior.*

Por el segundo cargo y sobre la misma base de que la conducta prevista en el artículo 234 del Código de 1936 no desapareció con el advenimiento del Código de 1980, sino que trocó su nomen juris *por el de estafa tentada (Arts. 22 y 356), equivocó el juzgador su fallo al absolver por un delito de uso de documento privado falso por persona diferente del falsario y violó la ley sustancial de manera directa por no aplicar las disposiciones del actual régimen penal.*

Si el subfondo argumental es idéntico para los dos reproches, la demanda resulta contradictoria, pues no puede alegarse la incompetencia del juez (Num. 1º del Art. 210 del C. de P. P.), como causal de nulidad que permite quebrar la sentencia (Num. 4º, del Art. 580 del C. de P. P.), para inmediatamente decir que se violó la ley sustancial por infracción directa, caso en el cual existe solamente un error de aplicación de la norma correspondiente, pero la competencia es presupuesto necesario del actuar judicial.

Ante la imposibilidad en que se halla la Sala para escoger una de las dos alegaciones que se contraponen debe concluirse que la defectuosa demanda no prospera.

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

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS ARTICULO 42 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Cuando no es posible determinar inequívocamente la competencia por razón del lugar, debe acudirse a la norma subsidiaria del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de noviembre de 1982.

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

Aprobado: Acta número 96.

Vistos

Al desatar la apelación interpuesta por la apoderada de uno de los sindicados, contra la providencia que decretó su detención por encubrimiento, el Tribunal Superior de Medellín, entre otras varias consideraciones, manifestó incidentalmente que era "menester (...) anotar, de una vez, la diligencia que se debe poner para entrar en conocimiento del despacho judicial en el cual cursa la investigación correspondiente al delito principal —el acaecido contra el patrimonio económico de la empresa 'Monza'— a fin de remitir a él este proceso, por razones de conexidad" (Fl. 226, Cdno. Princ.), indicación con fundamento en la cual el Juzgado Veinte Penal del Circuito de la misma ciudad dispuso "(enviar) lo actuado al Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal en la ciudad de Bogotá, a quien por reparto le correspondiera la denuncia formulada por el señor Edgar Gustavo Alvarez Galvis, en representación de la firma 'Monza', de acuerdo con las circunstancias procesales".

El Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, a quien se envió el proceso, no estuvo conforme con las apreciaciones del Tribunal y del Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, por considerar que tanto el delito contra el patrimonio económico, materia de la investigación, como los demás que hubieran podido cometerse con ocasión o como resultado de esa infracción, debían ser investigados en su totalidad, dentro de la jurisdicción del Juez de Medellín, territorio dentro del cual se había presentado primero la denuncia por el delito contra la propiedad y se había abierto en primer término la respectiva investigación y aprehendido a los procesados, circunstancias todas las cuales le atribuían el conocimiento a prevención.

De este modo presentada la colisión de competencia negativa entre los funcionarios, el expediente fue enviado a la Corte para que la dirima.

Resultando

Los hechos básicos, materia de la investigación, aparecen resumidos en el proceso en los siguientes términos:

"...En las postrimerías de 1981 llegaron al puerto de Cartagena, procedentes de Italia, mil rines de diversas clases de automotores, importados por la compañía 'Monza', domiciliada en la ciudad de Bogotá, hacia donde fueron enviados el 22 de diciembre de ese año en el carro 'Dodge', modelo 1972, de placa TK-05-96, afiliado a 'Transportes Especiales del Llano', de propiedad de José Jaime Arango Vélez y conducido por Gilberto Ríos Arroyave. El cumplimiento del itinerario se calculó para el veintiséis de los mismos. Los empleados de la compañía hicieron uso de vacaciones colectivas por aquel entonces; el cinco de enero del cursante año se enteraron que la mercancía no había llegado y el doce de dicho mes, Gustavo Alvarez Galvis formuló la denuncia correspondiente ante el Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal (Bogotá). Así los empleados, entre ellos Pedro Antonio Molina Rojas, diéronse a la tarea de averiguar la suerte corrida por el cargamento; pronto descubrieron que una gran cantidad de los rines en cita había sido comercializada en la ciudad de Medellín...".

"...De otro lado, José Jaime Arango Vélez, propietario del vehículo desaparecido, dedicose a su búsqueda y, luego de indagar en múltiples ciudades del territorio nacional, efectuó su hallazgo en la de Guática, comprensión del Departamento de Risaralda..." (Fls. 221 a 22 *Id.*).

Considerando

1. *La disposición del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal es regla supletoria cuyo objeto es impedir que pueda presentarse, por ignorancia del lugar en que se perpetró la infracción o por ocurrir ésta en varios lugares del territorio nacional o en el extranjero, una falta de competencia de los jueces de la República para investigar y fallar el delito, de suerte que sólo cuando no es posible determinar inequívocamente la competencia por razón del lugar, conforme lo prescribe el artículo 41* ibidem, *es posible acudir a la norma subsidiaria del 42 para encontrar de ese modo al juez encargado de aprehender el conocimiento de los hechos delictuosos.*

En el asunto materia de la controversia sujeta a la decisión de la Corte, es posible afirmar, fundadamente, que tanto el delito contra el patrimonio económico, como los demás que hubieran podido cometerse en conexidad con éste, fueron consumados todos en el Distrito Judicial de Medellín, afirmación que resulta fácil deducir de las siguientes circunstancias procesalmente acreditadas:

a) El camión de placas TK-05-96, en el que se transportaba la mercancía sustraída, no llegó a Bogotá, que era la ciudad de su destino, lo que descarta la posibilidad de que el atentado contra la propiedad se hubiese cometido en esa ciudad;

b) Parte de los artículos sustraídos fueron localizados en Medellín, ciudad intermedia entre las del despacho y la de destino de la mercancía, lo que indica que fue allí donde se manifestaron los actos objetivos o externos de apropiación, por venta de ellos a terceras personas, y

c) Tanto el vehículo, como el contenedor en el cual se transportaba la mercancía, fueron hallados abandonados más adelante de la ciudad de Medellín, en la localidad de San Clemente, en el Departamento de Risaralda, encontrándose para entonces desocupado el correspondiente contenedor, circunstancia que refuerza las anteriores en el sentido de haberse producido la apropiación de los objetos en el lugar donde fueron vendidos, esto es, antes de abandonarse el vehículo y de hallarse ya desocupado el furgón en que la mercancía había sido transportada.

La Sala estima que la prueba de los hechos anteriores permite asegurar que el lugar donde se cometió la infracción fue en la jurisdicción del Municipio de Medellín y que, por consiguiente, el conocimiento está legalmente atribuido al Juzgado Veinte Penal del Circuito de esa ciudad.

2. Si las consideraciones anteriores no fueran suficientes para determinar la competencia, no sobra advertir, además, que de todos modos ésta estaría atribuida al Juzgado de Medellín, de conformidad con la norma subsidiaria del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, porque fue en Medellín donde primero se formuló la denuncia por la comisión del delito contra el patrimonio económico, que incluía el vehículo y la mercancía transportada por éste, denuncia que con las formalidades legales presentó el propietario del automotor, señor José Jaime Arango Vélez, el día tres (3) de enero del año en curso ante la Inspección de Permanencia número 1, La Alpujarra, de la ciudad de Medellín y, por consiguiente, con anterioridad a la presentada con las formalidades legales ante el Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal de Bogotá, por los mismos hechos, que ocurrió días después, el 13 de ese mes y año.

Tales consideraciones llevan a la Corte a la conclusión de que el apoderamiento ilícito de la mercancía y su venta ocurrieron en la ciudad de Medellín y, por tanto, a la de que la competencia para el conocimiento está atribuida al Juzgado Veinte Penal del Circuito de esa ciudad.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME la colisión de competencia negativa planteada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento para la instrucción y fallo del proceso corresponde al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, al que, en consecuencia, se enviará el proceso, a tiempo que se remitirá copia de esta providencia al Quince Penal del Circuito de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

CODIGO PENAL DE 1936:

Complicidad correlativa

NUEVO CODIGO:

Participación en el hecho punible (Arts. 23 y 24)

La complicidad correlativa —por fuera de su marco normativo—, sustancialmente entendida queda comprendida en el nuevo Código Penal dentro del marco de la participación en el hecho punible (Arts. 23 y 24)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 29 de noviembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 96.

Expediente número 27468.

Vistos

El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga (Santander), mediante sentencia del 17 de noviembre de 1981, condenó a Angel Miguel Ardila León y a Nemoroso Hernández, a la pena principal de 5 años y 4 meses de prisión; ambos al pago de perjuicios y a las penas accesorias de rigor, por los delitos de homicidio en la persona de Modesto Rojas, y de lesiones personales en Desiderio Rojas Duarte, únicamente para el primero de los nombrados.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de esa misma ciudad con sentencia del 11 de febrero de 1982, confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia.

Contra esta resolución se interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos

Quedaron sintetizados en la siguiente forma:

"...El 20 de julio del año a finalizar (1980), a eso de las 8 y 30 de la noche, en la carrera 11 No. 10-60 del Barrio Santa Ana, del Municipio de Floridablanca, el anciano de 64 años y maestro de construcción, Modesto Rojas, recibió violenta cuchillada que a las pocas horas le cegó la vida en el Hospital González Valencia de esa capital. Así mismo, su hijo Desiderio Rojas Duarte, recibió graves heridas que le produjeron una incapacidad definitiva de 25 días sin secuelas. A manos de Angel Miguel Ardila León y Nemoroso Hernández, quienes en la misma forma resultaron lesionados por los primeramente nombrados.

"Sobre la antigua carretera a Floridablanca existen varias casetas metálicas donde se expenden comestibles y bebidas embriagantes, siendo una de ellas de Virginia Pineda, numerado con el 10-60, y aquel día de fiesta nacional el anciano Modesto Rojas, para mitigar el trajín de la jornada se acercó con su nieto de brazos, su nuera y su hijo Desiderio, a tomar un refresco y cerveza, cuando hicieron su aparición dos desconocidos en avanzado estado de embriaguez, que a la postre resultaron ser Angel Miguel Ardila León, operador de un buldózer y su ayudante, Nemoroso Hernández, quienes ingirieron embriagantes en la caseta y como el primero, de un momento a otro se dedicara con cuchillo en mano a desafiar a los presentes, el anciano de una manera reposada le llamó la atención. Motivo por el cual los energúmenos beodos dieron mano a sus puñales y como fieras se abalanzaron contra el anciano, situación que llevó a Desiderio Rojas, su hijo, a esgrimir su cuchillo y enfrentarse a los provocadores e irresponsables alicorados. Para convertirse aquel momento de la noche y de fiesta

patria en una trifulca inesperada y estúpida, de dos contra dos, con el saldo de la muerte para el anciano y lesiones para los demás...".

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación (Art. 580-1 del C. de P. P.), sostiene que hubo violación directa de la ley sustancial en la sentencia de segundo grado y al efecto propone dos cargos, a saber:

a) *Primer cargo.* Infracción directa de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 6 del Código Penal vigente, 6 y 215 del Código de Procedimiento Penal y 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 y, consecuencialmente, aplicación indebida del artículo 385 del Código Penal anterior (Art. 14, Ley 21 de 1973).

Al fundamentar y querer demostrar el reproche, afirma:

Cuando los jueces condenaron a Angel Miguel Ardila León y Nemoroso Hernández, por el delito de homicidio en la persona de Modesto Rojas, en la modalidad de complicidad correlativa, reconocieron que en el proceso no existe la prueba plena o completa de "...la responsabilidad penal individual..." de los acusados, o sea, que hay incertidumbre sobre "...la identidad personal plena..." del autor del crimen.

Y, no habiéndose consagrado en el actual Código Penal la figura de la "complicidad correlativa", es evidente que desapareció del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, encontrándose vigente este estatuto al momento en que se dictó la sentencia, era de forzosa aplicación por el principio de favorabilidad, en cuya virtud el sentenciador debió de absolver a los procesados.

b) *Segundo cargo.* Interpretación errónea de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 6 del Código Penal vigente, 6 y 215 del Código de Procedimiento Penal, y 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 y, consecuencialmente, por aplicación indebida del artículo 385 del Código Penal anterior (Art. 14, Ley 21 de 1973).

Al fundamentar y querer demostrar la objeción, asevera:

Si el nuevo Código Penal, en vez de abolir la figura de la complicidad correlativa, la hubiera consagrado en forma más benigna "...la honorable Sala del Tribunal sí habría encontrado procedente dar aplicación a la ley posterior, por haber encontrado los elementos de comparación...", que le permitían acudir al principio de favorabilidad, pero como el actual ordenamiento represivo suprimió esa modalidad de los delitos de homicidio y lesiones personales no sería aplicable este principio por no existir elementos de comparación, como lo sostiene el fallo impugnado.

Y, por esa vía concluye que al haberse incurrido en una evidente interpretación errónea "...de las normas que consagran el principio de la favorabilidad...", se aplicó indebidamente el artículo 385 del Código Penal (Art. 14, Ley 21 de 1973), en lugar de proferir en favor de los procesados sentencia absolutoria.

El Ministerio Público

Solicita que no se case el fallo recurrido por encontrar infundados los dos cargos que hace el demandante.

Como considera que uno es complemento del otro, se refiere a ambos de manera conjunta para proponer su rechazo.

Estos son sus argumentos decisivos:

"...Desaparecida del nuevo ordenamiento penal la controvertida figura de la complicidad correlativa, la situación de los llamados 'cómplices correlativos', que eran las personas que habían tomado parte en la consumación de un homicidio o lesión, se resuelve siguiendo los derroteros trazados por el artículo 23 del Código Penal vigente, norma que asimila a autores dichos copartícipes fijándoles la pena prevista para la infracción.

"Confrontados los artículos 385 del anterior Código Penal —vigente al momento de calificarse la delincuencia— y el 23 de la nueva Codificación —vigente al momento de proferirse el fallo—, resulta más favorable la norma derogada por sancionar en forma menos gravosa el grado de coparticipación en el delito imputado a los procesados; es decir, que no obstante hallarse derogada dicha disposición prevalece sobre la posterior por ser permisiva o favorable.

"Y si los juzgadores de instancia al dosificar la pena impuesta a los copartícipes del homicidio, acogiéndose a las previsiones del artículo 385, derogado, les fijaron una sanción de 5 años, 4 meses de prisión, a cada uno, inferior a los 8 años que les correspondería conforme al artículo 23 del nuevo Código Penal, obraron correctamente dando aplicación al principio constitucional de favorabilidad de la ley penal.

"La tesis esgrimida por el demandante en el sentido de que abolida del Código la complicidad

correlativa, los sindicados por esta forma de coparticipación en el delito quedarían excluidos de toda culpabilidad siendo forzoso absolverlos, resulta un claro desatino cuyo solo enunciado llama a su rechazo puesto que sería preciso demostrar que conforme a la nueva legislación, el hecho de matar a otra persona no es constitutivo de infracción y los que tomaron parte en él o contribuyeron a su realización quedan exentos de toda sanción...".

Se considera

La demanda presenta dos cargos por la causal primera de casación (Art. 580-1 del C. de P. P.), ambos como violaciones directas de la ley sustancial en cuya formulación el actor incurre en desatino lógico que, si bien no afecta su cabal entendimiento, denota una falta de sindéresis en el manejo de la causal.

Debe recordarse que cuando de violación directa se trata, el punto de referencia en cualquiera de las formas de quebranto que asume ese tipo de impugnación es la concreta voluntad de ley que aplicó el fallador al caso *sub judice*, es decir, que sobre esa norma específica y determinada deben edificarse los conceptos de falta de aplicación, de aplicación indebida y de interpretación errónea, de suerte que resulta un dislate hablar de interpretación errónea (error de significado) con base en disposiciones legales sustantivas que no se aplicaron en la sentencia.

No obstante lo dicho, si en los dos reproches el censor alega violación directa por aplicación indebida del artículo 385 del anterior Código Penal, todo bajo los mismos presupuestos jurídicos y con similares razonamientos dialécticos, se analizará este discurrir como un solo cargo.

Con esta finalidad, se anota:

Los procesados fueron llamados a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, como responsables del delito de homicidio en la persona de Modesto Rojas, pero en calidad de cómplices correlativos por no haberse podido determinar cuál de los dos fue el verdadero autor material del ilícito.

El jurado de conciencia los condenó tal y como fueron llamados a juicio y tanto el juez del conocimiento como el Tribunal respectivo hicieron lo propio.

Se sostiene que la figura de la complicidad correlativa no fue reproducida por el nuevo Código Penal y, la afirmación es exacta. Lo que no resulta veraz es el corolario que de esa realidad extrae el demandante cuando concluye que, en consecuencia, por virtud del principio de favorabilidad, los procesados a quienes se les reconoció que obraron conforme a esa modalidad, deben ser absueltos.

Sin lugar a dudas, la responsabilidad correlativa era una figura de coparticipación criminal consagrada en el artículo 385 de esta manera:

"...En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta a una tercera parte..." (Art. 16, Ley 21 de 1973).

Al respecto, es antigua, pero reiterada jurisprudencia, la Corte enseñaba que en relación con las demás formas de complicidad general, la complicidad correlativa "...Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma..." (C. S. de J., Cas. Penal, febrero 11 de 1946, LX, 173).

La llamada "complicidad correlativa" era, pues, una institución jurídica que hacía posible imponer a los copartícipes de un delito de homicidio o lesiones personales, pena semejante a la señalada para los cómplices no necesarios (Art. 20, C. P. de 1936), cuando no existía prueba plena que permitiera deducir responsabilidad penal a cada uno de ellos a título de autor, coautores o cómplices necesarios o no necesarios, pero habiendo la certeza de que entre tales copartícipes estaba el autor o autores y, eventualmente, uno o varios cómplices del hecho punible.

Era posible, entonces, que entre tales personas hubiera autores materiales, o autor intelectual (determinador) y autores materiales, o autores y cómplices, pero jamás, *solamente cómplices ya que éstos exigen la ineludible intervención del autor para cuyo beneficio contribuyen a la comisión de un delito que no les pertenece, que le es ajeno.*

En este orden de ideas, bien puede afirmarse que el fenómeno de la complicidad correlativa —por fuera de su marco normativo— sustancialmente entendido está considerado en el nuevo Código Penal dentro del marco de la participación en el hecho punible (Arts. 23 y 24 C. P.); de donde se concluye que no es posible admitir impunidad para tales hechos con las tesis del casacionista, vale decir, que quienes fueron con-

denados por complicidad correlativa en vigencia del Código Penal anterior deberían ser absueltos al entrar en vigencia la nueva legislación.

En el caso de autos, los hechos muestran que ambos procesados Angel Miguel Ardila León y Nemoroso Hernández fueron coautores materiales del homicidio de Modesto Rojas y que, por consiguiente, la sanción penal que se les impuso a título *de cómplices correlativos* es más favorable que la dispuesta para el caso de autoría. En consecuencia, tampoco resulta aceptable, por este aspecto, el planteamiento sustitutivo del censor.

Bastan las razones precedentes para que ninguna de las pretensiones de la demanda prospere.

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 el once de febrero del corriente año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Carlos Upegui Zapata, Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

PECULADO POR APROPIACION

CALIDAD OFICIAL EN EL AGENTE Y DISPONIBILIDAD MATERIAL DE LOS HABERES. ALCANCES DEL CONCEPTO. DISPONIBILIDAD JURIDICA

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 96, de noviembre 29 de 1982.

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada a 15 de febrero del año en curso, por medio de la cual se condenó a José Arnobis Osorio Ospina a la pena principal de tres (3) años de prisión y multa de ciento cuarenta y cinco mil doscientos cincuenta pesos ($ 145.250) por el delito de peculado cometido en perjuicio del Fondo Educativo Regional, FER de Risaralda, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado del procesado.

Admitido dicho recurso y calificada como ajustada la correspondiente demanda, se procede, una vez agotado el trámite, a resolverlo.

Hechos y actuación procesal

El 17 de octubre de 1977, Belén Mesa Agudelo, Visitadora de la Contraloría del Departamento del Risaralda al examinar las cuentas del FER encontró graves irregularidades en el manejo de los dineros pertenecientes a dicha entidad, especialmente en lo relacionado con la dotación de escuelas y colegios por no corresponder a los gastos reales las cuentas de cobro presentadas por presuntos abastecedores de lo cual aparecía como responsable el contador de los Fondos, José Arnobis Osorio Ospina, a quien se le atribuyó que, delegado por el Director del FER para gestiones que eran de la incumbencia de éste, se aprovechó de tal circunstancia para hacer operaciones en provecho propio, tales como comprar repuestos de automóvil, dar dineros en préstamo, hacer negociaciones con terceros, contándose entre estos a Henry Alvarez y Héctor Enrique Allan, quienes le facilitaron la forma de sacar los fondos de la entidad oficial simulando facturas por materiales que por supuesto, no ingresaban en el patrimonio de la misma.

Entre las negociaciones ejecutadas con Alvarez estuvo la de que Osorio le prestó dinero para un descubierto en el Banco en pago del cual giró en favor de Alvarez varios cheques, cuyo importe no aparece reintegrado al FER y otro tanto hizo con Allan, quien aparecía suministrando sillas y pupitres al FER, algunos de los cuales fueron recibidos por empleados de dicha entidad, pero otros, que también figuraban a nombre suyo no se les vio nunca.

En esta forma se acumuló un faltante por más de cien mil pesos que no pudo ser explicado dentro del proceso.

Iniciado éste, con base en las diligencias adelantadas por la Contraloría Departamental y en las cuales fue oído Osorio no se le pudo, empero, escuchar en indagatoria por no haber comparecido cuando se le citó para ello, por lo cual se le emplazó debidamente.

Se le nombró apoderado de oficio, luego de haber sido declarado reo ausente y en esta forma se adelantó el proceso hasta su terminación.

Proseguida la investigación, se profirió auto de detención contra Osorio así como también en contra de Gabriel Alberto Restrepo Sotelo, José Roberto Serrano, Gonzalo López Cardona y Henry Alvarez Atehortúa.

Una vez perfeccionada, se la calificó por el Juzgado Segundo Superior de Pereira con llamamiento a juicio para José Arnobis Osorio Ospina, por los delitos de peculado y falsedad en

documentos, al tiempo que se sobreseyó temporalmente en favor de los demás indagados.

Agotado el juicio, se dictó sentencia absolutoria en favor del enjuiciado, pero al consultarla con el Tribunal Superior, fue declarada nula la actuación por no haber sido debidamente emplazado el principal implicado.

Se rehizo a partir de ese momento el proceso y ya desde entonces comenzó a alegarse en favor de Osorio la circunstancia de que por ser solo contador de los fondos, no tenía facultad de manejar sus bienes y, por lo tanto, no se configuraba el delito de peculado.

Esta alegación fue acogida por el juez de la causa, quien nuevamente dictó sentencia absolutoria en favor de dicho procesado, pero el Tribunal la revocó, profiriendo, en su lugar, la que ahora es materia del presente recurso, si bien fue acogida por mayoría de votos, salvando el suyo uno de los integrantes de la Sala de Decisión.

En ella el Tribunal sostuvo que aunque Osorio Ospina no tenía oficialmente el encargo de manejar bienes, dicha función le había sido delegada por el Tesorero-Pagador del Fondo.

Sobre el particular el *ad quem* se expresa (Fl. 1.271) diciendo: "No obstante ser (el procesado) Contador del FER, por delegación tenía funciones de Tesorero Pagador (Fls. 719 y 770), lo que lo constituye en sujeto activo de este hecho punible". Y más adelante añade: "Así, pues, por delegación que el Tesorero Pagador titular le hacía a José Arnobis Osorio Ospina, éste adquirió aquella calidad, de la que sin duda abusó para la emisión y transferencia del cheque que en préstamo le entregó a Henry Alvarez y de cuyo producto se apropió (Fl 1271, Cdno. Nº 6).

Para las conclusiones que se dejan transcritas, el Tribunal se basó en declaraciones, peritazgos y en las manifestaciones hechas en sus respectivas indagatorias por Gabriel A. Restrepo Sotelo y José Roberto Serrano Aemolina, el último de los cuales manifestó (Fl. 779) que Osorio se tomaba las atribuciones de Tesorero-Contador de los Fondos afirmando que muchas veces había tenido que llamar la atención del Gerente sobre el hecho de entregar cheques a las secretarias, en tanto que Serrano Remolina asevera que como el Gerente no entendía de su oficio, Osorio Ospina era quien, en realidad, manejaba la oficina asumiendo y absorbiendo las funciones tanto de contador como de gerente, lo cual venía de tiempo atrás (Fl. 779).

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Se resumen a continuación las censuras dirigidas por el actor a la sentencia recurrida y, con la primera, la respuesta dada a todas por el Procurador Tercero Delegado Penal, quien lleva la voz del Ministerio Público en el presente recurso.

Tres cargos formula el demandante, todos ellos dentro del segundo cuerpo de la causal primera de casación, esto es, por considerar que hubo apreciación errónea de las indagatorias que se dejan mencionadas en último término y falta de apreciación de otras pruebas.

Primer cargo. "Errónea apreciación de las indagatorias de Gabriel A. Restrepo Sotelo y José R. Serrano Remolina".

Sobre este particular afirma el demandante que el Tribunal se valió de dichas injuradas para dar como plenamente establecida la calidad de empleado de administración, custodia, recaudo o pago, esto es, en general "de manejo" de Osorio Ospina, siendo así que esas manifestaciones no constituyen testimonios y "que por sí solas, expresa el actor, no pueden probar absolutamente nada por ser un medio de prueba dirigido únicamente al mismo procesado que rinde su injurada, para perjudicarlo en caso de contener una confesión y para favorecerlo en todo aquello que no encuentre prueba en contra o en favor de otro sumariado, salvo, para probar en contra, que se trate de cargos lanzados en la indagatoria por su autor y que a este respecto sea juramentado por el juez 'como si se tratare de un testigo' (C. de P. Penal a. 385)".

Agrega que esto último no se cumplió en relación con ninguno de los dos indagados que se mencionan y que "por esta razón es manifiesto e inobjetable el error de hecho en que incurrió el Tribunal al tomar como pruebas unas actuaciones a las que la ley no les da naturaleza de tales, y al considerar testimonios o declaraciones, lo que nunca dejó de ser una simple indagatoria".

Replica la Procuraduría conjuntamente este cargo y los restantes, pues considera que aunque presentada la acusación en numerales separados, alude a una sola situación diciendo que la función de Osorio como pagador se consideró establecida no solamente por las declaraciones a que se refiere el censor, sino por otras pruebas, por medio de las cuales resulta demostrado el ilícito proceder del enjuiciado, quien asumió funciones

distintas a las que le correspondían lo que hizo con consentimiento de su superior y de las que hizo uso en beneficio propio o de otros" a través de manejos inescrupulosos, que resultan acreditados por otras pruebas, con grave detrimento del patrimonio de la entidad a la cual prestó sus servicios y a la que debía lo mismo que a su función, especial consideración y lealtad".

Insiste, más adelante, el Ministerio Público en que se encuentra plenamente demostrado no solo por las manifestaciones de los otros sindicados, sino a lo largo de todo el proceso que Osorio Ospina intervenía sin limitaciones en el manejo de cuentas y que auxiliaba a varias empresas a una de las cuales hizo un préstamo con dinero del Fondo.

Agrega que el Tribunal estimó correctamente los medios de prueba existentes en el proceso por lo cual, aunque los reglamentos señalaran las funciones del Contador y éste no tuviera que prestar fianza de manejo, no hay duda de que, haciendo a un lado las funciones propias de su cargo, ejerció otras a virtud de la confianza que le había sido depositada y de la cual abusó para cometer el delito por el cual fue condenado.

Solicita, en consecuencia, la Procuraduría, que no se acepten los cargos hechos a la sentencia.

Segundo cargo. Insiste el actor en que fueron erróneamente apreciadas las indagatorias de Restrepo y Serrano, porque de ellas no se desprende que Osorio hubiera recibido el encargo o delegación que el Tribunal dice hizo, en el procesado, su jefe.

Afirma que, si mucho, de ellas aparece que aquél se "arrogaba", tales funciones de pagador, pero nunca que las tuviera en razón de su empleo de contador del Fondo.

Tercer cargo. Lo hace consistir el censor en "la falta de apreciación de la prueba documental allegada al expediente y que acreditaba respecto del imputado Osorio Ospina su nuda calidad de 'contador' del FER, pero ninguna como empleado de manejo".

Señala específicamente como pruebas cuya apreciación fue omitida por el *ad quem* el nombramiento de Osorio Ospina como contador del FER y la Resolución orgánica número 06601 de 1971, emanada de la Contraloría General de la República y por la cual se reglamentan las funciones de los Fondos Regionales y que obra en el proceso. De ella cita varios apartes entre los cuales está el artículo 5º en que se dice que de los dichos Fondos serán solidariamente responsables los ordenadores de gastos y los empleados de manejo, todos los cuales, dice el artículo 38, tendrán la obligación de prestar una fianza para cuya validez se requiere la aprobación de la Contraloría General.

"Al omitir de manera total el Tribunal, termina diciendo el demandante, la consideración de estas pruebas, que por sí solas descartaban la calidad de empleado de manejo respecto a Osorio Ospina, el Tribunal incurrió en manifiesto y grave error de hecho que lo llevó a tener al imputado como empleado de aquellas calidades y sujeto activo de peculado, cuando sus mismas funciones le impedían jurídicamente transgredir las normas tipificadoras de esa infracción propia de los empleados de manejo, custodia, pago, recaudo etc.".

Consideraciones de la Corte

Como bien lo hace notar la Procuraduría, cuyos razonamientos hace suyo la Sala el actor no ha hecho otra cosa en su libelo que presentar una misma acusación en tres numerales separados a los que denomina "cargos", como si cada uno de ellos fuera diferente a los demás cuando lo cierto es que constituyen una sola censura que radica, en síntesis, en que no se podía condenar a José Arnobis Osorio Ospina, por el delito de peculado, ya que éste no tenía obligación de guardar, administrar, recaudar o pagar, esto es, carecía de funciones de manejo en relación con bienes del Estado, ya que era un simple contador, encargado, como tal, de llevar la cuenta de entradas y gastos de los Fondos de Educación Regional FER.

Plantea dicha situación como un error grave en la interpretación de las pruebas, aseverando, como se deja visto, que el Tribunal, por una parte, se basó en las indagatorias de los coacusados, y, por otra, hizo caso omiso de aquellas pruebas que demostraban en el procesado la calidad de simple contador.

Como puede verse, en el fondo de la demanda hay una sola acusación, ya destacada, consistente en decir que no se puede condenar por un delito de dolosa disposición de fondos públicos a quien no tiene oficialmente el manejo de los mismos.

El actor pretende establecer que las pruebas de que se valió el Tribunal no sirven para demostrar que Osorio Ospina había sido delegado por el responsable de hacer los gastos en la oficina, o sea el señor Luis Gonzalo López Cardona que era el pagador, o bien se había arrogado las

funciones de éste para hacer pagos que, a la postre, resultaron no corresponder a verdaderos suministros, pero lo que en el fondo está discutiendo, es que el procesado como se deja dicho, no era, en ningún caso, empleado de manejo, hubiera existido o no esa delegación o esa usurpación de funciones.

Por esa razón la Corte, se va a ocupar primordialmente del último punto que es el de fondo, pues lo de si las pruebas utilizadas eran o no aptas para el fin señalado, es cuestión instrumental o de medio para demostrar que, por su errónea interpretación o por falta de apreciación de algunas de ellas, se incurrió en error de hecho que incidió gravemente en la sentenia.

La descripción típica del delito de peculado por apropiación no sufrió ninguna modificación sustancial al entrar en vigencia el nuevo Código Penal. En primer lugar este delito exige para su estructuración un sujeto activo calificado, más exactamente consagra en el agente, una cualificación jurídica de derecho público; así lo requería el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 que señalaba que tal delito debía ser realizado por "funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado" y así lo demanda la legislación actualmente en vigencia que reclama que la conducta sea realizada por "empleado oficial", expresión ésta cuya connotación aparece definida, para los efectos penales, en el artículo 63 del Decreto 100 de 1980.

Para la tipificación de este atentado contra la administración pública no es suficiente la calidad funcional del sujeto, sino que además es indispensable que la conducta se realice por el servidor público a quien se le haya encomendado la administración o custodia de los bienes, por razón de sus funciones, exigencia consagrada en igual forma en las dos legislaciones.

De otra parte hay identidad de verbo rector y la descripción de la conducta no sufrió sustanciales modificaciones, pues las expresiones recaudar, pagar, administrar o guardar que utilizaba la disposición recientemente derogada, equivalen a las de administración y custodia que utiliza la codificación vigente. El vocablo administración comprende las acciones de recaudar y pagar, pues tal como lo señala el Diccionario de la Real Academia, dentro de las distintas acepciones de administración está la actividad de quien "...tiene a su cargo la recaudación *de las rentas y el* pago *de las obligaciones...". A su vez son equivalentes las acciones de guarda y de custodia empleadas por las dos disposiciones que se comentan.*

Tampoco existe diferencia alguna en relación con el objeto material de la conducta, pues en las dos codificaciones se alude a la apropiación de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, pues aun cuando el Decreto 1358 de 1951 no hacía referencia en forma expresa al Estado tal expresión estaba sobreentendida habida consideración de que si constituia delito la apropiación de los bienes de empresas o instituciones en que el Estado tuviera parte, con mayor razón era ilícita la conducta de quien se apropiaba de los bienes del Estado. Es evidente, de otra parte, que tanto en la legislación derogada como en la vigente los bienes de los particulares que administra o custodia el servidor público pueden ser objeto de un atentado contra la administración pública y, finalmente, que las expresiones caudales y bienes utilizadas en el Decreto 1358 de 1951, quedan recogidas en la más amplia y genérica que emplea la nueva regulación normativa.

Por manera que, salvo modificaciones relacionadas con las consecuencias de carácter punitivo, el sentido del peculado por apropiación es igual en el Decreto 1358 de 1951 y en el vigente Código Penal, de donde se infiere que la interpretación del nuevo texto legal está sometido a las mismas precisiones y dificultades a que ya habían aludido doctrina y jurisprudencia con relación a la precedente codificación.

Uno de los aspectos especialmente controvertidos es el atinente a la exigencia típica de que el comportamiento se realice por razón de las funciones propias del cargo. A este respecto se advierten diversas posiciones, desde la restringida que considera que este delito solo puede estructurarse cuando el funcionario legalmente facultado para custodiar o administrar se apropia de los bienes que en tal virtud se le han confiado, hasta las concepciones más amplias que con diversos matices, aceptan un concepto más dilatado de administración para incluir dentro de la descripción comportamental los actos de servidores públicos que, aun cuando no vinculados al manejo de los bienes por una disposición legal o reglamentaria, tienen con relación a ellos un nexo material derivado de la actividad funcional genéricamente considerada.

Punto de partida para la solución del problema planteado es la aceptación de que toda función pública es reglada, tal como se desprende del texto de los artículos 20 y 63 de la Carta

Fundamental, pues todo empleo debe tener detalladas sus funciones en ley o reglamento y su ejercicio, por fuera de la órbita legal, implica responsabilidad.

Por manera que en virtud de los textos constitucionales citados y en obedecimiento al principio de tipicidad que tiene su origen en el artículo 26 de la Constitución Política, el delito de peculado se comete no solo por un empleado oficial sino que además es indispensable que los bienes de que se apropia el agente sean de aquellos cuya custodia o administración se le haya confiado por razón de sus funciones. En otras palabras no es suficiente la calidad oficial en el agente y en los bienes, sino que es indispensable la relación funcional entre aquél y éstos, que supera el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinariamente se ha dado en llamar la disponibilidad.

Ahora bien, las funciones propias del cargo no provienen exclusivamente de la ley ya que ellas pueden tener origen en distintas fuentes de atribución de competencia; esto es, que bien pueden tener origen en la constitución, en una ley en sentido formal, en un decreto legislativo, en un reglamento constitucional, en una ordenanza, en un acuerdo, en un reglamento, en una resolución, en una orden o en cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad (casaciones de agosto 3 de 1976 y de noviembre 18 de 1980).

En la casación del 3 de agosto de 1976 se recordó el fundamento legal de la precedente afirmación, cuando se señaló que el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968 que derogó el 5º del Código de Régimen Político y Municipal dispone: "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural".

A su vez el artículo 239 del C. de R. P. y M., prescribe: "a los empleados nacionales no se les puede imponer deberes sino por las leyes, por los reglamentos del Gobierno, y por las órdenes de sus respectivos superiores".

En este orden de ideas la primera persona que se halla en situación propincua para la comisión del delito de peculado es el funcionario de manejo, o sea quien tiene la disponibilidad material de los haberes. En alguna ocasión una resolución reglamentaria de la Contraloría General de la República señaló que eran empleados de manejo quienes "recauden, reciban, paguen o administren fondos y bienes nacionales y los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies, materiales o elementos de propiedad de la Nación, de los establecimientos públicos que fiscaliza la Contraloría y de las instituciones de utilidad común". Es claro que esta precisión debe entenderse modificada con las nuevas regulaciones introducidas en la reforma administrativa de 1968; además, es obvio que el delito de peculado lo cometen también los empleados del orden departamental y municipal y los de los establecimientos e instituciones de estos niveles.

Ocurre, sin embargo, que la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona, pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por este motivo además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto por cuanto éste tiene respecto de aquellos la llamada disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar.

En estos casos la vinculación previa del individuo a la administración pública, asume una señalada importancia en cuanto, si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos y si se los apropia, los usa indebidamente, o les da aplicación oficial diferente de la que les corresponde, incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo y lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte.

En el caso presente el contador tenía específicas funciones de administrador de bienes, señaladas, entre otras, en el artículo 29 de la Resolución orgánica 06601 de 1977, que reglamentó los Fondos de Educación Regionales, FER, pues la

oficina de contabilidad debe llevar un control riguroso de los bienes de cada uno de los establecimientos educativos adscritos.

En estas condiciones el Tribunal Superior de Pereira no violó directa ni indirectamente, la ley sustancial al condenar a José Arnobis Osorio Ospina por el delito de peculado y no pueden, por lo tanto, aceptarse los cargos que el actor ha dirigido contra lá decisión acusada.

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 al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

PRESCRIPCION

Principio de favorabilidad (Arts. 26 C. N. y 6º del C. P. P.)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 97 de 6 de diciembre de 1982.

Vistos

Por vía de consulta revisa la Sala el auto de 2 de septiembre del año en curso por el cual el Tribunal Superior de Villavicencio declaró prescrita la acción penal en el caso de autos y ordenó la cesación de todo procedimiento.

Los hechos que dieron origen a este pequeño proceso se resumen así: el señor Vicente de Paúl Ortega Pineda, presentó denuncia (julio de 1971), en contra de Francisco Eduardo Díaz Herrera, que desempeñaba por aquel entonces el cargo de Juez Territorial en Saravena y a quien imputó como posible delito de falsedad en documento público el haber practicado una diligencia de secuestro sin levantar simultáneamente y en el mismo sitio el acta correspondiente y después, cuando se le reprochó dicho proceder, el llamar al secuestre y a otra persona para que firmaran el documento que luego confeccionó.

El Tribunal Superior de Villavicencio abrió investigación el 22 de enero de 1972, luego de considerar que podía proceder de oficio ante la imposibilidad de lograr la ratificación del denunciante. Se comisionó por varias ocasiones para el adelantamiento de la sumaria sin resultado alguno, pues en las veintiséis hojas que componen el expediente apenas aparece recibida la declaración de Juan Antonio Arévalo Cifuentes, con fecha del 8 de marzo de 1976. El 27 de abril de 1982 el Magistrado Sustanciador solicitó concepto del Ministerio Público sobre posible aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Dicho concepto fue favorable y el 2 de septiembre del año en curso, como ya se dijo, se produjo la providencia consultada.

El juzgador de primera instancia dio aplicación en su fallo al Código Penal de 1980 vigente desde el 27 de enero de 1981. Olvidó, sin embargo, que por disposición del artículo 82 de la nueva legislación el término prescriptivo se amplía en una tercera parte del máximo fijado en el artículo 80 "si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos". Así las cosas resulta claro que para un delito de falsedad en las hipótesis previstas en los artículos 218 y 219 de la codificación en vigencia, que traen penas máximas privativas de la libertad de 10 años de prisión, la prescripción de la acción penal se consuma en un lapso igual a 13 años y 4 meses que no han transcurrido en este asunto si se sabe que los hechos se sucedieron a finales de junio o a principios de julio de 1971. En estas condiciones la emisión de la providencia consultada es prematura.

No obstante lo dicho cabe reconocer que sí existe la prescripción de la acción penal en el caso presente, pues por adecuación al principio de favorabilidad (artículo 26 de la Constitución Nacional y 6º del Código de Procedimiento Penal), deben aplicarse las disposiciones que reglaban la materia en el abolido Código de 1936, pues la prescripción bajo dicho estatuto no se extendía más allá del máximo de la pena privativa de la libertad prevista en la disposición penal infringida en casos como el que aquí se resuelve. La falsedad en documento público prevista en el artículo 231 del Código Penal de 1936, tenía una pena máxima de 10 años de presidio y en igual tiempo prescribía la acción penal según el artículo 105. Efectuada la contabilidad del caso esa acción penal prescribió el 27 de junio o el 1º de julio de 1981 sin que importe que tal cosa haya sucedido cuando ya había entrado en vigencia el Código Penal de 1980.

El Procurador Delegado en lo Penal conceptúa que debe investigarse la conducta de los distintos funcionarios que conocieron del proceso y con su inactividad pudieron contribuir a que la prescripción sobreviniera. Le asiste plena razón al Ministerio Público por este aspecto y, como se ve al final, él mismo tomó la determinación de poner los hechos en conocimiento de la Procuradudría Delegada para la Vigilancia Judicial.

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

Resuelve

CONFIRMAR, por los motivos consignados en la parte motiva de esta providencia, el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Gaviria, salvó el voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* con salvedad de voto.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

Salvamento de voto

Disentimos del pensamiento mayoritario de la Sala, en cuanto acepta que la acción penal prescribió en el presente caso.

La razón de nuestro desacuerdo radica en que no habiéndose consolidado el lapso prescriptivo dentro de la vigencia del anterior Código Penal, sino del actual, ya que los seis años se cumplieron el 2 de diciembre de 1981, el fenómeno de la prescripción se rige, en este caso, por el nuevo estatuto y no por el derogado, lo que implica aumentar en una tercera parte el lapso extintivo de la acción penal, con lo cual se llegaría a la conclusión de que aún no se ha satisfecho (Art. 82 del C. Penal).

Como fundamentación de este planteamiento reproducimos, en síntesis, las razones que hemos venido exponiendo, a manera de salvamento de voto, en casos similares:

"Por las precedentes consideraciones, estimamos, contra lo que piensa la mayoría de la Sala, que la prescripción no es 'un fenómeno jurídico dependiente de la sanción'; cremos en cambio, que tiene su propia autonomía, pues lo que extingue en esencia no es el delito, ni la pena señalada legalmente o en concreto impuesta en la sentencia, sino la potestad punitiva del Estado. El que por razones de técnica legislativa algunos códigos refieran el lapso prescriptivo a la cantidad de pena fijada en la ley o en el fallo judicial, no significa que estructuralmente sea una institución jurídica accesoria de la sanción; los códigos bien podrían fijar términos de prescripción independientes de la duración de la pena —y de hechos los fijan así respecto de delitos con penas no privativas de la libertad— sin que por ello se desnaturalice su esencia.

"En síntesis, la tesis que aquí se sostiene no vulnera el principio de legalidad del delito y de la pena, ni el de favorabilidad, pues no se pretende calificar como delictiva una conducta no descrita legalmente en la fecha de su realización, ni imponer sanción diversa de la señalada previamente por el legislador, ni aplicar de dos leyes posibles la más desfavorable. Lo que se afirma es que la ley que rige la prescripción es aquella que estaba vigente cuando el fenómeno en cuestión se consolidó y no aquella vigente cuando se inició el lapso prescriptivo, y que la aplicación ultraactiva de la ley más favorable está supeditada a que el hecho o fenómeno respecto del cual se invoque haya ocurrido o se hubiese estructurado durante su vigencia" (autos de 28 de junio de 1982, segunda instancia contra Tomás Armando Ochoa Guerrero y de 2 de julio de 1982, segunda instancia contra Ana I. Rocha López)".

Son estas las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Alfonso Reyes Echandía, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha ut supra.

PRUEBAS EN LA ETAPA SUMARIAL

Artículo 501 del Código de Procedimiento Penal. Requisitos para la solicitud de prueba dentro del juicio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 6 de diciembre de 1982.

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

Aprobado: Acta número 97.

Vistos

Por apelación oportunamente interpuesta por el denunciante, bien concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar el auto del Tribunal Superior de Ibagué de 9 de junio del año en curso, por medio del cual se abstuvo de iniciar investigación contra el Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal del Guamo —Tolima—, doctor Alvaro Rojas Mayorquín, por el delito de prevaricato.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera "que el auto inhibitorio impugnado debe ser revocado, para que en su lugar se inicie la investigación penal pertinente con miras a establecer si el funcionario sindicado incurrió en el delito por el cual fue acusado, o en alguno otro contra la administración pública".

Resultando

Los hechos son los siguientes sintetizados por el Tribunal así:

"...a) En proceso por homicidio, en el cual figura como víctima José Marcelino Muñoz, el que instruyó el sindicado, se afirma que éste, al practicar la diligencia de reconstrucción 'no se identificó por los sindicados ni por los testigos en (sic) sitio donde quedó el occiso', lo que estima deliberado por cuanto el denunciante le hizo caer en cuenta tal omisión oportunamente sin que lograra suplirla...".

"...b) El denunciante estima que el informe rendido por los agentes de circulación y tránsito, es parcializado y por lo tanto solicitó se les hiciera comparecer para interrogarlos, solicitud que fue negada; ante esta situación interpuso el recurso de reposición y no se resolvió el de apelación, se guardó silencio deliberadamente, y...''.

"...c) Afirma que 'al rendir declaración el señor Leonardo Sarmiento se equivocó al suministrar el nombre o apellido, para que quedara correctamente citada, manifestando el señor juez que él de todas maneras recepcionaba ese testimonio, aclarando en el encabezamiento de la diligencia que se trataba del testigo fulano de tal citado como fulano de tal, para posteriormente proferir un auto negando la recepción de la prueba en forma injustificada y violando el propio auto cabeza de proceso dictado en el sumario, donde ordena recibir las declaraciones de las personas que por cualquier motivo tengan conocimiento de los hechos investigados..." (Fls. 6 a 62, Cdno. Trib.).

Considerando

Si bien es cierto, como lo advierte el Tribunal en la providencia recurrida, "que resulta inexacta la afirmación categórica que hace el denunciante sobre la negativa del denunciado e instructor de ubicar por los testigos el sitio en donde quedó la víctima, a pesar de su insistencia, porque de la diligencia ameritada se desprende que el señor apoderado de la parte civil, si bien asistió a la misma y la suscribió, no solicitó tal prueba", lo que podría ser suficiente para desestimar ese cargo, no ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de los demás que se formulan al Juez Rojas Mayorquín, particularmente el referente a su obstinada negativa a practicar los testimonios cuya recepción le había sido oportunamente solicitada por el señor representante de la parte civil, que se negó a ordenar mediante auto de simple sustanciación o trámite, contra expresa y clara disposición legal, para cuya realización impuso a la parte que solicitaba las diligencias requisitos que la ley no consagra para el sumario, que insistió en rechazar no obstante las muy fundadas, claras y pertinentes observaciones que expuso el representante de la parte

civil en su escrito de reposición y que, por último, sustrajo de la revisión del superior, absteniéndose de conceder el recurso de apelación que también oportunamente había sido interpuesto contra su persistente negativa.

Esta insistente conducta del funcionario que, como se deja visto, se prolonga desde el momento en que niega la práctica de las pruebas solicitadas mediante auto de simple sustanciación, hasta cuando se abstiene de conceder la apelación subsidiariamente interpuesta en tiempo oportuno contra su negativa, pueden constituir la infracción penal denunciada, por aparecer que el juez, con su comportamiento, desconoció varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal, entre las cuales la Corte precisa las siguientes:

a) De conformidad con el numeral 2 del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, los autos que niegan la práctica de pruebas son interlocutorios:

"...Artículo 169. Clasificación de las resoluciones. Las providencias que se dicten en el proceso penal se denominarán autos y sentencias y se clasifican así:

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

"...2. Autos interlocutorios si resuelven algún incidente o cuestión del proceso como el que ordena la detención del procesado, el que dispone o niega su libertad, el que califica el mérito del sumario, los que niegan la admisión o la práctica de alguna prueba y los demás que contengan resoluciones análogas...".

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

b) De conformidad con el artículo 501 ibidem *la condición impuesta a quienes solicitan la práctica de pruebas, consistente en indicar clara y precisamente lo que se propone acreditar con cada una de ellas, así como su conducencia, sólo ha sido establecida para las que se solicitan dentro del juicio y no, por consiguiente, para aquellas cuya realización se pide dentro de la etapa puramente investigativa o sumarial del proceso:*

"...Artículo 501. Requisitos de la solicitud. Dentro del juicio las pruebas deberán pedirse indicando clara y precisamente lo que el solicitante se propone acreditar con cada una de ellas, así como su conducencia por la relación que tengan con los hechos que son materia del debate...".

c) De conformidad con el artículo 194 *ibidem*, finalmente, el recurso de reposición se interpone y se sustancia de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, ya como único o como principal, en este caso cuando el de apelación se interpone subsidiariamente:

Artículo 348 del Código de Procedimiento Civil:

"...El recurso (de reposición) deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, por escrito, presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto (...) ...".

Artículo 349 *ibidem:*

"...Trámite. Si el recurso se formula por escrito, éste se mantendrá en la secretaría por dos días en traslado a la parte contraria, sin necesidad de que el juez lo ordene; surtido el traslado se decidirá el recurso...".

Artículo 352 *ibidem:*

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

"...La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición...".

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

Si todas estas normas fueron, según parece, violadas por el juez denunciado, su quebrantamiento resulta mucho más grave si se relaciona con los incidentes personales suscitados entre el funcionario y el señor representante de la parte civil en su Despacho y luego en una cantina pública, como lo declaran el doctor José Ramón Calderón y el señor Alfonso Muñoz Vásquez, circunstancias que, desde luego, hacen más imperiosa la necesidad de que se investigue penalmente el comportamiento del Juez Alvaro Rojas Mayorquín, como habrá de disponerlo la Corte, de acuerdo con el Colaborador Fiscal revocando, con tal propósito, el auto inhibitorio recurrido.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, REVOCA el auto, materia del recurso, en cuyo lugar ORDENA que se inicie la investigación penal correspondiente.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

ARTICULO 3º, DECRETO 1923 DE 1978. PERMANENCIA EN EL PROPOSITO DELICTIVO Y RELATIVA ORGANIZACION TENDIENTE AL LOGRO DE LOS OBJETIVOS TRAZADOS. ARTICULOS 398, NUM. 5º Y 404, NUM. 2º DEL CODIGO PENAL. OCASIONALIDAD

No puede ser lo mismo, la comisión de un delito cuando varias personas de manera ocasional deciden perpetrarlo, que cuando él se realizó dentro del contexto de una banda, cuadrilla o grupos armados, que ellos mismos integran, constituyen o conforman

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 7 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Abogado Asistente: doctor *Alberto Mora Cogollos.*

Aprobado: Acta número 98.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Erly Rafael Manrique Gualdrón, contra la sentencia de 13 de febrero de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar, al confirmar la proferida por un consejo de guerra verbal, celebrado en Yopal, el 27 de febrero de 1980, lo condenó a la pena principal de diez años de presidio (hoy prisión) y a las correspondientes accesorias, como autor responsable de la infracción contemplada en el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), hechos cometidos conjuntamente con Melvin Hurtado Gualdrón y Sandalio Pérez Medina, quienes también recurrieron, pero sin que llegaran a fundamentar a su nombre el recurso, por lo cual fue declarado desierto respecto de ellos.

En relación con Manrique Gualdrón, la demanda fue encontrada acorde con las prescripciones formales que exige la ley (Fls. 2 y 43 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El día 14 de mayo de 1979, avanzadas las horas de la mañana, tres personas enmascaradas, que resultaron ser los procesados, se hicieron presentes en la casa del hato "La Barquereña", situada en jurisdicción del Municipio de Nunchía (Casanare) y, con armas de fuego, procedieron a intimidar a la dueña de la casa habiéndose hecho entregar dinero en efectivo, un reloj marca "Orient", una radio grabadora y otros objetos, todo avaluado por peritos en la suma de $ 69.620 (Fl. 168, cuaderno principal). Realizado su objetivo, los sujetos emprendieron la huída, pero iniciada la persecución por parte de los trabajadores y su patrono, quienes fueron alertados en sus sitios de trabajo por unos menores de edad que se enteraron de los hechos, fueron capturados Melvin Hurtado Gualdrón y Sandalio Pérez Medina, habiendo logrado escapar con el producto del robo el procesado Erly Rafael Manrique Gualdrón, quien fue capturado dos días después.

Ante el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal de Yopal, Luis Fernando Arenas Díaz presentó denuncia y por auto de 16 de mayo de 1979 se ordenó remitir las diligencias al Comando del Grupo "Guías del Casanare", por considerar el funcionario instructor que el delito cometido era del conocimiento de la justicia penal militar.

Por auto de 31 de mayo de ese año, el Juzgado Treinta y Uno de Instrucción Penal Militar inició la correspondiente investigación, oyó en indagatoria a los sindicados y profirió auto de detención el 6 de junio siguiente. Concluida la investigación y escuchado el concepto del Auditor, el Comando de la Séptima Brigada, mediante Resolución número 001 de 8 de febrero de 1980, convocó un consejo de guerra verbal para juzgar

a los particulares Melvin Hurtado Gualdrón, Sandalio Pérez Medina y Erly Manrique Gualdrón como infractores del artículo 3º del Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) (Fls. 114 a 131 del cuaderno principal).

El 26 de febrero de 1980 se realizó el consejo de guerra verbal y los vocales emitieron veredicto condenatorio, el cual fue unánime para los procesados Melvin Hurtado Gualdrón y Sandalio Pérez Medina, y por mayoría respecto a Erly Rafael Manrique Gualdrón (Fls. 167 a 170 *ibidem*).

La Presidencia del consejo de guerra verbal acogió el veredicto de los vocales y dictó la sentencia condenatoria que, apelada, fue confirmada por el Tribunal mediante la que fue objeto del recurso de casación que ahora se decide.

El Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar solicitó en su concepto que se decretara la nulidad de lo actuado por haberse incurrido en una equivocada denominación jurídica de la infracción y, por ende, en incompetencia de jurisdicción.

Los siguientes son los aspectos sustanciales de su argumentación:

"Ante tales circunstancias de hecho, que no hay manera de modificarlas, porque no aparece prueba alguna que diera fundamento para afirmar que los implicados en este proceso 'integraban bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas', para los fines previstos en el artículo 3º del Decreto 1923, para fundamentar la competencia del conocimiento en este caso, debe concluirse que no se está en presencia de una banda integrada, o cuadrilla o grupo armado, sino de tres individuos que ocasionalmente, y a iniciativa de uno de ellos, tomaron la determinación de apoderarse por medio de violencia y amenaza de bienes ajenos.

"Si esa es la real situación fáctica, mal podría formarse el derecho para encuadrar allí los hechos, porque se incurriría en evidente error jurídico desde el punto de vista de su calificación y además y por consecuencia, se caería en una causal de nulidad prevista por la ley procesal penal militar y también por el procedimiento ordinario, como adelante se verá" ...

..."De donde debe concluirse, teniendo en cuenta el expresado alcance dado por el propio legislador, que no se tuvo en ningún momento la intención de suspender las normas ordinarias vigentes relacionadas con la tipificación de los delitos de hurto y robo, entre otros, así fueran llevados a cabo por más de una persona y que son de ordinaria y constante ocurrencia, así se efectúen en despoblado, o con armas, o en predios o haciendas y que su contenido solo se refirió a grupos subversivos y de antisociales y delincuentes que operan en varias partes del territorio, pero con principio de asociación y de permanencia y de frecuencia en tales actividades delictuosas, que amplía más el concepto de la asociación para delinquir.

"En el presente caso, por lo dicho por los mismos incriminados, dados sus antecedentes y la no comprobación de existencia anterior de esa clase de actividades en la región, realizadas por los mismos, mal se puede hablar de integración de bandas, cuadrilla o grupos armados, cuando de lo que se trata es simplemente de una actividad ocasional dirigida contra determinada persona, sin más proyecciones y alcances"...

..."El convenio en casos como el presente, es momentáneo y sería desde el punto de vista de la interpretación de la ley, error manifiesto extenderlo a cualquier clase de actividad llevada a cabo por una o más personas, el comportamiento complejo que contempla el artículo 3º del decreto en comento; no hay que confundir el acuerdo ocasional entre dos o más personas para fines de llevar a cabo un acto delictivo, con la integración de bandas, cuadrillas o grupos armados de antisociales y delincuentes, de que habló el señor Ministro" (Fls. 185, 186, 187 y 188 del cuaderno principal).

Por su parte el Tribunal, al no acoger la petición de nulidad formulada por su colaborador fiscal, se apoyó en una providencia del Consejo Superior de la Judicatura, de la cual insertó los siguientes apartes:

"Antes de tomar la decisión que motiva este pronunciamiento, es indispensable calificar jurídicamente en forma provisional la clase de delito que se investigó.

"Tal como se presentan los hechos en el recaudo probatorio, puede pensarse en la comisión de uno de los delitos el robo o la extorsión, consumado bajo amenaza.

"La doctrina y la jurisprudencia han señalado como circunstancia que diferencia la extorsión del robo, el tiempo que debe transcurrir desde el instante en que se ejerce este tipo de violencia moral o sicológica que inhibe a la persona para defenderse y el momento de la entrega de las cosas, puesto que en el robo los dos hechos, la amenaza y la entrega de los objetos perseguidos por el actor, se producen en forma simultánea.

"De conformidad con las pruebas allegadas especialmente la versión expuesta por el ofendido, la sustracción de los dineros, armas y víveres se realizó mientras los delincuentes utilizando armas mantenían a sus víctimas imposibilitadas para actuar. Significa lo anterior que el despojo fue simultáneo con la amenaza, la cual aun cuando no fue traducida en palabras, sí fue manifiesta. En las anteriores circunstancias no se puede hablar del delito de extorsión, sino el robo.

"Esta misma calificación jurídica de los hechos la adoptó el señor Juez de Primera Instancia de la Justicia Militar y sobre ella fundamentó su declaratoria de incompetencia. Sin embargo, dejó de lado la consideración de que el delito de robo también está contemplado en el Decreto 1923 de 1978, artículo 3º, cuyo texto es el siguiente:

"Los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas e invadan o asalten poblaciones, predios, haciendas, carreteras o vías públicas causando muertes, incendios o daños en los bienes, o por medio de violencia a las personas o a las cosas cometan otros delitos contra la seguridad y la integridad colectivas o *mediante amenaza se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos* o establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar, respetar o defender la vida o los derechos de las personas, incurrirán en presidio de diez a quince años".

"La norma contiene cuatro modalidades delictivas y una de ellas, la que se ha subrayado, no es otra cosa que la consagración del delito de robo, porque ésta es la denominación jurídica que la ley le ha dado al apoderamiento de bienes muebles ajenos mediante violencia moral u obligando de cualquier manera a la entrega de los mismos".

"El comportamiento que se investiga en este proceso fue asumido por tres personas que utilizaron la amenaza para doblegar la voluntad de sus víctimas y así lograr despojarlas de algunos de sus bienes, es decir, que hicieron realidad la conducta descrita en la norma comentada.

"El artículo 9º del mismo Decreto 1923 de 1978, atribuyó a la Justicia Penal Militar el conocimiento de los delitos contemplados en su artículo 3º, por lo que es forzoso concluir que en el presente caso la competencia para juzgar le corresponde a la Justicia Castrense, y en tal sentido se pronuncia esta Corporación, no obstante que el criterio que la acompaña es el de que conductas de esta índole, tales como el robo deberían estar sometidas al juzgamiento de las autoridades civiles, como tradicionalmente lo han estado" (Fls. 227 a 229 *ibidem*).

La demanda

Dos cargos formula el actor a la sentencia, los que fundamenta en las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley por errada interpretación de la prueba.

Lo presenta el recurrente de la siguiente manera:

"Evidentemente en el caso que nos ocupa no solo los jueces instructores sino falladores, incurrieron en lamentables excesos, que tuvieron como consecuencia inevitable la condena de mi patrocinado, sin embargo ante la realidad procesal en el caso muy particular de Erly Rafael Manrique Gualdrón, tiene éste la fortuna de que su caso llegue a conocimiento del máximo tribunal de justicia en la República, hecho que garantiza de antemano ecuanimidad y sabiduría sometida a toda prueba.

"Pero es necesario dejar expresa constancia, que los distinguidos jueces falladores, desconocieron hechos evidentes y sin tener a mano plena prueba, condenaron a mi patrocinado, cuando las evidencias de que el señor Erly Rafael Manrique Gualdrón no participó en el asalto varias veces comentado, son varias y de un valor probatorio manifiesto y sobre los hechos se le dio a la prueba alcances que nunca tuvo y simples indicios fueron decisivos para llegar hasta la sentencia que hoy se impugna".

Luego de controvertir la prueba existente en el plenario y de hacer una crítica personal sobre la misma, concluye el impugnante expresando que "ciertamente en el caso que nos ocupa se ha cristalizado en forma manifiesta no solo un error de hecho sino de derecho. La sentencia impugnada no corresponde en manera alguna a la verdad de los hechos y a la propia realidad del proceso".

"Existe en este caso una doble interpretación falsa, pues en derecho se ha otorgado a la prueba un valor que la ley no le asigna, sobre simples indicios y sin existir plena prueba no solo se ha convocado a un consejo verbal de guerra, sino que se ha condenado a una persona ajena por completo a los hechos que se investigaron, o en otras palabras existe manifiestamente una dis-

paridad entre la voluntad efectiva del legislador y la prueba y la sentencia y por ello existe de antemano una apreciación legal equivocada y se configura manifiestamente un error de derecho por falso juicio de convicción y han primado en nuestro caso los juicios subjetivos y ligeros del señor juez sobre la realidad de los hechos y la propia prueba que configuró el acerbo para proferir un llamamiento a consejo de guerra y más aún a una sentencia condenatoria.

"De otra parte se ha dado a la prueba un alcance objetivo que no tiene o el fallador no le ha dado el alcance que la prueba en sí tiene, y considero que en este caso el fallador ha incurrido en un exceso de dimensiones colosales, pues el hecho en sí en lo que atañe a Erly Rafael Manrique ha sido desfigurado en su perjuicio, configurándose un error manifiesto de hecho".

Y concluye:

"En síntesis se ha configurado *una violación indirecta por interpretación falsa, no solo en los hechos sino en derecho.*

"La sentencia que acuso en este libelo ha sido violatoria de la ley sustancial, ha incurrido el fallador en error de derecho y de hecho que evidentemente aparecen manifiestos en los autos y en la realidad no solo de lo que fueron los hechos, sino en forma clara se han violado disposiciones y garantías procesales como quiera que la sentencia ha sido consecuencia de una muy equivocada apreciación jurídica de la prueba, desconociéndose elementales normas de apreciación sobre la realidad del proceso".

Segundo cargo. Nulidad por errada denominación jurídica de la infracción. Para el recurrente los hechos configuran un delito de robo frente a la legislación anterior, o de hurto agravado según el nuevo Código, pero no una violación del Decreto 1923 de 1978.

Argumenta de la siguiente manera:

"Ante unas circunstancias bien claras de hecho, porque realmente en este proceso no aparece ninguna prueba, que dé pie para afirmar categóricamente que los implicados en el presente proceso 'integran bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas', entonces para que los presupuestos exigidos por el artículo 3º del Decreto 1923, para sentar, fundadamente, la competencia del conocimiento, debemos a todas luces concluir que no se está ante la presencia de una banda integrada o de un grupo o cuadrilla armada y ciertamente en el presente caso sucedió un encuentro eventual, donde en determinado momento se tomó la determinación de apoderarse de algunos bienes por medio de la violencia y de la amenaza.

"Basta leer detenidamente las injuradas de los convictos; estudiar sus antecedentes de todo orden; además por parte alguna aparece antecedente anterior de algún tipo similar, pues como se observa carecen de antecedentes penales, nunca antes de la región donde viven fueron sorprendidos en actividades delictuosas y por ello resulta utópico hablar que este encuentro ocasional, puede configurarse o pueda entenderse como producto de una cuadrilla armada, o de una integración de una banda.

"Y ciertamente ante la preocupación por la existencia y frecuencia con que en diversas partes del país se presentaba este fenómeno, se resolvió crear un delito *sui generis* que correspondiera a la acción de los antisociales, para de esta forma poder dar respuesta adecuada en el aspecto correlativo, evitando de esta forma que amparados en mecanismos legales pudieran eludir cuando menos en parte la sanción real que les correspondía.

"Pero si analizamos el caso que nos ocupa, debemos necesariamente concluir que es *momentáneo* y desde el punto de vista de la ley, sería un error evidente extenderlo a cualquier clase de actividades llevadas a cabo por una o más personas, al complejo comportamiento contemplado por el artículo 3º del decreto que comentamos; y resulta al menos ilógico confundir el acuerdo *ocasional* de dos o más personas para llevar a cabo un acto delictivo, con la integración de bandas, de cuadrillas, de grupos armados de antisociales y delincuentes de los cuales habló el premier de aquella época.

"...Por todas las consideraciones anteriores es obvio suponer que hay errada calificación por tratarse de un delito contra la propiedad, contemplado en el Código Penal en su artículo 349 y en el antiguo en el artículo 402, modificado por la Ley 21 de 1973, su conocimiento corresponde a la justicia penal ordinaria, justicia que desde un principio por competencia ha debido conocer la investigación, hoy impugnada en su sentencia tanto de primera como de segunda instancia y además impugno la sentencia cuestionada por la *incompetencia del juez* de acuerdo con los artículos 441, numerales 1º y 2º del Código de Justicia Penal Militar y 210, numerales 1º y 5º del Código Penal antiguo y en el que tiene actual vigencia, artículos 349 y 350 del Código Penal".

Finalmente solicita que se case la sentencia y se adopten las determinaciones pertinentes, y a manera de petición aislada y subsidiaria pide que se aplique el principio de favorabilidad consagrado en el actual Código Penal en su artículo 6º y al que la Sala ha dado operancia en anteriores decisiones relacionadas con la prevalencia del nuevo Código sobre el estatuto de seguridad (Decreto 1923 de 1978).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, solicita que se deseche el recurso contra la sentencia impugnada, pues los cargos formulados por el recurrente contra ella carecen de fundamento.

Los siguientes son los apartes centrales de su concepto:

"Los argumentos de la demanda son contradictorios, ya que en primer lugar se discute el haberse aplicado el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978, cuando el nuevo Código Penal delimita en forma clara esta clase de conductas, con la favorabilidad consiguiente, y en segundo término la falta de tipicidad en la conducta juzgada por tratarse de un delito contra la propiedad.

"Respecto a la primera censura y en un supuesto caso de aceptarse en principio la sustitución de figuras delictivas para efectos de la aplicación del principio de favorabilidad, tal argumentación no sería aplicable a la situación planteada, puesto que para la época del juzgamiento se le dio aplicación a la norma vigente que no era otra distinta que la del artículo 3º del Decreto 1923 de 1978, como era imperativo hacerlo.

"En cuanto a la falta de adecuación típica de la conducta atribuida a los procesados, negándose que se configurara una asociación para delinquir (hoy concierto) y aceptando que a lo sumo se trata de un delito contra la propiedad, esta alegación no tiene respaldo alguno, pues basta examinar el recaudo probatorio para cerciorarse de que en el presente caso se dan todos los elementos que prevé el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978 y que han sido requeridos como fundamento en esta figura".

Para el Procurador "la pluralidad de sujetos para la tipicidad de la conducta consagrada en el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978, lo es en cuanto a su número tres o más, pero no en lo que concierne a la organización, pues a la anotada pluralidad debe concurrir solo el ingrediente objetivo de las armas".

En cuanto a la causal primera en la forma en que la presenta el actor, expresa el representante del Ministerio Público que "la violación directa de la ley sustancial, como específico motivo de casación puede ser discutida y alegada en toda clase de juicios, no así la violación indirecta, que no procede en los juicios por consejos de guerra verbales, en los que las entencia tiene que proferirse en concordancia con el veredicto, esto es, acogiendo la calificación que en conciencia de los vocales del consejo de guerra dan a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

Consideraciones de la Corte

Al igual que lo hizo el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, procede la Sala, por razones de técnica, al estudio en primer término del cargo presentado por el censor con fundamento en la causal cuarta de casación, ya que de llegar a prosperar, haría inocuo el estudio de la censura formulada con apoyo en la causal primera.

Causal cuarta. La sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad.

Dos motivos de reparo, íntimamente correlacionados, le formula el actor al fallo. El primero lo refiere a la errónea calificación dada a los hechos materia de investigación, y el segundo lo orienta hacia la falta de competencia de la Justicia Penal Militar para avocar el conocimiento del proceso y proferir el fallo definitivo.

Respecto del primer motivo de inconformidad con la sentencia el impugnante asevera que la conducta por la cual se juzgó y condenó a su patrocinado no corresponde al tipo penal descrito en el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), sino al contemplado en el Código Penal de 1936 en su artículo 402, o al que describen los artículos 349 y 350 del nuevo Código, razón por la cual hubo errónea denominación jurídica del delito, cuya comisión se atribuye a su acudido.

El artículo 3º del Decreto 1923 de 1978, dice:

"Los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas e invadan o asalten poblaciones, predios, haciendas, carreteras o vías públicas causando muertes, incendios o daños en los bienes, o por medio de violencia a las personas o a las cosas cometan otros delitos contra la seguridad e integridad colectivas, o mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o adminis-

tradores a entregarlos o establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar, respetar o defender la vida o los derechos de las personas, incurrirán en presidio de diez a quince años".

Quedó acreditado en debida forma que tres personas, Erly Rafael Manrique Gualdrón, Melvín Hurtado Gualdrón y Sandalio Pérez Medina, armados de revólveres y encapuchados irrumpieron, a eso de las once y media de la mañana del día 14 de mayo de 1979, a la casa de la Hacienda "La Barquereña", y mediante intimidación se hicieron entregar de la dueña dinero y objetos avaluados en la suma de $ 69.620.

Las pruebas aportadas al expediente y que permiten afirmar con seguridad lo que acaba de decirse, no prestan igual fundamento para sostener que esos tres individuos formaran parte de una banda, cuadrilla o grupo armados o que lo hubieran constituido o integrado con las connotaciones que debe tener un tal sujeto plural para que la conducta de sus confirmantes pueda ser ubicada dentro del marco del artículo 3º del Decreto número 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad).

Al contrario, los elementos de juicio con que se cuenta en este proceso indican que se trata del comportamiento de tres personas que, de manera ocasional, acordaron cometer ese determinado atentado contra la propiedad, para lo cual se proveyeron de sus respectivos revólveres y de improvisadas máscaras (talegos de harina) con el fin de no ser identificados, pues eran conocidos en la región, particularmente Erly Rafael Manrique, quien, además, había trabajado en esa hacienda.

Este último niega toda participación en los hechos, pero los otros dos reconocieron su propia autoría y la de él en narración clara, precisa y espontánea que hicieron de los mismos en sus iniciales versiones, aunque con posterioridad pretendieron, sin éxito, desvincular a Manrique y desplazar la responsabilidad del tercer participante hacia un desconocido, fruto tan solo de su imaginación y seguramente de sugerencias del propio Manrique que se cuidaron de no dejar traslucir.

De esos primeros relatos de Melvín Hurtado y Sandalio Pérez se desprende que ellos acudieron ante Erly Manrique con propósitos diferentes de los delictivos y que fue éste quien, aprovechando su presencia les propuso la comisión del robo, acudiendo al halago del licor para mantenerlos consigo esa noche y realizar con ellos su propósito de robar a la mañana siguiente en la hacienda.

De las versiones de ellos fluye esa ocasionalidad de la reunión, esa concreción e insularidad del hecho propuesto, esa ausencia de organización, así fuera incipiente, y la carencia de vinculación con hechos similares anteriores, y del ánimo de realizarlos mancomunadamente en el futuro.

Si se les da crédito en sus confesiones de haber participado en la realización de los hechos, no se ve la razón para desatenderlos en los puntos favorables, máxime que no hay prueba para comprobarles lo contrario.

Melvin Hurtado narra así lo ocurrido:

"Yo nunca había tenido problemas con la justicia en ninguna forma... estaba trabajando en una fundación llamada el Indenal, cuando llegué a la casa de Erly Rafael Manrique Gualdrón, éste me estaba esperando para el asunto de un negocio, ahí en eso de que estábamos ahí llegó el tal Sandalio Pérez, Erly sacó aguardiente y nos pusimos a tomar y ya estábamos tomando y Erly nos dijo: 'que fuéramos a la Barquereña a ver si podíamos sacar la plata que había', y nosotros tomados entonces se nos hizo fácil y nos fuimos para la 'Barquereña', nos fuimos los tres o sea Sandalio, Erly y mi persona, llegamos allá y esperamos que la gente saliera para la sabana o sea los trabajadores de la Barquereña, y cuando salieron ellos al momento llegamos nosotros, Erly dijo que entráramos a la casa de la hacienda o del hato, llegamos y Erly entró adentro de la casa y yo me quedé afuera con Sandalio, ahí en la casa estaban los mensuales y la señora del dueño de la Barquereña, y Erly le dijo a la señora que le diera la plata y ella se la dio, yo no supe cuánta plata sería, y nosotros afuera le prestábamos guardia a Erly armados cada uno con un revólver, nosotros, nosotros entramos todos tres con capuchas de color blancas, las sacamos de unos sacos de harina, Erly fue el de la idea de las capuchas, fuera del dinero Erly sacó una grabadora. Cuando llegamos a la casa de la Barquereña, la señora esposa del dueño estaba sola, y los mensuales estaban en sus casas. Erly le dijo a la señora que le entregara el dinero, pero éste llevaba el revólver en la mano y la señora no opuso ninguna resistencia y le entregó la plata, y la grabadora también se la entregó. Luego salimos y nos fuimos para fuera del hato y después de que nosotros nos fuimos salieron la llanerada o trabajadores detrás de nosotros, yo me quedé atrás y los otros dos si-

guieron adelante y en eso fue que me agarraron a mí, y a Sandalio lo agarraron más adelante y nosotros les disparamos a los civiles y ellos a nosotros, ellos eran como veinticinco, a mí me cogieron un revólver y nada más, yo hacía como ocho días que tenía ese revólver, se lo había comprado a un muchacho por ahí al lado de 'Matapalo' se lo compré en doce mil pesos, éste se llama Camilo, que vive al lado del Matapalo"... "Preguntado: ¿Manifieste si usted y los dos compañeros son personas que se dedican a asaltar hatos o fincas? Contestó: No señor, yo era la primera vez y eso porque me dejé conducir" (Fls. 14, 15 y 16 del cuaderno principal).

Sandalio Pérez se refiere de la siguiente manera a lo acontecido:

"Yo nunca antes había tenido problemas con la justicia, es la primera vez" ... "yo estaba consiguiendo quién me vendiera unas vacas y le conseguí unas vacas para mi tío Omar, y estando consiguiendo las vacas el muchacho Erly Manrique Gualdrón me ofreció dos vacas y entonces mi tío me dijo que no le comprara las vacas porque el tiempo era ya muy corto para entregar las vacas que no se las comprara, después me salió otro amigo y me dijo que le consiguiera unas vacas que él me las compraba, este amigo se llama Omero Tumay, y entonces como Erly me había ofrecido las vacas, yo me fui a buscarlo para que me las vendiera y fue entonces cuando llegué allá el 13 de mayo a la casa de Erly por la tarde, y yo llegué y le dije que yo iba al asunto de las vacas, y él me dijo que sí, que él me las vendía, pero que me demorara y fue y sacó una botella de aguardiente y me dio un trago y me dijo que él me estaba esperando para pintarme otro negocio que él sabía que yo estaba otra vez comprando vacas, y que podía ser que yo fuera a ver si él siempre me vendía las vacas. Y entonces el hombre me sacó y me dio aguardiente y me dijo que me iba a invitar para que fuéramos a hacer un robo, que ese era el negocio que me estaba esperando para pintarme. Entonces él me convidó, o sea Erly Manrique Gualdrón, me dijo que fuéramos, yo le dije que yo no iba porque a yo me distinguía toda esa gente y que yo tenía muy buena conducta y que cómo la iba a embarrar en esa forma, y el me dijo que eso no nos conocía nadie, porque él me daba un aparato para que no nos conocieran, y en fin yo le dije que no iba, pero él me siguió dando aguardiente y yo ya borracho le dije que bueno que qué era lo que me daba para que no nos conocieran y Erly me dijo que después me decía que ahí no podía decirme porque la mujer de él se daba cuenta y que eso no pasaba nada porque de eso le echaban la culpa era a 'Loló', y que como yo tenía buena conducta y buenas relaciones con el Ejército y con el DAS que eso quién se iba a imaginar que yo estuviera en esas vainas, y yo me emborraché y seguí ahí con ellos o sea con Erly Melvin Hurtado en la casa de Erly, ahí fue donde Erly dijo que fuéramos para la Barquereña que es un hato, de don Fernando Arenas, el mismo 13 de mayo por la noche salimos los tres para la Barquereña, llegamos al caño que queda cerca al hato, ahí yo me quedé dormido, y me despertaron el 14 de mayo ya era tarde, ahí yo estaba en mi juicio ya me había pasado la borrachera, y entonces Erly me dijo que fuéramos a la vaina o sea al robo que iba a hacer y entonces yo le dije que yo me iba para la casa y él me dijo que si me iba y me dijo que si yo no iba me iba a pegar un tiro, y como Erly y Melvin son familiares, son primos hermanos, me dio miedo de que me mataran y yo le dije que no me matara que yo iba. Entonces Erly me entregó un talego de harina, el puro talego, él mismo le hizo unos huecos para que yo pudiera mirar, que así no me conocían, y nos dijo Erly, bueno vamos ligero, Erly llevaba también un talego y yo también, cada uno de nosotros llevábamos un revólver, Erly llevaba una ruana, no recuerdo el color del pantalón. Melvin también llevaba una ruana" ... "quiero agregar que Erly antes del asalto me dijo que él me daba dos vacas regaladas con tal que lo acompañara, eso me lo dijo en la casa de él la noche que estuvimos tomando trago" (Fls. 17, 18 y 19 *ibidem*).

Si a lo que surge de las anteriores versiones se agrega que los procesados carecen de antecedentes penales, pues la afirmación en contra que hace respecto de Erly Rafael Manrique Gualdrón el cabo José del Carmen Camacho Galvis, no fue judicialmente comprobada, ni la tuvo en cuenta la sentencia (Fls. 90 y 165 del cuaderno principal), y que en esa región no operaban en ese tiempo bandas o grupos armados, afirmación que hace el Fiscal del Tribunal Superior Militar en su concepto, y que no ha sido controvertida por nadie ni existe elemento probatoriro que la infirme, se afianza aún más el convencimiento de que se está, en este caso, en presencia de una acción aislada, de un propósito perfectamente delimitado y singularizado, que fue el de realizar ese solo hecho delictivo por parte de los tres condenados.

Para reafirmar todavía más esta convicción, repárece en la forma rudimentaria como actuaron, la cual riñe con la organización o por lo

menos previsión que caracteriza a una banda, cuadrilla o grupo armado, pues ni siquiera utilizaron cabalgaduras, medio de locomoción obligado en las haciendas del llano para cubrir sus abiertas distancias, de donde fácilmente se explica por qué rápidamente les fue cerrada la huída y resultaron capturados dos de ellos. Los improvisados disfraces obedecieron, más que al propósito sicológico de intimidar a la víctima y vencer su resistencia, al hecho de que eran conocidos en la región. Y ninguna intención osada abrigaban de enfrentarse con quienes fuera, pues esperaron calculadamente hasta las once y media de la mañana para encontrar la casa del hato libre de trabajadores, ya que a esas horas éstos tenían que hallarse en sus labores lejos de ella.

Con la expedición del Decreto 1923 de 1978 se propendió por combatir no la criminalidad común u ordinaria, sino específicas modalidades de delincuencia organizada que, en concepto del Gobierno, requerían un tratamiento drástico y especial, y particularmente en el artículo 3º se buscó sancionar la asociación para delinquir, concibiéndola con menos exigencias en su tipificación para hacer más expedita su comprobación, pero sin despojarla íntegramente de su connotación esencial que es la de cierta permanencia en el propósito delictivo y relativa organización tendiente al logro de los objetivos trazados.

Por eso no se utilizó como verbo rector el de asociarse, *pero sí se exigió al menos un sujeto plural* integrado *en bandas, cuadrillas o grupos armados. Y la abierta generalidad que caracteriza al delito de asociación para delinquir, se restringió también, circunscribiéndola a las entidades delictivas referidas o relacionadas en dicho artículo 3º.*

Entonces, para que pueda hablarse de una infracción del Decreto 1923 de 1978 en su artículo 3º no basta con acreditar que tres o más personas, provistas de armas, realizaron una cualquiera de las hipótesis delictivas allí descritas, sino que se precisa, igualmente, comprobar que integraban una banda, cuadrilla o grupo armado.

Esa integración supone algo más que la simple reunión ocasional de las personas, sin tener que llegar, desde luego, hasta la asociación.

En otros términos, lo que le da connotación jurídica, o sentido, o razón de ser a la banda, cuadrilla o grupo armado, no es la simple pluralidad de participantes y el porte de armas, pues de ser así, la norma habría dicho de la siguiente o similar manera: quienes reunidos en número de tres o más, y estando armados, invadan o asalten poblaciones, etc. Es su cohesión, su organización así sea incipiente y la presencia de fines u objetivos que trasciendan la mera ocasionalidad los que los caracterizan, de tal manera que hasta pueda distinguirse un grupo de otro.

Esa significación jurídica no riñe con el alcance semántico de los vocablos. Estas son las definiciones que de los mismos trae el Diccionario de la Real Academia Española:

Integrar: *"Dar integridad a una cosa. Componer un todo con sus partes integrantes.* Integridad: *Calidad de* íntegro: *aquella que no falta ninguna de sus partes".* Grupo: *"Pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto material o mentalmente considerado".* Conjunto: *"Unido o contiguo a otra cosa. En sentido figurado: Aliado".* Banda: *"Porción de gente armada".* Cuadrilla: *"Reunión de personas, cuatro al menos, para el desempeño de algunos oficios o para ciertos fines" y entre las diferentes acepciones está la de "cuadrilla de malhechores".*

El propio Código Penal que regía cuando se expidió la norma que se comenta hacía clara distinción entre la pluralidad de sujetos agentes que pudiera llamarse "simple" por ser ocasional y aquella a la que le cabría la denominación de "calificada" en razón de la permanencia, instituyendo la una como agravante común del hurto y del delito de robo, y la otra como agravante específica de este último.

En efecto, en el numeral 5º del artículo 398, agravaba la pena del delito de hurto cuando se cometía "por tres o más personas reunidas". Y en el numeral 2º del artículo 404 concebía de la siguiente forma la circunstancia de agravación punitiva propia del delito de robo: "Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente".

No puede ser lo mismo, entonces, la comisión de un delito cuando varias personas de manera ocasional deciden perpetrarlo, que cuando él se realizó dentro del contexto de una banda, cuadrilla o grupo armado, que ellos mismos, integran, constituyen o conforman.

En el presente caso, se repite, todo indica que los procesados se propusieron realizar, a instancias de Erly Rafael Manrique, ese atentado contra la propiedad (robo agravado en la anterior legislación; hurto calificado en la actual), pero solamente esa acción aislada, sin vinculaciones delictivas en el pasado, ni proyecciones de la misma naturaleza hacia el futuro.

Siendo así, no se está en presencia de una infracción del Decreto 1923 de 1978, artículo 3º, sino de un delito contra la propiedad, de donde forzoso es concluir que hubo errada calificación jurídica de los hechos y, por ende, se incurrió en incompetencia de jurisdicción (artículo 210, numerales 1º y 5º del C. de P. P.), y que se impone, por tanto, como lo solicita el recurrente, casar la sentencia por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad.

Por cuanto prospera la censura fundamentada en la causal cuarta de casación, se hace innecesario el estudio de los otros motivos de impugnación alegados.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

1º CASAR la sentencia recurrida, de origen y fecha anotados en la parte expositiva de la presente providencia.

2º DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto de 29 de enero de 1980, por medio del cual el Comandante de la Séptima Brigada corrió traslado del sumario al Auditor Auxiliar Catorce de Guerra, para que emitiera concepto sobre la viabilidad de convocar un consejo de guerra verbal para juzgar a los implicados (Fl. 114 del cuaderno principal).

3º ENVIAR el proceso, por intermedio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yopal, al que corresponde el Municipio de Nunchía, en cuya jurisdicción se cometieron los hechos.

4º INFORMESE lo resuelto al Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

AUTO INHIBITORIO. ARTICULO 330 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La disparidad de criterios entre el denunciante y el juez denunciado acerca de la aplicación de una disposición del Código de Procedimiento Civil, frente a otra del Código Procesal de Trabajo, trasunto de una clara posición doctrinaria, no amerita la iniciación de una investigación inútil ante la comprobación exacta de que la ley no la considera como infracción penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 7 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 98 de 7 de diciembre de 1982.

Vistos

Por apelación de la denunciante, corresponde a la Sala revisar la providencia de 9 de agosto del año en curso, originaria del Tribunal Superior de Cali, por la cual y con acomodo a las previsiones del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Decisión Penal, correspondiente se abstiene de abrir sumario por el hecho que como posiblemente delictuoso se atribuyó al doctor Benildo Rivas Mena, en ejercicio del cargo de Juez Laboral del Circuito de Palmira.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que dicha providencia debe revocarse para ordenar que se abra investigación en vista de que algunos aspectos del problema no le parecen suficientemente claros como para fundar la inhibición.

De autos existe la comprobación plena documental del carácter de juez en el denunciado y de su intervención en el juicio ejecutivo laboral instaurado por Omar Molina Rodríguez en contra de Edda Figueroa González (Fls. 9, 13, 19 y 67).

La denuncia le surge del proceso en mención, pues dice la denunciante que recibió poder de la demandada y en ejercicio del mismo solicitó, con fundamento en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil el desembargo de bienes porque habían transcurrido tres meses sin que existiera notificación de mandamiento ejecutivo de pago. Cita, además, los artículos 121, inciso 2º y 687, numeral 6º, del mismo Código. Concluye de allí que debía levantarse dicho embargo aún sin petición de interesado, pero el juez no procedió de esta manera. El 17 de febrero se le reconoció personería pero no se dio curso a su petición pretextando, según dice, la falta de notificación del mandamiento ejecutivo de pago. Recurrió en reposición y también ésta se le negó. Afirma, de todo lo dicho, que se ha cometido un acto injusto y que se han proferido autos manifiestamente contrarios a la ley por lo cual pueden surgir de la conducta del funcionario los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Con base en las copias del proceso laboral que se trajeron a este expediente considera el Tribunal que los hechos denunciados no son constitutivos de delitos, pues todo se debe a la interpretación de normas del procedimiento laboral y del procedimiento civil acerca de las cuales existen comprobadas discrepancias de criterio tanto en su análisis como en su interpretación. Hace alusión a una providencia del Juzgado Primero Laboral de Cali, en donde se accedió al levantamiento del embargo por ausencia de notificación personal del mandamiento ejecutivo de pago y no ser aplicable al procedimiento laboral la norma sobre notificación por conducta concluyente, y a la providencia mediante la cual la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali acepta la notificación por conducta concluyente y revoca lo actuado por el juez para dejar vigente un embargo y secuestro practicados en el proceso al cual se refiere la cita. Termina la providencia con algunas consideraciones sobre posible interpretación errónea de alguna disposición de la ley penal por

parte del juez y de cómo dichas equivocaciones no son constitutivas de prevaricato si es que puede considerarse que existen en el presente caso. Refuerza sus motivos con profusión de citas de diferentes autos y sentencias de la Corte sobre dicho tema.

De las copias aludidas en el párrafo anterior se saca en claro que la señora Edda Figueroa González fue condenada en juicio ordinario laboral, instaurado por Omar Molina Rodríguez a pagar a éste por concepto de prestaciones sociales la suma de $ 7.866.13 y por agencias en derecho la de $ 1.580. Este fallo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira sirvió de base a Molina Rodríguez para demandar en juicio ejecutivo a Edda Figueroa González por un total de $ 9.446.13. Este segundo proceso correspondió al Juzgado Segundo Laboral de Palmira y allí por auto de 9 de noviembre de 1981 se dispuso el embargo y secuestro de algunos bienes de la demandada y se libró para ella mandamiento de pago. Esta providencia no se le pudo notificar personalmente. El embargo se hizo efectivo. El 10 de febrero de 1982 la demandada se presentó personalmente al Juzgado acompañada de abogada, la doctora Esther Durán de Berrocal, a la cual confería poder para que solicitara el desembargo de sus bienes, de acuerdo con lo establecido en el numeral 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil. La profesional nombrada presentó un memorial en donde pedía tal cosa fundamentada en la norma dicha y por haber transcurrido tres meses entre el 19 de noviembre de 1981 y el 10 de febrero de 1982, y también que se condenara en costas al demandante (Art. 687, Num. 7º del C. de P. C.).

El mandamiento de pago no había podido notificarse y el Secretario del Juzgado quiso aprovechar la presencia de la demandada para realizar dicha diligencia, pero su abogada se opuso y dijo que sólo dejaba que se notificara el mandamiento luego de que le resolvieran su solicitud de desembargo. El Secretario, según la nota que coloca al pie del poder y del memorial dichos, puso todo a despacho del juez para evitar cualquier problema. El juez, por auto de 17 de febrero de 1982, dijo: "La personería de la doctora Esther Durán de Berrocal, y el escrito solicitando la nulidad de lo actuado presentado por ésta, se decidirán cuando la demandada Edda Figueroa se haya notificado del mandamiento ejecutivo". Ordenó la notificación personal de dicho auto a la peticionaria y ésta le solicitó reposición con los mismos argumentos iniciales. Por auto de 19 de febrero de 1982 se le dijo que no era admisible tal recurso según lo dispone el artículo 64 del Código Procesal de Trabajo.

El demandante pidió se le emplazara y eso hizo el juez en auto de 24 de febrero del mismo año, ya varias veces citado. La abogada envió un memorial para decirle al juez que su patrocinada no se ocultaba y, son sus palabras: "Cuando usted haya resuelto ese memorial (el de desembargo, se agrega) la señora comparecerá a su despacho a notificarse. Antes no lo hará porque usted lo puede considerar un saneamiento a un hecho ya cumplido (Art. 156, Num. 4º del C. de P. C.), aunque éste no sería mi concepto". Con la frase transcrita le da la razón a la nota secretarial antes aludida. Además, le dice que le ha denunciado, pues no otra cosa significa el que le advierta que puso en conocimiento del Tribunal los hechos que considera constitutivos de delito.

El juez emite auto el 4 de marzo siguiente para disponer que se expidan copias de los memoriales de la abogada y se envíen al Tribunal para que se investigue una posible falta suya según el Decreto 196 de 1971. Inmediatamente después dice que la disposición del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil es exclusiva del procedimiento civil y no tiene cabida alguna en el procedimiento laboral. Por tanto, resuelve no levantar el embargo, reconocer la personería de la abogada y seguir adelante la tramitación del proceso. El 15 de marzo se notifica personalmente a la demandada el mandamiento de pago. La abogada pide que se le resuelva su memorial en donde pide desembargo y el juez le contesta que ya lo hizo en dos ocasiones antecedentes, por auto de 17 de febrero y por auto de 4 de marzo.

Todo en *el caso de autos gira en torno de una simple disparidad de criterios entre denunciante y denunciado, pues el primero considera que debe aplicarse al proceso laboral una disposición del procedimiento civil el segundo no. Esta disposición es la del inciso 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Cuando dentro de los tres meses siguientes a la fecha del mandamiento ejecutivo, no se hubiere efectuado su notificación a todos los demandados ni hecho las publicaciones para su emplazamiento, se levantará de oficio los embargos y secuestros decretados hasta ese momento, mediante auto apelable en el efecto diferido".*

Algunos jueces aplican esta norma del procedimiento civil al proceso laboral y se fundamentan para proceder así en el artículo 145 del C. P. T., que dice: "A falta de disposiciones especiales

en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este decreto, y en su defecto las del Código Judicial". Quienes así proceden lo hacen por creer que no hay disposición análoga en el Decreto 2158 de 1948 y existe una laguna legislativa que debe llenarse con normas supletorias para cumplir, de tal manera, con el llamado "principio de la integración".

Otros consideran totalmente reglamentada en el C. P. T., la materia que se relaciona con embargos y desembargos en el juicio ejecutivo laboral. Los desembargos sólo se admiten bajo las condiciones previstas por el artículo 104, que dice: "Si el deudor pagare inmediatamente o diere caución real que garantice el pago en forma satisfactoria para el juez, se decretará sin más trámite el desembargo y el levantamiento del secuestro". En estos casos, dicen, no hay necesidad alguna de recurrir a la legislación civil ya que no existe vacío en la laboral.

Del segundo criterio, que se ha considerado acertado, participa el juez en el presente caso y así lo consigna, con abundancia de razones en el auto que no accede a despachar favorablemente las peticiones de quien más tarde, por ese solo hecho, le denuncia. Así las cosas, la discrepancia entre los dos resulta evidente y la conducta del juez, trasunto de una clara posición doctrinaria, no amerita como se ve de la providencia impugnada, la iniciación de una investigación inútil ante la comprobación exacta de que la ley no la considera como infracción penal.

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

Resuelve

CONFIRMAR la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

PRUEBAS: PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y CONTRADICCION

Una prueba sólo puede practicarse válidamente cuando ha sido decretada por el juez o funcionario instructor ... Se cumplen de esa manera los principios de publicidad y contradicción, cuya puerta se abre con la notificación que debe hacerse del auto que las decreta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 98.

Vistos

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el sindicado Germán A. Riveros Rodríguez y su apoderado contra el auto de 16 de noviembre de 1981, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante el cual negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, dentro de estas diligencias seguidas a cargo del primero de los nombrados por los delitos de prevaricato, concusión, abuso de autoridad y falsedad documental, según denuncia que le formulara el abogado Jacinto Rómulo Villamizar.

Resultandos y considerandos

Primero. Genéricamente los ilícitos denunciados se hacen consistir, en su orden, en que el sindicado Riveros Rodríguez, en su carácter de Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera de la ciudad de Cúcuta, dentro de procesos de tal índole adelantados contra Helí Abel Torrado Torrado y otro y contra Eugenio Trujillo y otro, dictó providencias como manifiesta violación de la ley (prevaricato); en que directa o indirectamente insinuó o solicitó del denunciante y de otras personas le dieran o prometieran dinero para resolver favorablemente la situación jurídica de algunos de los sindicados dentro de aquellos procesos aduaneros (concusión); en haber proferido algunas providencias arbitrarias, lesivas de sus intereses (abuso de autoridad) y, finalmente, en que al dejar algunas constancias dentro de determinadas diligencias, faltó a la verdad (falsedad documental).

Segundo. Advertencia preliminar.

Las autoridades judiciales, conveniente es recordarlo, al tomar oficiosamente cualquier determinación o al resolver cualquier petición que se les formule, deben tener en cuenta que las pruebas que le han de servir de fundamento para anclar la determinación que estimen del caso, deben haber sido allegadas al proceso con el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley.

En este orden de ideas es preciso recordar de manera indefectible el principio fundamental consagrado en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal: "No se practicará ninguna prueba sino por disposición del juez o funcionario instructor, ya de oficio, o a petición de cualquiera de las personas indicadas en el artículo anterior", es decir, de "el procesado, su apoderado, el representante de la parte civil y el agente del Ministerio Público" (Art. 219), que actúen dentro del respectivo proceso.

Se sabe que la actividad del denunciante o querellante, cuando no se ha constituido en parte civil, si a ello tiene derecho, queda limitada a "ampliar su denuncia y dar los informes que estime convenientes" (Art. 328).

Significa lo anterior que una prueba solo puede practicarse válidamente cuando ha sido decretada por el juez o funcionario instructor y que, en caso de que por algún motivo sea allegada al proceso sin esa previa disposición judicial, no puede tenerse en cuenta porque, en realidad, no ha entrado a formar parte de él. Lo anterior no es capricho del legislador o del intérprete, sino principio pleno de equidad, como que consagra la publicidad de la prueba, para que así las partes no se vean sorprendidas y puedan ejercitar el derecho de contradicción con relación a ellas. Se cumplen de esa manera los principios

de publicidad y contradicción, cuya puerta se abre con la notificación que debe hacerse del auto que las decreta, así como también la del rito procesal consagrado por la legislación que es indispensable en todos los casos y, especialmente, por ejemplo, en aquellos en que deba dictarse sentencia condenatoria, ya que ésta requiere que las pruebas que obren en el proceso, sean "legalmente producidas" (C. P. P., Art. 215).

Se sienta de esa manera la igualdad de las partes frente al juzgador y, además, la lealtad que ellas deben guardarse dentro del proceso que las ocupa. No hay pruebas secretas en el debate.

Sirva lo anterior para sentar que en esta providencia no se tomarán en cuenta las que no han llenado el requisito legal de haber sido decretadas por el juez o el funcionario de instrucción aun cuando, por lo demás, en el trámite de su producción se hayan cumplido los demás requisitos de ley y la prueba, en sí misma considerada, desde el punto de vista formal, pueda ser perfecta.

Tercero. El Tribunal de primera instancia, en su providencia recurrida en apelación, negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, tomando como fundamento las apreciaciones del Ministerio Público, la reiterada jurisprudencia de la Corte en el sentido de que para la aplicación de esta norma es preciso que la circunstancia que para su operabilidad se invoque "aparezca plenamente" comprobada y el hecho de que "en esta incipiente investigación faltan muchas pruebas por practicar que son de suma importancia para lograr claridad", una de las cuales precisa.

Por su parte en esta oportunidad el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, anota con relación a cada cargo las pruebas que echa de menos para su debida clarificación en uno u otro sentido y, apenas sí con relación a uno de los presuntamente constitutivos de prevaricato conceptúa que con relación a él "nada irregular *habría* en la actuación del funcionario acusado" (subrayado fuera del original). Para concluir su concepto con que "no está demostrada la inexistencia de los hechos denunciados, que motivaron la vinculación del Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta, doctor Germán Riveros Rodríguez, y de ahí que en opinión del Ministerio Público deba sostenerse la providencia recurrida de noviembre 5 de 1981, por lo (sic) cual se negó la cesación de todo procedimiento".

Tuvo razón el juzgador de primera instancia al tomar la decisión apelada y la tiene el colaborador fiscal al solicitar su confirmación. En efecto:

Pese a la prolija alegación del defensor del sindicado, debe afirmarse que no se ha demostrado el que esté plenamente comprobado, en atención a las pruebas legalmente existentes, que se esté frente a una cualquiera de las circunstancias que justifican la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal para ordenar la cesación del procedimiento.

Y ello es apenas natural si se tiene en cuenta que la petición respectiva, con relación a la aplicación de la norma últimamente citada, se presentó al finalizar la indagatoria del sindicado (Fls. 249 sgts.) cuando, a pesar de haberse agregado la prueba documental que aquél presentó, aún faltaban por practicar las muy numerosas que solicitó en su defensa, así como otras que habían sido decretadas anteriormente de acuerdo con la ley.

En consecuencia, la providencia recurrida habrá de confirmarse, pues según lo expuesto, la investigación debe proseguir.

Cuarto. Como observación final debe anotar la Sala que dentro de este proceso al parecer se están investigando bajo una misma cuerda presuntos ilícitos que no tienen entre sí vínculos de conexidad. Se hace necesario, entonces, que por el Tribunal de origen se lleve a término la respectiva revisión, a fin de que, llegado el caso, se ordene la separación de las diferentes investigaciones que deban adelantarse independientemente unas de otras, puesto que uno es el fenómeno jurídico de la conexidad de delitos (C. P. P., Art. 168) y otro el de la acumulación de procesos (Id., Art. 90).

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal, CONFIRME la providencia recurrida en apelación por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Lisandro Martínez Zúñiga (Conjuez).

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

DEMANDA ANTITECNICA

No pueden mezclarse reproches formulados al amparo de la causal cuarta de casación con otros de violación directa, por aplicación indebida de la ley sustancial, que se colocan en las previsiones de la causal primera. De todo esto surge una demanda notoriamente insegura y claramente contradictoria

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 99 de 9 de diciembre de 1982.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Alvaro Salguero Martínez y Heraclio Neira Guío, en contra de la sentencia de 4 de agosto de 1981, originaria del Tribunal Superior Militar, en este proceso que a ellos y a otros se les siguió por secuestro extorsivo en la Brigada de Institutos Militares de Bogotá.

Los hechos

El 15 de diciembre de 1978, a eso de las cinco y media de la tarde y por los lados de la carrera 5ª con calle 78 de Bogotá, viajaba en su automóvil en compañía de su esposa, Ida de Bass, el señor Jorge Bass Berger (húngaro nacionalizado), cuando fue chocado por otro vehículo de la marca "Renault". El señor Bass Berger descendió para verificar lo sucedido y fue obligado por cuatro individuos que salieron del otro vehículo a pasar a éste. A la señora de Bass la obligaron, pistola en mano a permanecer en el automóvil. Al señor Bass le quitaron su reloj-pulsera y su billetera, le colocaron unas gafas muy oscuras y se fueron con él para pasar a otro automóvil a las pocas cuadras y llevarle luego a una casa en donde lo metieron a una habitación, le encadenaron y le dieron un colchón para dormir. Por una delación telefónica anónima miembros del F-2 le hallaron y liberaron el día 19 siguiente. En la casa No. 35-15 Sur, diagonal 17, Barrio El Remanso. Los secuestradores, algunos de los cuales fueron capturados el mismo día, habían solicitado la entrega de un millón de dólares (US$ 1.000.000) por el rescate.

Actuación procesal

La investigación se inició el 22 de diciembre y el Juez Sexto de Instrucción Penal Militar fue comisionado para desarrollarla.

Aparecen vinculados al proceso mediante indagatoria: 1. Alvaro Salguero Martínez; 2. Luis Antonio Alcalá López; 3. Miguel María Neira Guío; 4. Heraclio Neira Guío; 5. Luz Dary Londoño Díaz, y 6. Gerardo Fernández Valbuena. Los cinco primeros fueron detenidos por auto de 2 de enero de 1979 y Fernández Valbuena por auto de 3 de abril siguiente.

El Comandante de la Brigada de Institutos Militares convocó el consejo de guerra verbal para juzgar a los implicados y sometió a consideración de los vocales un cuestionario igual para todos, menos para Luz Dary Londoño Díaz a quien se consideró cómplice no necesario. Ese cuestionario igual, único que interesa ahora, dice:

"El acusado, particular ... identificado con la cédula de ciudadanía número ... de , ¿es responsable, sí o no, de haber tomado parte en compañía de otras personas y con el propósito de obtener un provecho ilícito, con la privación de la libertad de Jorge Bass Berger, a quien se exigía una millonaria suma de dinero por su liberación, según hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de diciembre de 1978, en Bogotá, D. E.?".

Los vocales contestaron afirmativamente por unanimidad y por mayoría, los cuestionarios propuestos. La sentencia de primera instancia se

produjo el 20 de agosto de 1979. Todos fueron condenados por secuestro extorsivo de conformidad con las previsiones del Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) y del Código Penal de 1936, así: 1. Alvaro Salguero Martínez, 10 años de presidio; 2. Luis Antonio Alcalá López, reincidente, 14 años de presidio; 3. Miguel María Neira Guío, 11 años de presidio; 4. Heraclio Neira Guío, reincidente, 13 años de presidio; 5. Luz Dary Londoño Díaz, cómplice no necesario, 6 años de presidio, y 6. Gerardo Fernández Valbuena, reincidente, 13 años y 4 meses de presidio.

Todos apelaron. La sentencia de segunda instancia lleva fecha del 4 de agosto de 1981 y se produce vigente ya, desde el mes de enero, el Código Penal de 1980 que, según allí se dice, se aplica de preferencia porque trae normas más favorables a los procesados que la del Decreto 1923 de 1978. No se tiene en cuenta la reincidencia porque la nueva legislación la eliminó como factor de incremento de pena. Se cambia el presidio por prisión. Ubicada la delincuencia en el artículo 263 del nuevo Código se parte del mínimo de seis (6) años allí fijados y se aumenta en tres (3) años más por: a) La gravedad del delito; b) Las circunstancias de agravación punitiva de los numerales 1º, 3º, 4º, 5º, 7º y 13 del artículo 66. Hay dos errores de cita sin relevancia, la del artículo 355, cuando en verdad es el 368 y la del 76 en lugar del 66. Luego esa pena se aumenta en tres (3) años por considerar existente la circunstancia de agravación punitiva del artículo 270 en su numeral 6º y se llega a un total de doce (12) años de prisión para todos, menos para Luz Dary Londoño Díaz a la cual se le aplica la de cinco (5) años de prisión. Hubo cesación de procedimiento por muerte comprobada de Fernández Valbuena.

Las demandas

El apoderado de Alvaro Salguero Martínez en su demanda propone dos reproches para la sentencia objeto del recurso.

El primero al amparo de la causal 1ª del artículo 580 por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 270, numeral 6º del Código Penal de 1980 ya que no se hizo la imputación de dicha circunstancia de agravación punitiva en el cuestionario y, por tanto ella no se discutió por la defensa. Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, dice, son de "competencia privativa" del jurado, a diferencia de "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" son de "exclusiva competencia del juez del conocimiento".

El segundo consiste en afirmar, que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto de los vocales (Num. 2º del artículo 580 del C. de P. P.) porque al no incluirse en los cuestionarios ni en el auto que convocó el consejo de guerra verbal, los vocales nada dijeron de la circunstancia de agravación punitiva del numeral 6º del artículo 270 del Código Penal de 1980 y, por consiguiente si dicha circunstancia se halla en la sentencia, ésta no concuerda con el veredicto.

El apoderado de Heraclio Neira Guío agita, en su orden, las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

El primer cargo lo hace consistir en la incompetencia del juez (Num. 1º del Art. 210 del C. de P. P.). En su resumen dice que la Justicia Castrense no podía juzgar este caso porque cuando el Decreto 1923 de 1978 le atribuyó su juzgamiento estaban en pleno ejercicio de sus funciones las autoridades ordinarias y les competía el juzgamiento de civiles. También porque según el artículo 61 de la Constitución Nacional, el Tribunal Superior Militar carecía de competencia para administrar justicia civil y militar simultáneamente. Y, finalmente, porque el Decreto 1923 de 1978 dejó de regir porque mediante Decreto número 1674 de 9 de junio de 1982 fue levantado el estado de sitio.

El segundo cargo, al amparo de la misma causal 4ª, lo resume al decir que no se aplicó la ley favorable porque se dio aplicación en este caso al procedimiento penal militar que resulta gravoso para los intereses defensivos del procesado en lugar del procedimiento penal ordinario.

Con apoyo en la causal 1ª de casación dice, en un primer cargo que la sentencia "es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 268 del Código Penal vigente". Esto porque la norma favorable que debió aplicarse era la del artículo 293 del Código Penal de 1936 que traía sanción menor. Tampoco resulta aplicable al caso del proceso "la Ley 21 de 1923" y la Corte, mediante sentencia de 25 de octubre de 1978, afirmó que "las 7 circunstancias descritas en la Ley 21 de 1923 son meras circunstancias y no elementos constitutivos del delito de secuestro".

Repite que el Decreto 1674 de 9 de junio de 1982 que levantó el estado de sitio "derogó" el Decreto 1923 de 1978 y, por tanto, recobró su vigencia el artículo 293 del Código Penal de 1936,

vigente por la época de consumación de los hechos.

En un segundo cargo habla de aplicación indebida del artículo 34 del Código Penal de 1936 porque el Código Penal de 1980 suprimió la reincidencia y esto fue olvidado por el juzgador contraviniendo el artículo 26 de la Constitución Nacional sobre aplicabilidad preferencial de la ley permisiva o favorable y el principio de derecho universal del "non bis in idem". Esa aplicación indebida del artículo 34 del Código Penal anterior constituye, en su sentir, error de derecho.

La contestación del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Armadas considera, para la primera demanda en su cargo de aplicación indebida del artículo 270, numeral 6º del Código Penal de 1980, que no existe concordancia entre el cuestionario y la sentencia impugnada. La circunstancia de agravación allí prevista no fue debatida, pues no aparece en el cuestionario "y mal podría condenarse a una persona por un cargo que no ha tenido la oportunidad procesal de controvertirse". Por esta razón la sentencia para Salguero Martínez debe modificarse para ajustarla al pliego de cargos. Para el segundo cargo dice que no hay contrariedad entre el veredicto y la sentencia.

En cuanto a la segunda demanda empieza por decir que no hay incompetencia del juez, y aunque no comparte la tesis de que debe aplicarse el Código Penal de 1980 en lugar del Decreto 1923 de 1978, no encuentra que la sentencia sea violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional por falta de aplicación de la ley favorable. Observa luego que también para el procesado Heraclio Neira Guío se incrementó la pena por aplicación del numeral 6º del artículo 720 del Código Penal de 1980 como ya lo dijo al solicitar modificación para la sentencia de Salguero Martínez. Luego dice que no hay nulidad constitucional por indebida aplicación del artículo 34 del Código Penal de 1936.

A pesar de lo dicho en cuanto a modificación de la sentencia para Salguero Martínez, concluye así: "Por lo expuesto, se concluye que no se dan las causales señaladas por los demandantes, para que se case la sentencia impugnada, por lo cual deben desecharse los recursos interpuestos...".

Las consideraciones de la Sala

Procede la Sala, en primer término, al examen de la demanda correspondiente al procesado Neira Guío, porque aparecen allí cargos de nulidad para la sentencia impugnada.

Tales *reproches formulados al amparo de la causal cuarta de casación se mezclan con otros de violación directa, por aplicación indebida de la ley sustancial, que se colocan en las previsiones de la causal primera. De todo esto surge una demanda notoriamente insegura y claramente contradictoria, pues el vicio que se alega radica en una pretendida incompetencia del juez y la transgresión que inmediatamente se predica presupone, para el mismo juez, esa competencia que simultáneamente se le niega. El desconocimiento del principio lógico de la no contradicción que resalta en este caso hace antitécnica la demanda e impide que sus acusaciones fructifiquen.*

Cuando se rechaza la demanda por ausencia de técnica suele su autor quedar insatisfecho y a veces aduce que la casación constituye recurso hermético e inútil, pues no se le convence de lo equivocado e inadecuado de sus razonamientos y análisis en orden a la obtención del quebrantamiento de la sentencia.

Cabe agregar entonces, para el caso estudiado, que de ninguna manera prosperarían los cargos de nulidad por la sencilla razón de que se oponen a decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de constitucionalidad, y, bien se sabe, dichos fallos producen efectos erga *y* adversus omnes, *es decir, para todos y contra todos. Esos pronunciamientos abundan y basta citar aquí los de 14 de mayo y 13 de agosto de 1970 y 20 de octubre de 1978. Este último declara la exequibilidad del Decreto 1923 de 5 de septiembre de 1978 ("Estatuto de Seguridad"), citado por el denunciante, que se refiere a la constitucionalidad de los traslados de competencia a la Justicia Castrense y, por tanto, a la facultad de administrar justicia civil y militar. En la sentencia de 14 de mayo de 1970 se sostiene lo mismo. Y en cuanto al procedimiento que debe seguirse al tramitar los procesos así trasladados, el de los consejos de guerra verbales, es suficientemente clara la providencia de 13 de agosto de 1970 (G. J. No. 2338 bis, Pág. 314).*

En relación con esta demanda debe decirse además, y esto atañe a las alegaciones por la vía de la causal primera, que no es cierto que se aplicara en la sentencia protestada el artículo 34 del Código Penal de 1936, pues al dosificar la sanción para los procesados el Tribunal Superior Militar dijo en forma expresa que procedía: "Sin tener en cuenta la reincidencia como factor de agravación punitiva, por haber desaparecido este

fenómeno jurídico en el Código adoptado por el Decreto 100 de 1980 (Fl. 506, C. 2º). Tampoco cabe alegar favorabilidad del artículo 293 del Código Penal de 1936, porque los hechos que se juzgan fueron realizados bajo la vigencia del Decreto 1923 de 1978 que lo suspendió. Luego vino el Código Penal de 1980 que lo abolió, y nada tiene que ver con el asunto, como es obvio, el Decreto 1674 de 9 de junio de 1982 que levantó el estado de sitio.

De los dos cargos que aparecen en la otra demanda, la que corresponde al procesado Salguero Martínez, prospera el que se apoya en la causal segunda de casación, por desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, que, para el caso examinado lo integran los vocales del consejo verbal de guerra. Esto implica la exoneración del estudio de la primera causal, pues de prosperar también, su efecto sería igual de acuerdo con lo que preceptúa el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

En este orden de cosas debe aceptarse, pues resulta comprobado, que la sentencia censurada tuvo en cuenta, para elevar la pena, la circunstancia específica de agravación punitiva que para el delito de secuestro consagra el numeral 6º del artículo 270 del Código Penal de 1980. Esa circunstancia no se halla en el cuestionario, equivalente procedimental castrense del auto de proceder ordinario, sometido a los vocales y, en consecuencia, la respuesta que dieron se ajusta exactamente a la pregunta que se les hizo, pero no guarda relación con la sentencia que excedió sus límites.

El aumento de pena, por la deducción de la circunstancia específica de agravación punitiva dicha, llevó al Tribunal a elevar la sanción en tres (3) años más para el total de doce que impuso. Basta, por tanto, eliminar esa cifra para saber que la pena correspondiente a Salguero Martínez debe quedar en nueve (9) años de prisión.

El Procurador Delegado al conceptuar pone de presente que también para el recurrente Heraclio Nèira Guío, la pena se aumentó, al igual que para Salguero Martínez, por la deducción equivocada en la segunda instancia, de la circunstancia específica de agravación punitiva que para el delito de secuestro trae la nueva legislación penal en vigencia (Num. 6º, Art. 270 del C. P. de 1980).

Como quiera que para el procesado en mención la demanda no prospera, la Sala no puede ocuparse del tema. Podría suceder, incluso, que se contemplara idéntica situación en relación con otro u otro de los procesados no recurrentes y se llegaría al mismo resultado, pues no se trata de nulidad que, si existe, cobija por igual a todos.

Puede suceder que para obtener la igualdad punitiva de los procesados la vía que debe seguirse la indique el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, que dice: "La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una ley nueva, una sanción impuesta de acuerdo con leyes anteriores, será dictada de oficio, o a petición del reo o del Ministerio Público, por el juez que conoció de la causa".

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

1º CASAR la sentencia impugnada, por las razones dichas en la parte motiva, y en su lugar, condenar al procesado Alvaro Salguero Martínez, de condiciones civiles conocidas de autos, a la pena principal de nueve (9) años de prisión, como coautor del delito de secuestro extorsivo por el cual fue llamado a responder en juicio, y, en forma genérica, al pago de los perjuicios civiles causados con dicha infracción.

2º como penas accesorias se le imponen:

a) Interdicción de derechos y funciones públicas, y

b) Suspensión de la patria potestad, si la tuviere, ambas por tiempo igual al de la pena principal.

3º NO CASAR la sentencia impugnada en cuanto corresponde al procesado recurrente Heraclio Neira Guío.

Notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

PERSONALIDAD DEL SINDICADO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. (DUDA RAZONABLE. ART. 216 DEL C. DE. P. P.)

La inicial apreciación sobre la personalidad del sindicado, es la de considerarlo en pleno goce de sus capacidades para comprender la ilicitud de la conducta realizada y para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Para desvirtuar este concepto debe ofrecerse una atendible prueba en contrario.

La duda sólo favorece al procesado cuando la misma incide en una decisión de inocencia o responsabilidad, para tomar partido por la primera y siempre que no sea posible su eliminación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 9 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 98 de diciembre 7 de 1982.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de doce de febrero del año en curso, recurrida en casación, impuso veintisiete (27) años de prisión a Cayetano Eduardo Santaella Pérez y Pedro Pablo Núñez Gutiérrez, como responsables de los delitos de homicidio calificado, en la persona de Juan Bautista Hernández Villamizar y Leonardo Muñoz Jiménez, en concurso con el hurto calificado, en bienes de los occisos.

El recurso fue admitido en auto de veintidós de abril del año en curso. La demanda cursada a nombre de Santaella Pérez, se declaró conforme con las prescripciones del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, según auto de veintisiete de agosto del año en referencia. En cuanto a Núñez Gutiérrez, la impugnación fue declarada desierta.

Los hechos

Corresponden a dos causas debidamente acumuladas y que en versión del Tribunal ocurrieron así:

Proceso en el cual figura como ofendido Juan Bautista Hernández Villamizar:

"...Refieren los autos que el día quince de agosto del año que termina (1977) Juan Bautista Hernández Villamizar, trapichero de profesión, llegó a la vecina ciudad de Piedecuesta, en donde se dedicó a ingerir cerveza hasta bien avanzada la tarde, yendo a parar finalmente a la casa de lenocinio denominada 'La Oficina', en compañía de un amigo suyo que a la postre lo dejó solo. De allí se encaminó a la tienda de Miguel Ayala, situada en la esquina de la calle novena con carrera cuarta, y a eso de las nueve de la noche, cuando apuraba la que sería su última cerveza, hicieron su aparición en el mismo lugar los sujetos Pedro Pablo Núñez Gutiérrez, su hermano paterno Jairo Núñez Caballero y posteriormente Cayetano Eduardo Santaella Pérez, quienes también pidieron cerveza. Rato después el infortunado Juan Bautista Hernández abandonó la cantina, siendo seguido de cerca por los tres acabados de nombrar. Uno de ellos, concretamente Pedro Pablo Núñez Gutiérrez, le comunicó a su hermano Jairo el propósito que tenían con su otro compañero Cayetano Eduardo Santaella de atracar al solitario beodo, advirtiéndole al propio tiempo que bien podía acompañarlos en la criminal empresa o si no que 'se perdiera'. Habiendo optado por eso último, Jairo Núñez se dirigió a una tienda a comprar unos cigarrillos, y cuando salía de allí en dirección a su casa, vio pasar muy de prisa a su hermano Pedro Pablo Núñez junto con Cayetano Eduardo Santaella, llevando el primero un cuchillo ensangretado en la mano,

y detrás de ellos un hombre que gritaba, y que no era otro que Juan Bautista Hernández, quien dejó de existir al día siguiente en el Hospital González Valencia de esta ciudad, a consecuencia de dos heridas de arma corto-punzante que sufriera horas antes en la población de Piedecuesta. Resta sólo agregar que los malhechores despojaron a la víctima de una suma de dinero probablemente no superior a trescientos pesos (Fl. 3, cuaderno 4º)...".

Proceso en el cual aparece como ofendido Leonardo Muñoz Jiménez:

"...Leonardo Muñoz Jiménez tenía dieciocho años (41) y cursaba el primer semestre de ingeniería mecánica en la UIS (43). Con el fin de presentar el último examen salió a la una de la tarde del 27 de agosto de 1977 de la casa de sus padres, situada en el Barrio 'Las Terrazas', de esta ciudad, y en el paradero que queda próximo a la curva que da acceso a la urbanización, se sentó en un seto que allí existe, para esperar el bus que habría de conducirlo al centro docente (79). Llevaba consigo una pequeña calculadora (121, 124). Allí se encontraban ya Cayetano Eduardo Santaella y Pedro Pablo Núñez, quienes previamente concertados acometieron al desprevenido estudiante para arrebatarle la máquina que tenía en la mano y al oponerse la víctima lo hirieron mortalmente con un cuchillo (20, 23). No obstante la gravedad de la lesión recibida Leonardo Muñoz trató de perseguir a sus atacantes junto con algunos amigos que aparecieron en seguida, pero los malsines lograron ocultarse en la maleza próxima al lugar (92 v.). Optaron entonces por conducir prestamente al herido a la Clínica Bucaramanga donde falleció a los pocos minutos (3, 27, 58, 63 v.). Según el forense, la punta del cuchillo lesionó el ventrículo derecho del corazón y el miocardio dando origen a una hemorragia aguda que ocasionó la muerte (31). La captura realizada a poco de Pedro Pablo Núñez gracias a la colaboración de Mariano Prieto de Moya (7, 29, 69) permitió a la Policía detener igualmente a Santaella cuando horas más tarde deambulaba cerca de una caseta sita en la carrera 17A con calle 29, donde había quedado de encontrarse con el compañero de fechoría (11, 17 v.) (Fls. 211 y 212, 1er. cuaderno) (Fl. 21, Cuad. 7º...".

Actuación procesal

El primero de los mencionados expedientes lo inició el Juzgado Penal Municipal de Piedecuesta y lo perfeccionó el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal. El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, en auto de 15 de febrero de 1980, llamó a juicio a Núñez Gutiérrez y Santaella Pérez, como coautores de los delitos de homicidio y robo (Arts. 363, 3 y 5 del C. P. y 402, Ley 21 de 1973, 8; 398, 4 y 403 del C. P.), cometidos en concurso material (Art. 33 *ibidem*).

También en este proveído se expidió un sobreseimiento definitivo para Luis Alfredo Pérez (A. Cucarrón) y Miguel A. Delgado Forero (A. El Calvo). El segundo de los sumarios le correspondió instruirlo al Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Bucaramanga y definirlo al Juzgado Tercero Superior de esta misma ciudad. El llamamiento a juicio está fechado el 17 de marzo de 1978 y cobija a Santaella Pérez y Núñez Gutiérrez, a los cuales se les formularon los cargos de homicidio (Arts. 363-3, 5 del C. P.), en concurso material (Art. 33 *ibidem*) con el robo (Art. 404-1 de la misma obra).

En la ameritada decisión se sobreseyó definitivamente en favor de Marco Tulio Villamizar.

La apelación introducida contra este vocatorio la definió el Tribunal ya indicado, en auto de 11 de agosto de 1978, confirmando integralmente las resoluciones del *a quo*.

La acumulación de causas se produjo el 7 de marzo de 1980 y la decretó el Juzgado Tercero Superior.

Surtida la etapa del juicio y obtenidas ocho respuestas afirmativas a sendos cuestionarios, el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, en fallo de 21 de octubre de 1981, condenó a cada uno de los procesados a veintisiete (27) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual, sentencia que fue totalmente confirmada por el Tribunal.

La demanda

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"), se formulan cuatro cargos, a saber:

Primer cargo. Se afirma que el sentenciado, al momento de los hechos, se encontraba en situación contemplada por el artículo 29 del Código Penal de 1936 (hoy Arts. 33, 93 y 94, C. P.) y por lo tanto no podía someterse a juicio por procedimiento de jurados de conciencia, ni recibir una pena como la de prisión. Se quebrantaron, por no haberse aplicado el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal en la interpretación del dictamen de folios 194 (proceso en que figura como ofendido Leonardo Muñoz) y "tomado con

desgreño el caudal probatorio allegado a los autos", los artículos 43, segunda parte, numeral 5º, 210-1 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Como el procesado afirmó que al tiempo de su conducta se encontraba bajo los efectos de drogas que le impedían conocer y querer la acción, y no fue desvirtuada esta afirmación, corroborada por otros elementos probatorios (manifestó ser toxicómano; haber recibido tratamiento médico; exhibió fotografías en que aparece bajo los efectos de esas drogas; dijo no recordar lo sucedido), el dictamen referido plantea al menos una duda sobre el real estado Santaella Pérez ("...dado que no examiné al sindicado en ese momento, no puedo afirmar si se encontraba o no bajo el efecto de estas drogas" hipnóticas y alucinógenas), que debió resolverse en favor del procesado, lo cual habría conducido a la aplicación de medidas de seguridad, previo el trámite adecuado que excluía la intervención del jurado de conciencia.

Segundo cargo. La calificación fue incompleta, violándose así los artículos 334, 381, 472 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional.

Sobre el particular se recuerda que, en el proceso en el cual aparece como interfecto Juan Bautista Hernández Villamizar, existían graves indicios de responsabilidad contra Jairo Núñez Caballero, hermano medio de Núñez Gutiérrez, a quien conforme a la prueba aportada (varios testigos citan la participación delictuosa de tres individuos), debió vinculársele no como testigo sino como sindicado.

Tercer cargo. Dejó de investigarse y calificarse un delito conexo, del cual debía responder Núñez Gutiérrez, consistente en el lesionamiento que éste, al momento de efectuarse su captura, produjo a Mariano Prieto de Moya, conducta que, en la audiencia, reveló haber sido realizada con el propósito de darle muerte. Se mencionan como desconocidos los artículos 9 y 39 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional.

Cuarto cargo. Es flagrante la falta de debido proceso y en consecuencia manifiesta la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, así como del artículo 508 del Código de Procedimiento Penal, cuando se observa la actitud asumida por el juez que dirigiera la audiencia pública, el cual omitió, en un principio, el interrogatorio del procesado Núñez Gutiérrez, autorizando su final realización, por intermedio de su defensor. Este, en dicha diligencia y con base en lo expuesto por su defendido, destacó la nulidad del procedimiento, puesto que entendió que sobraba el jurado de conciencia dada las condiciones de trastorno mental que afectaban a Núñez Gutiérrez, cuando actuó en la forma que le valiera el enjuiciamiento. Como el juez evitó definir inmediatamente esta petición, el defensor renunció al uso de la palabra y dejó sin asistencia judicial al sentenciado.

Consideraciones de la Sala y de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal

Conviene advertir que el Ministerio Público encuentra improcedente todas las alegaciones del recurrente. Muy débil, distorsionada e ineficaz resulta, para él, la argumentación expuesta por el memorialista. En refutación de esas razones anota una significativa serie de opiniones, con las cuales, obligadamente, se tiene que estar de acuerdo. De ahí que la Sala acoja de manera íntegra su concepto y reproduzca algunos de sus apartes.

Respondiéndose en forma concreta esos planteamientos, se tiene:

Primera censura

En forma muy peculiar el recurrente da a entender que la presunción que rige en el derecho penal, en cuanto a las condiciones síquicas de un procesado, es la de su anormalidad, por causa de un trastorno mental; y que la duda racionalmente eliminable, contra lo que reza el texto y espíritu del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, sigue incidiendo en favor del procesado.

La primera de las tesis no responde a un contenido de verdad, porque el procedimiento penal colombiano claramente indica que la inicial apreciación sobre la personalidad de un sindicado es la de considerarlo en pleno goce de sus capacidades para comprender la ilicitud de la conducta realizada y para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Para desvirtuar este concepto debe ofrecerse una atendible prueba en contrario. Es imprescindible que se establezca la existencia, al momento del comportamiento punible, de un trastorno mental o una inmadurez sicológica que afecte las facultades de volición y conocimiento, en el grado que el derecho penal exige para poder reconocer un estado de inimputabilidad. Por eso la obligación del juez, en el actual sistema de investigación, no es la de someter a dictamen médico-legal a todo sindicado sino a aquél que, conforme al artículo 411 del Código de Procedi-

miento Penal, revele una sintomatología de enfermo mental, ya por sus antecedentes, ya por las modalidades de los hechos, ya por la apariencia misma del inculpado, ya por la forma de comportarse y discurrir, etc.

En cuanto al segundo planteamiento debe recalcarse que la duda solo favorece al procesado cuando la misma incide en una decisión de inocencia o responsabilidad, para tomar partido por la primera, y siempre que no sea posible su eliminación. Pues bien, dudar sobre la normalidad de un sindicado no puede llevar, así la perplejidad exista, a considerar a éste como sujeto a medidas de seguridad. Y no puede hacerse porque esta conclusión no implica una determinación de "inocencia". Además, la duda viene a ser resuelta, en última instancia, por el concepto general predominante, por la situación básica que admite la ley, la cual, en el tema comentado, no es otro que la apreciación de normalidad.

Por eso acierta la delegada cuando escribe:

"...Para declarar inimputable a quien ha realizado un hecho ilícito, debe existir prueba suficiente e indudable de este estado, ya que de otra manera se aplicarían medidas de seguridad que serían totalmente improcedentes, con el resultado además de dejar desprotegida a la sociedad ante conductas tan graves como las investigadas; y por el contrario, el examen de las pruebas, adecuadamente realizado por los funcionarios de instancia, conduce a la conclusión contraria, ampliamente sustentada...".

Pero la interpretación probatoria de normalidad, para Santaella Pérez, no es producto del capricho, la ligereza o la ausencia de demostraciones pertinentes. Todo lo contrario. Recuérdese que el procesado fue sometido a dos pericias (Fls. 185 y 194, proceso por homicidio de Leonardo Muñoz) y en ambos la conclusión médica fue la de admitir su regularidad síquica. El segundo de los citados documentos destaca la presencia de un trastorno socio-pático de personalidad, en el cual el consumo de drogas es otra manifestación más de su "personalidad patológica", alteración mental que no lo incluye ni "en las situaciones consideradas en el artículo 29 del Código Penal", como lo enfatiza el siquiatra que le examinara, ni en sus equivalentes del actual artículo 31 del vigente estatuto.

El dictamen es muy preciso en cuanto a fijar los elementos de valoración y establecer una deducción científica, sin que sobre estos dos fundamentales aspectos se dé vacío o duda conceptual. Y, en sede de casación, la Sala no encuentra argumentos válidos para separarse de este experticio, ni el recurrente ofrece pruebas o interpretaciones que respalden su pretensión.

Nótese cómo el perito, en el único aspecto que traduce su hesitación, es en lo de refutar la explicación que, tardíamente, suministró el procesado, esto es, de haberse encontrado bajo el efecto de drogas hipnóticas y alucinógenas, al momento de actuar. Con manifiesta lógica aquél indica que no puede descartar en forma absoluta esta aserción porque "no examiné al sindicado en ese momento". Pero juzga que "esta aseveración no está de acuerdo con la evidencia acumulada en el proceso", evidencia que conviene repetirlo indica más bien la ausencia de ese consumo, para la ejecución de los hechos punibles, y la calificación de constituir apenas un recurso de defensa.

Finalmente, el Tribunal, como bien lo recuerda el Ministerio Público, trató el tema en forma especial y comentó lo relacionado con condiciones síquicas del sentenciado. Ofrece razones plausibles para decidirse en la forma como se decidió y éstas corresponden a una realidad probatoria que no es dable cuestionar en la forma como lo hace el impugnador, quien someramente y muy a su amaño, toma un segmento de la pericia para tratar de imponer su particular modo de pensar.

El cargo no prospera.

Segunda censura

La crítica se edifica sobre una consideración de índole subjetiva. Nuevamente se contraponen dos criterios, el del juzgador y el del recurrente. Cada uno tiene un modo de ver la condición procesal de Jairo Núñez Caballero, contando en favor del primero la presunción de acierto y justicia que acompaña a su fallo; la oportuna manifestación que al respecto se hiciera, cuando se trató no solo de adelantar el sumario sino de calificarlo, posición que en tal momento no encontró rechazo ni en los procesados ni en sus apoderados; y, por último, que el aspecto está muy lejos de considerarse fundamental para la situación procesal de Santaella Pérez, o de traducir una equivocación imperdonable y ostensible.

El acierto del juzgador, sobre esta cuestión, es tan notable que la Corte no encuentra motivos válidos para ordenar la expedición de copias destinadas a averiguar la conducta de Núñez Caballero. Está bien la ubicación que en el proceso se le reconoció, o sea, la de testigo y no la de sindicado.

Debe reiterarse que el recurrente, en este punto, ni siquiera insinúa la incidencia de esta omisión o error, en la situación de su representado.

Supone pero no comprueba y guarda celosamente los motivos de esa suposición. De ahí que la delegada recuerde que esta nulidad constitucional "se apoya ... en la necesidad de resguardar las garantías procesales y los derechos esenciales de los procesados, para que su juzgamiento se cumpla de conformidad con la ley; en el presente caso no se advierte cuál sería la forma en que se desconocieron tales derechos y garantías, respecto de los acusados y concretamente del recurrente, en forma que ocasionara la nulidad".

Se rechaza el cargo.

Tercera censura

La argumentación expuesta en el acápite anterior sirve, en un todo, como réplica adecuada a este cargo. El recurrente mantiene en reserva la incidencia de este aspecto en la situación de su representado. Trata de advertir qué pudo y debió hacerse con relación a otras personas o a otros temas, así el cuestionamiento aparezca como secundario o inocuo, pero se olvida de tratar el punto que directa y significativamente pueda influir en forma concreta en el interés de su patrocinado.

Por fuera de esta glosa se tiene un aspecto de decisiva importancia en el desechamiento de esta crítica. En efecto, si es verdad que Núñez Gutiérrez reaccionó contra Mariano Prieto de Moya, para evitar su aprehensión, no es menos cierto que la consecuencia de esta acción violenta no alcanzó a constituir un posible delito de lesiones personales. La agresión a la integridad física de aquél, que hábilmente se trató de arbitrar como aparato de defensa en la audiencia pública al señalar que tuvo intención de eliminarlo, no tuvo secuelas y las huellas físicas del mismo apenas alcanzaron a tomarse como simple rasguño o excoriación de la piel.

De otro lado, y así lo recuerda el concepto fiscal, el asunto fue debatido en debida oportunidad, de donde la alegación de ahora tiene que tomarse a título de simple exposición de una tesis que no tiene tan excepcionales méritos como para imponerse sobre la que en sentido contrario auspició el juzgador.

El cargo se desestima.

Cuarta censura

Otra vez el recurrente se ocupa de situaciones extrañas a la defensa realizada en favor de Santaella Pérez, tan completa y válida como la que más. Pero no se inquieta por aportar razones sobre la incidencia, para su acudido, de defectos, irregularidades o nulidades propias de otro procesado y que a lo sumo alterarían la actuación para éste, dejando indemne el procedimiento cumplido con aquél.

El Procurador Tercero Delegado afirma la "falta de interés jurídico en el recurrente respecto de este cargo", agregando que la defensa de Núñez Gutiérrez, si bien no es la más cabal y paradigmática, sí puede reunir las características mínimas de este esencial factor del debate judicial. Al respecto señala el interrogatorio a que el propio defensor sometiera al enjuiciado, base de su petición anulatoria por habérsele considerado normal y sometido a juicio de jurados de conciencia. Además, "se le dio amplia ocasión y facultad para intervenir, sin que en ningún momento viera coartado este derecho... al defensor no es posible señalarle una pauta exacta que le corresponde al mismo, de acuerdo con sus conocimientos y la situación procesal, encaminar y dirigir su defensa, sin que pueda exigírsele determinada actuación, especialmente cuando, como en el caso indicado, existía prueba suficiente y plena de responsabilidad de los acusados, con base en lo cual el jurado profirió su veredicto".

En todo caso, la actuación del defensor de Núñez Gutiérrez, que le merece a la Corte su reproche, no presenta unas características tales que impongan una declaración de oficio de nulidad para este procesado.

Se rechaza el cargo.

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

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada, señalada ya en su fecha, origen y naturaleza.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. DIFERENCIAS

El prevaricato exige como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean manifiestamente contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica de acto propio de abuso de autoridad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 10 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 99 de 9 de diciembre de 1982.

Vistos

En el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, a cargo de la doctora Tulia Lucía Pardo de Cortés, culminó el proceso de lanzamiento adelantado contra Adelina Contreras, por María Himelda Gómez, aceptándose las pretensiones de la parte actora (junio 4/80). Recurrido en apelación, se concedió ésta en auto de 3 de julio. El apoderado de la demandada interpuso reposición, que fue tramitada en forma debida, sin que la contraparte adujera razones para mantener la inicial decisión. El recurso prosperó (julio 23). Fue razón de este cambio de criterio, que "...no tuvo lugar la notificación personal dentro de la cual hubiera interpuesto el recurrente su apelación, dado que en su escrito se limitó a interponer el recurso, pero no a tenerse por notificado de la sentencia, supliendo el respectivo acto judicial de la notificación, con una conducta concluyente que condujera a determinar el conocimiento del fallo como finalidad que tiene la notificación judicial...".

Esta situación le valió a la funcionaria el ser denunciada e investigada por el presunto delito de "prevaricato".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de 22 de junio de 1981, dio aplicación, por inexistencia de delito, al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Al revisarse esta resolución, la Corte (octubre 29), la revocó y ordenó la prosecución del sumario.

Como consecuencia de esta nueva etapa, el Tribunal mencionado, en auto de 26 de febrero del año en curso, residenció en juicio a la doctora Pardo de Cortés, para responder de un delito de "abuso de autoridad", enjuiciamiento que ahora se revisa por vía de alzada.

Opinión del Ministerio Público

Se reitera, en esta ocasión, el concepto de ilegalidad del pronunciamiento emitido por la juez (julio 23/80), pues "es evidente que debidamente notificado y no existiendo obstáculo legal para que el impugnante pudiera ser escuchado dentro del proceso de lanzamiento, no había motivo alguno para revocar aquella decisión (julio 3/80)" —lo escrito entre paréntesis está fuera de texto original—.

Y, entendiendo que la procesada "actuó en razón de un ostensible error en la aplicación de las normas de procedimiento", estima más adecuado, como solución final, proferir un *sobreseimiento definitivo.*

Sobre este particular expone: "...no existe el menor motivo para creer que en la sindicada existiera interés para favorecer o perjudicar a algunas de las partes. Desde el primer momento concedió el recurso propuesto y si bien es cierto, posteriormente modificó esa determinación, lo hizo dando argumentos que, aun cuando totalmente equivocados, revelan una convicción fruto más del desconocimiento que de mala intención. En concepto de la Procuraduría las normas que en la legislación civil regulan los recursos y su concesión, son de una claridad meridiana y le

permiten concluir que la apelación ha debido concederse; si la juez llegó a conclusión contraria ello obedeció a falta de idoneidad para el manejo de las disposiciones que como funcionaria le corresponde aplicar.

"Es más, si se estudia el memorial presentado por el representante judicial del actor, en el juicio de lanzamiento, se encontrará que en éste no solamente se solicita la reposición del auto que concedió el recurso, sino que el demandante pide, como subsidiaria que se disponga "...dentro de cierto tiempo que dicho memorial sea ratificado por la presentación personal del mismo" (Fl. 58). Esto denota la ausencia de un propósito de daño en el actor y si no existía en éste, difícilmente puede encontrarse en la juez.

"Aun cuando el delito de prevaricato o cualquiera otro contra la administración pública, no pierde su naturaleza y esencia porque la medida ilegal pueda ser modificada posteriormente, no es impertinente destacar que en el caso presente la parte demandada tenía oportunidades procesales para atacar la medida ilegal, acudiendo, entre otras cosas al recurso de hecho o de queja como lo denomina el ordenamiento civil. Es claro que esta posibilidad no eliminaría un delito ya cometido, pero por lo menos indica que, existiendo ella, no se estaba cercenando dolosamente el ejercicio de un derecho legítimo".

La alegación de la defensa

Estima su representante que el comportamiento de la enjuiciada, en cuanto a tenerlo por contrario a las normas procedimentales, no es criterio tan ostensible y claro como se ha pretendido por el Tribunal y la Delegada.

Destaca que "el señor apoderado de la demandada se notificó por conducta concluyente, es cierto, pero no mediante la modalidad de la notificación personal sino a través de escrito que lleva su firma.

Este escrito con su firma es lo único probado, nada más".

Con base en los artículos 330, 323 y 352 del Código de Procedimiento Civil, es dable apreciar, como lo hizo la acusada, que "antes de la fijación del edicto la notificación debía ser personal necesariamente y además dentro de los cinco días siguientes a la expedición de la sentencia. Como ninguna de estas cosas se dio, a su juicio esto invalidaba la notificación por conducta concluyente, a la que hubiese prestado atención en caso de haberse presentado el escrito con posterioridad a la fijación del edicto".

Sentado este presupuesto anota que, cuando se actúa sin respaldo legal alguno, es dable calificar la conducta de arbitraria; y cuando se va contra los textos mismos, surge la caracterización de comportamiento injusto. En el proceder de la enjuiciada puede hablarse, a lo sumo, de error. Y el remedio al mismo es el recurso de reposición o apelación, el juego de la doble instancia. Además, equivocado o no el auto revocatorio de la concesión del recurso de alzada, este fue notificado en debida forma y la parte desfavorecida (el denunciante) tuvo oportunidad para acudir en queja ante el superior (Arts. 377 y 378 C. P. C). Esto indica que quien ahora pregona un daño por prevaricación, estuvo en condiciones de ejercer a plenitud su derecho de defensa, y no lo hizo. Finalmente destaca la correcta tramitación del proceso, al punto que la resolución sobre la cual se frustró el recurso de alzada, de haber llegado a la segunda instancia, hubiera provocado de ésta una decisión igual.

Consideraciones de la Sala

Las explicaciones que la defensa ofrece, encaminadas a estimar y a que se estime la conducta de la procesada como actuación ajustada a las formulaciones de la ley procedimental, no puede encontrar asentimiento de la Sala. Constituye una interpretación forzada, contraria al espíritu y finalidades de los textos que reglan las instituciones del procedimiento civil, relacionadas con las notificaciones de las partes y los recursos que éstas pueden interponer para buscar la enmienda de lo que estiman agravios de la decisión judicial. No puede dejarse de advertir y destacar que la revocatoria del auto que concedió la apelación introducida por el denunciante, se hizo con desatención de la ley que rige la sustanción de los procesos civiles. Queda muy difícil admitir, máxime tratándose de una juez de relativa experiencia, que el apoderado de la demandada no se dio por notificado de la sentencia desfavorable a sus pretensiones y que se limitó a interponer un recurso. Si algo denota la mención de una providencia de la cual se recurre, en el conocimiento de la misma. La Sala, a este respecto y para despejar dudas tiene que volver a transcribir el memorial de 11 de junio de 1980, dirigido por el abogado Soler: "...manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la *sentencia por medio de la cual declara no probadas las excepciones de la parte demandada y decreta el lanzamiento*" (Fl. 56, subrayas fuera de original). Lo que la

juez entendió en su auto de 3 de julio de 1980, era lo que debía entender, esto es, una notificación por conducta concluyente (Art. 330, C. de P. C.). Obsérvese, además que mediante reposición se procuró discutir la presentación personal del recurso, pues se dice que únicamente "aparece sí un memorial, pero en él no aparece constancia de haber sido presentado personalmente, por el señor apoderado como lo indica la ley, no aparece tampoco que se hubiese notificado en el momento de la sentencia por constancia que hubiere dejado el mismo expediente". No obstante lo preciso de la objeción, respondida con toda claridad por la juez ("las presentaciones personales son expresamente ordenadas por la ley, la cual no prescribe que la interposición del recurso de apelación sea presentado personalmente") (Fl. 70 Vto.), pasó a ocuparse de otro asunto ajeno al ámbito de la controversia suscitada.

La Sala considera que desde el momento de la emisión de un proveído, no antes, empieza para cualesquiera de las partes intervinientes en el proceso, la posibilidad de darse por enterado del mismo como también la presentación de los recursos que se quieran interponer. Esta situación persiste hasta que concluya el acto notificatorio pertinente (personal, estados, edicto). Si algo busca la ley es la garantía del conocimiento de la actuación procedimental, que permite seguir adelante el trámite y evita confusiones y dilaciones. Y este enteramiento resulta indiscutible cuando el interesado en el mismo, expresa que conoce lo resuelto y actúa en consecuencia.

El auto que dio origen a esta investigación no puede considerarse sino como contrario a la ley, cumplido por simple voluntad de su autora, creando la normatividad y dejando de lado, sin justificación alguna, la existente. Esta conducta no puede tenerse como producto de un explicable yerro, de una comprensible equivocación, puesto que el texto y espíritu de la ley, llevaban a una interpretación distinta, que se quebrantó en efecto para dar lugar a una decisión ajena a las instituciones procesales.

El Procurador Primero Delegado también alude a la imposibilidad legislativa de estructurar un delito de abuso de autoridad porque cuando la contrariedad con la ley se exterioriza en una resolución o dictamen, tiene que aludirse inevitablemente a una prevaricación, según lo preceptúa el artículo 149 del Código Penal.

La tesis persigue estructurar el abuso de autoridad por exclusión, o sea, que éste solo aparece cuando, dándose la nota de arbitrariedad o injusticia, la ley penal no recoge ese ejercicio de funciones, o su exceso como otro delito de mayor gravedad. De donde, argumentándose sobre el caso examinado, se tiene que como todo auto es resolución y se llama prevaricato contradecir la ley por este medio, no es posible aludir al abuso de autoridad.

Muy absoluta es la apreciación sustentada por el colaborador fiscal cuando entiende que todo acto arbitrario e injusto, expresado mediante resolución o dictamen, asume un inevitable vínculo con el delito de prevaricato. El criterio se aproxima a la verdad pero no la traduce de manera integral.

Es posible, tal como están tipificados los delitos consagrados en los artículos 149 y 152 del Código Penal, admitir que algunas resoluciones o dictámenes pueden dar lugar al delito de abuso de autoridad y no al prevaricato. En efecto, este último está exigiendo como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean *manifiestamente* contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica de acto propio al abuso de autoridad.

Esto es lo que, en el caso *sub examine,* permite apoyar la decisión que se revisa. La interpretación que merece la conducta de la procesada, tiene que estimarse como arbitraria o injusta, expresiones que en el fondo corresponden a un obrar contrario a la ley. Ya se dieron las razones para entender dicho comportamiento como extraño a los preceptos legales que regían su actividad procedimental. Ahora bien, tal obrar no adquiere la característica de comportamiento ostensible, manifiesto o evidentemente opuesto a las normas que debieron aplicarse y acatarse. Había factores que rebajaban la intensidad del desafuero y que lo sustraían a esa extrema zona del acto inconcebible, absolutamente repudiable y de una contraposición grosera con la ley.

Pero, realmente, no era la forma como debía actuar el funcionario, pues las normas procedimentales recomendaban otra distinta decisión. Y no es menos deducible que tal comportamiento causó daño a los intereses que se vieron afectados con tal pronunciamiento.

Por fuera de esta distinción entre el acto de prevaricación y el de abuso de autoridad, cuando el medio empleado es una resolución (auto, sentencia, decreto, etc.) o un dictamen (en su forma

restringida de pericia o ampliada hasta comprender el concepto o la opinión), conviene advertir que también caen dentro del abuso de autoridad los actos materiales o físicos de los funcionarios, cuando no constituyen otros delitos de mayor entidad y asumen las características de ser arbitrarios o injustos, o actuaciones que no adquieren aquellas formas específicas (v. gr., una indebida orden de captura, u oficio, exhorto o comunicación irregulares, una inspección judicial apartada de los preceptos que la gobiernan, un reconocimiento o requisa personal improcedentes y tantas similares diligencias como juegan en el ordinario ámbito de funciones del empleado oficial).

Conviene agregar que la estructura del prevaricato (por acción, Art. 149, *por omisión, Art. 150,* y por asesoramiento ilegal, Art. 151) y la del abuso de autoridad, en el nuevo Código Penal, y, en comparación con la del anterior estatuto (Arts. 168, 169, 171, 172 a 182), permite observar que las conductas *omisivas* realizadas en este específico campo, de no insertarse en la prevaricación (que por unidad de la institución también exigirá la manifiesta y grave contradicción con la ley), no pueden estimarse como constitutivas de delito, salvo las expresamente recogidas por el legislador (Arts. 153 y 160), pasando tales comportamientos a integrar las faltas sancionadas por el régimen disciplinario.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, confirma la decisión revisada, ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Tarsicio Roldán Palacio, Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

Salvamento de voto

Discrepo respetuosamente de la calificación dada a los hechos por el Tribunal y por la Corte, porque considero que uno y otra incurrieron en errada denominación jurídica de los hechos materia de la imputación a la doctora Lucía Pardo de Cortés, llamada a juicio por abuso de autoridad en su carácter de Juez Treinta y Nueve Civil Municipal de esta ciudad.

Considero (en efecto), que el delito de abuso de autoridad solo opera, como norma supletoria, cuando los hechos investigados no se encuentran "especialmente previstos como delito", esto, es, cuando el comportamiento no aparece descrito en norma penal alguna *y bajo este presupuesto sustancial, el empleado oficial, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, comete un acto arbitrario o injusto y, por tanto, porque estimo que cuando el hecho es típico y, por consiguiente, cuando la conducta atribuida al funcionario se encuentra descrita en una cualquiera de las normas del Código Penal, la del artículo 152 resulta absolutamente inaplicable.*

Los hechos atribuidos a la doctora Pardo de Cortés se encuentran clara e inequívocamente precisados y sancionados en el artículo 149 del Código Penal, luego, o la funcionaria profirió una resolución manifiestamente contraria a la ley, en cuyo caso incurrió en ese delito y ha debido llamarse a juicio por prevaricato, o no actuó como empleada oficial, o no profirió resolución o dictamen alguno, o los que profirió no eran ostensiblemente contrarios a la ley y entonces no se da delito alguno o, dándose el delito, el hecho fue cometido por ella en cualquiera de los casos de justificación o de inculpabilidad y ha debido ser definitivamente sobreseída.

Resulta absolutamente inadmisible, en consecuencia, suponer que el comportamiento de la doctora Pardo de Cortés no aparece descrito en norma penal alguna y que, por tanto, incurrió en el delito de abuso de autoridad que se le imputa.

Comparto, por consiguiente, las muy fundadas y atendibles consideraciones expuestas por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para estimar equivocada la calificación dada a los hechos en el auto de proceder:

"...La conducta atribuida a la doctora Pardo de Cortés es típica. No obstante en este aspecto el Ministerio Público discrepa de la calificación que a los hechos dio el juzgado de instancia, pues a juicio de esta agencia fiscal la adecuación típica no corresponde al modelo comportamental que describe el delito de abuso de autoridad, sino que se adecúa al precepto legal que define el delito de prevaricato. En efecto, tanto en la anterior legislación como en la nueva codificación los delitos de prevaricato y abuso de autoridad se predican de los servidores públicos que actúan con desvío en el ejercicio de sus funciones; sin embargo,

mientras que es característica del delito de prevaricato el que la conducta se realice cuando se profiere auto, resolución, dictamen o sentencia contrarios a la ley, el abuso de autoridad, aplicable únicamente en los casos que no estén especialmente previstos como delito, ocurre cuando el funcionario comete acto arbitrario o injusto, con ocasión de su actividad funcional o excediéndose en el ejercicio de ella; vale decir, que el abuso de autoridad no puede ser el producto de un auto, resolución o sentencia, sino de actividad diversa de aquellos que la ley atribuye a los funcionarios públicos, en la medida en que proceda de manera arbitraria o injusta. En el presente caso se trata de una resolución contraria a la ley y, por lo tanto, el delito imputable no puede ser el de abuso de autoridad sino el de prevaricato...'' (Fl. 20).

Por estas someras consideraciones, que a mí me parecen jurídicamente inatacables, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

13 de diciembre de 1982.

IMPEDIMENTO Y RECUSACION

OPINION DEL JUEZ COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO O RECUSACION

Cuando el Juez o Magistrado ha expresado su criterio jurídico en providencia judicial, vale decir, en ejercicio de su función juzgadora, no incurre en tal causal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 14 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 100.

Vistos

Decidirá la Sala sobre el impedimento expuesto por el honorable Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, doctor Luis Antonio Erazo Gallardo, y no aceptado por sus compañeros de Sala.

Resultandos y considerandos

1. Estando este proceso para decisión del Tribunal Superior de Pasto sobre apelación interpuesta contra el auto de proceder que afecta a Julio Almeida Fernández por el delito de homicidio, el Magistrado ponente Luis Antonio Erazo Gallardo manifestó su impedimento en escrito del 15 de octubre pasado. La razón del mismo, fundada en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, fue la de haber dictado la providencia sobre la cual debe pronunciarse ahora el Tribunal.

2. Sus compañeros de Sala, los doctores Carlos Javier Moncayo y Eudoro Benavides Rivera no aceptaron el impedimento por considerar que el auto de proceder proferido por el doctor Erazo Gallardo cuando era Juez Segundo Superior de Pasto, fue revocado por el Tribunal y sustituido por un sobreseimiento temporal y que tiempo después el 19 de abril de 1982 el Juzgado Cuarto Superior de Pasto del cual era titular otra persona profirió el llamamiento a juicio contra Almeida Fernández que es el que está pendiente de decisión en la Sala; por consiguiente, agregan, el actual Magistrado Erazo Gallardo no va a intervenir en la revisión de su propia providencia.

3. La Sala considera que fue acertada la determinación tomada por los Magistrados Moncayo y Benavides, pues es evidente que la providencia que ahora debe revisar por vía de apelación el Tribunal Superior de Pasto en Sala de la que forma parte el doctor Erazo Gallardo no es la misma que éste profiriera en octubre de 1976, cuando desempeñaba el cargo de Juez Segundo Superior, y que por consiguiente no se da en este caso la causal de impedimento prevista en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, aunque desde el punto de vista jurídico la determinación tomada por el Juez Cuarto Superior de Pasto haya sido la misma —llamamiento a juicio— que la emitida entonces por el doctor Erazo Gallardo.

4. Tampoco procede en este caso la causal cuarta de aquella disposición porque como lo tiene reiterado esta Sala, *lo que ha pretendido el legislador al consagrar la opinión del juez como causal de impedimento o recusación, 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 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; pero cuando el juez o magistrado ha expresado su criterio jurídico en providencia judicial, vale decir, en ejercicio de su función juzgadora, no incurre en tal causal porque no es dable sostener que actúa incorrectamente quien cumple con los deberes propios de su cargo;* tal es lo que ha ocurrido en el presente

caso, por lo que, ni aún por dicho aspecto cabría impedimento al doctor Erazo Gallardo.

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

Resuelve

NO ACEPTAR el impedimento manifestado por el honorable Magistrado Luis Antonio Erazo Gallardo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

CONSTITUCION DE PARTE CIVIL POR LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN LOS PROCESOS POR PECULADO EN ENTIDADES FISCALIZADAS POR ELLA

El Contralor General de la República está legalmente facultado para constituirse directamente o a través de sus agentes. Quiénes son los "agentes" del Contralor. La facultad de contratar los servicios personales de abogados litigantes. Incompatibilidad del empleo docente con el ejercicio profesional

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., 14 de diciembre de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 100.

Expediente número 27125.

Vistos

Se entra a resolver si procede la apertura de investigación penal contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta dentro de estas diligencias que se originaron de la decisión adoptada por la Sala en auto del 5 de agosto de 1981.

Hechos

Se acusa al doctor Aníbal Martínez Zuleta en su condición que fue de Contralor General de la República de haber conferido poder al doctor Evelio Daza Daza, siendo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, para constituirse parte civil dentro del proceso penal por peculado y falsedad seguido contra Rafael Carvajal Durán y otros ante el Juzgado Segundo Superior de Valledupar, por cuanto debió de recurrir, para tal efecto, a los abogados de su dependencia y, de otro lado, porque, en caso de tener facultad para contratar a cualquier profesional del derecho, el doctor Daza Daza no podía celebrar contrato alguno con la Contraloría General de la República por existir inhabilidad con el cargo que ejercía por la época de los hechos, situación que no era desconocida por el doctor Martínez Zuleta.

Actuación procesal

Con fundamento en el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, se ordenó la práctica de varias diligencias y en desarrollo de ellas se aportó copia auténtica de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, por medio de la cual se negó la nulidad de los artículos 2º y 4º del Decreto 552 de 1969; se acreditó la calidad de profesor de tiempo completo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional que ostentaba el doctor Evelio Daza Daza; se allegó copia del contrato suscrito por éste con la Contraloría General de la República para prestación de servicios; se obtuvo fotocopia de la Resolución 00443 del 31 de marzo de 1981 de la Universidad Nacional —Rectoría—; y, se practicó diligencia de inspección judicial en el Juzgado Segundo Superior de Valledupar al proceso seguido contra Rafael Carvajal Durán, aportándose fotocopias auténticas del poder conferido al doctor Daza Daza, de la demanda de constitución de parte civil instaurada por éste y del auto que la rechazó.

Consideraciones de la Corte

En la extensa y múltiple denuncia que ante la Corte presentó la señora Consuelo Araújo de Molina se le hizo al señor Contralor el cargo de haber "...realizado contratos con abogados particulares, incluso con el Decano 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...".

En efecto:

El artículo 18 de la Ley 20 de 1975, orgánica de la Contraloría General de la República, prescribe:

"...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...".

En desarrollo de la norma anterior, el señor Contralor General de la República otorgó poder al doctor Evelio Daza Daza para que, en representación suya como Jefe de la Contraloría, se constituyera parte civil dentro del proceso penal seguido a Rafael Carvajal Durán y otros por el delito de peculado contra los intereses de la Caja de Crédito Agrario de Valledupar, entidad que se hallaba bajo su fiscalización.

Se dice que la norma transcrita sólo autoriza al señor Contralor a constituirse parte civil dentro de los procesos por peculado, bien en forma directa o por medio de sus "agentes", ésto es, por el personal de planta que dispone la Contraloría para tales efectos, y que de modo alguno por medio de abogados particulares y menos aún con personas como el doctor Evelio Daza Daza, quien por hallarse al frente de la Decanatura de Derecho de la Universidad Nacional tenía incompatibilidad legal para ejercer ese mandato.

Sin embargo, se advierte:

1. El ciudadano Juan Manuel Jaramillo en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 6 del C. C. A., demandó ante el Consejo de Estado —Sección Primera— el Decreto ejecutivo número 552 de 1969, que en sus artículos 2º y 4º dispone:

"...Artículo segundo. Desígnase al doctor Pedro Arturo Sanabria Niño como apoderado de la Nación colombiana en proceso penal que cursa en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por delitos atribuidos a personas que intervinieron en el juicio de arbitramento seguido por la Nación y la Compañía de Electricidad, de los cuales resultó perjudicada la Nación, y para que se constituya en parte civil en representación de ésta... El apoderado tendrá la facultad de sustituir en el caso de que el ejercicio del mandato llegare a imposibilitarse por justa causa y mientras subsista la imposibilidad".

"...Artículo cuarto. El Gobierno Nacional celebrará los correspondientes contratos, y los gastos que ocasione el presente Decreto, serán con cargo al artículo 1305 del presupuesto del Ministerio de Justicia en la actual vigencia".

En sentencia del 1º de febrero de 1971, el Consejo de Estado rechazó los argumentos del demandante y, negó la nulidad de las normas acusadas. En la sentencia se dijo:

"...Los perjudicados con el delito o sus herederos, pueden ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose en parte civil (Art. 112 del C. de P. P.) y pueden designar apoderados especiales (Art. 116 ibidem), *a pesar de que los Agentes del Ministerio Público deben procurar de oficio la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. Esto significa que en el proceso penal puede legalmente existir una doble actuación en cuanto a los fines que persigue la acción civil: la del Agente del Ministerio Público como representante de la sociedad, interesada en que se resarzan los perjuicios derivados de una acción delictuosa y la del apoderado especial de la parte civil como representante directo de la persona natural o jurídica perjudicada con la fracción. Si esto es así, como lo es, no sería razonable colocar al Estado en condiciones de inferioridad frente a la doble actuación procesal de que gozan los particulares, situación inequitativa a que conduciría la tesis de que no está en capacidad de designar apoderados especiales para que en su nombre actúen dentro de un proceso penal en procura del resarcimiento de los perjuicios económicos que como persona jurídica haya podido sufrir con ocasión del delito...".*

A lo sostenido por el Consejo de Estado, decisión que comparte esta Sala, se debe agregar que, la Ley 20 de 1975, faculta al Contralor General de la República para constituirse parte civil dentro de los procesos de peculado en que considere prudente hacerlo.

Si la Nación podía, como lo hizo, constituir apoderado especial para actuar en el proceso penal por falsedad seguido en el Juzgado Segundo Superior de Bogotá y, mediante contrato, pagar los honorarios correspondientes, guardadas proporciones, no aparece reprochable la conducta del señor Contralor cuando con facultades legales, y en cumplimiento de su deber, pretendió intervenir en el proceso que se adelantaba en Valledupar donde era perjudicada la Caja de Crédito Agrario, entidad que se hallaba bajo la vigilancia de la Contraloría.

2. Procede la Sala a determinar quiénes son los "Agentes" del señor Contralor General de la República para los efectos de la Ley 20 de 1975, en su artículo 18 antes transcrito.

La Ley 42 de 1923 que creó la Contraloría General de la República, en su artículo 32 dispone:

"...El Contralor General organizará las Auditorías Seccionales que el Congreso autorice en los Departamentos, Intendencias y Comisarías de la República. Dichas auditorías estarán a cargo de Auditores Seccionales, quienes desempeñarán todas las funciones que les asignen el Contralor y los reglamentos del Gobierno...".

Y el Decreto 911 de 1932 en su artículo 8º ordena:

"...El Contralor General establecerá en las diferentes secciones de la República las dependencias seccionales del Departamento de Contraloría que juzgue necesarias para el mejor cumplimiento de sus deberes, teniendo en cuenta lo que provea al respecto la Ley de Presupuesto...".

Las dos normas antes transcritas disponen que el señor Contralor General de la República está facultado para determinar, según las necesidades del servicio, en qué regiones del país debe funcionar una Auditoría Seccional, a cargo de un Auditor nombrado directamente por el Contralor y con funciones que le determinen los reglamentos del Gobierno y el propio Contralor General de la República.

Son éstos, y no otros, los verdaderos "Agentes" del señor Contralor General de la República. Los abogados adscritos a la Contraloría, tienen el carácter de empleados de planta de la Contraloría y no de Agentes directos del Contralor.

Cuando la norma señala (Art. 18, Ley 20/75) que el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales (elegidos por las Asambleas Departamentales) etc., "por sí mismos o por medio de sus Agentes" podrán constituirse en parte civil, quiere decir que ellos y solamente ellos, pueden por sí mismos intentar la acción civil. Si el señor Contralor no se constituye parte civil en forma directa, los Auditores están facultados para hacerlo, por ser sus Agentes naturales.

La norma no exige que deben ellos personalmente presentar la demanda de constitución de parte civil y emprender la gestión directamente. Ellos pueden y deben hacerlo por medio de apoderado ya que el cumplimiento de sus funciones ordinarias les impide ejercitar la acción a plenitud.

Por este motivo concreto considera la Sala que el señor Contralor General de la República, al contratar de conformidad con el artículo 6 del Decreto 657 de 1974, los servicios de un abogado particular a fin de ejercitar una acción para la cual está facultado, no incurrió en violación alguna de la ley penal.

3. El último cargo que se hace al señor Contralor General de la República consiste en que, teniendo conocimiento de las incompatibilidades del doctor Evelio Daza Daza, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia por la época de los hechos, celebró contrato de servicios profesionales con la Contraloría para asesorarla en los asuntos penales, siendo que el doctor Daza Daza, no podía ejercer la profesión de abogado ni percibir remuneración distinta por parte del Estado a la que recibía en la Universidad Nacional.

Aparece fotocopia del contrato celebrado entre los doctores Aníbal Martínez Zuleta como Contralor General de la República y el doctor Evelio Daza Daza como abogado titulado. En él se consignaron las siguientes cláusulas:

"...Primera. Objeto. *El Contratista en su calidad de abogado titulado, portador de la Tarjeta profesional número 11814, se compromete a prestar a la Contraloría sus servicios de asesoría en Derecho Penal en el lugar y las condiciones determinadas por la Contraloría, de acuerdo a sus necesidades.*

"Segunda. Valor y forma de pago. *El valor del presente contrato es de trescientos sesenta mil pesos ($ 360.000) moneda corriente, pagaderos por mensualidades vencidas de treinta mil pesos ($ 30.000) moneda corriente, cada una y que empezarán a contarse a partir de la fecha de perfeccionamiento del presente contrato. A efecto de recibir cada una de las mensualidades. El Contratista presentará a la Contraloría la cuenta de cobro debidamente legalizada ante la Sección de Tesorería de la entidad, adjuntando la certificación de la Jefatura de la Oficina Jurídica, en el sentido de que los servicios prestados por el Contratista lo han sido a satisfacción de la Contraloría.*

"Tercera. Duración. *El término de duración de este contrato será de doce meses, los cuales se contarán desde el día en que el mismo sea perfeccionado...*

"...Sexta. Garantía. *Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, el Contratista se compromete a constituir por su cuenta y a favor de la Contraloría una fianza ante una compañía de seguros y establecimiento bancario legalmente constituido en Colombia por valor equivalente al 10% del valor del contrato...".*

Las demás cláusulas se refieren a los requisitos para su validez de conformidad con el Decreto 150 de 1976 y del artículo 39 de la Resolución orgánica número 07440 de 12 de marzo de 1979 de la Contraloría General de la República, y al artículo 6º del Decreto 657 de 1974.

De autos se desprende que el doctor Evelio Daza Daza recibió poder del señor Contralor General de la República y que... la correspondiente demanda de constitución de parte civil, la presentó ante el funcionario competente el 6 de noviembre de 1979, fecha para la cual ejercía el cargo de Decano —encargado— de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, según Resolución número 255 de noviembre 7 de 1978.

Para esa fecha, se repite, el doctor Evelio Daza Daza desempeñaba el cargo de Decano —encargado—, pero sin perder su categoría de profesor de tiempo completo de conformidad con su inicial vinculación. Solamente a partir del 31 de marzo de 1981, fue incorporado en el cargo de Decano con asignación superior a la de profesor y con la categoría de funcionario administrativo.

Bajo estas premisas debe recordarse que por el Decreto-ley 386 de 1980, se intentó fijar sin éxito la incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de ciertos empleos por el personal docente oficial (la Corte declaró inconstitucional lo pertinente), y que fuera de este atisbo legal no se encuentra disposición alguna que, para la época de los hechos, estatuyera cualquier prohibición al respecto.

Siendo así que el señor Contralor General de la República estaba autorizado para constituirse en parte civil dentro del proceso penal por el delito de peculado que cursaba en el Juzgado Segundo Superior de Valledupar, que podía contratar los servicios de abogados particulares y que en la persona del doctor Evelio Daza Daza no existía incompatibilidad alguna, conclúyese que la conducta del acusado no es violatoria de la ley penal, razón por la cual la Sala se abstendrá de iniciar acción correspondiente.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SE ABSTENGA de iniciar proceso penal contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta en su calidad de ex Contralor General de la República por cuanto los hechos atribuidos a él la ley no los considera delictuosos.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

INDICE

Pág.

RECUSACION. *En materia penal, solamente han de tenerse en cuenta y valorarse para efectos de la separación del funcionario, los elementos de prueba aportados con el escrito en que se formuló la recusación. Diferencias con el procedimiento civil.* Auto. 21 de enero de 1982. Se *declara infundada* la recusación formulada por el doctor Hernando Noguera contra el doctor José María González Fernández, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y se ordena siga conociendo del asunto relacionado con hechos vinculados a las transacciones en papeles bursátiles realizados entre los fondos Grancolombiano y Bolivariano a través de la Sociedad Administradora de Inversión y empresas del Grupo Grancolombiano.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 5

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *Diferencias entre estas dos figuras.* Auto. 22 de enero de 1982. La Corte *considera* que por los graves errores de técnica impiden tener el escrito de la apoderada de la parte civil como de recusación y en consecuencia se declara inhibida para conocer sobre el tema propuesto.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 11

APELACION DEL AUTO QUE NIEGA LA CESACION DE PROCEDIMIENTO. *Cuando se niega en el sumario la cesación de todo procedimiento, la apelación que contra esta decisión se interponga, debe concederse en el efecto devolutivo.* Auto. 26 de enero de 1982. *Resuelve abstenerse* de conocer del recurso de apelación concedido por el Tribunal Superior de Villavicencio contra la provincia que negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en el presente proceso contra la doctora María Mercedes Mareco Navarro, por el delito de abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 13

Pág.

ROMPIMIENTO DE LA CONEXIDAD. *Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Interpretación de la frase "conocerá de él hasta su terminación el juez de mayor jerarquía". Sólo cuando el auto de proceder ha quedado en firme, si desaparece después el delito que ha dado competencia al juez de mayor jerarquía, éste puede seguir conociendo de los demás, hasta la terminación del proceso, aunque no estén sometidos a sus específicas competencias. La Corte reitera su doctrina.* Auto. 26 de enero de 1982. *Se dirime* el conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo y el Segundo Superior de Buga en el proceso que por falsedad se adelanta contra Jorge de Jesús Cajigas; y asignándole el conocimiento al Juzgado Segundo Superior de Buga.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 15

PREVARICATO. *La simple oposición de criterios entre el funcionario y el litigante no es motivo suficiente para predicar una conducta contraria a derecho. Para ello, es necesario que exista una inequívoca oposición entre la resolución tomada y el derecho que ha debido aplicarse al caso concreto.* Auto. 26 de enero de 1982. *Se confirma* la providencia del Tribunal Superior de Cúcuta que sobreseyó definitivamente a favor del doctor Gilberto Jaimes Chacón por supuestos delitos de prevaricato y falsedad cometidos en ejercicio del cargo de Juez Quinto Superior del mismo Distrito, y se revoca la determinación de que fuese investigada disciplinariamente la conducta del abogado denunciante.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 18

RAPTO. *Adecuación típica de este comportamiento en el nuevo Código Penal.* Auto. 4 de marzo de 1982. *Se declara* que la competencia para conocer de este negocio seguido contra Libardo Antonio Osorno Duque corresponde al Juzgado

Pág.

Cuarto Penal del Circuito de Pereira y no al Juez Tercero Penal del Circuito de Armenia, dirimiendo así la colisión planteada.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 22

INDAGACION PRELIMINAR. *Finalidades de la indagación preliminar. El término de diez días que señala el Código para la práctica de las diligencias previas no han de entenderse como de perentorio y definitivo cumplimiento.* Auto. 4 de marzo de 1982. El abogado Juan Ayala Rodríguez formuló denuncia penal contra el doctor Luis H. Rubio Sandoval, Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta por supuestos delitos de prevaricato y abuso de autoridad. La Corte *se abstiene* de iniciar sumario por encontrar infundados los cargos.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 24

HOMICIDIO CON CAUSAL. NULIDAD DE LA SENTENCIA. *Tránsito de legislación. Qué hacer con un veredicto que reconoce esta figura. Tratamiento que debe dársele a esta modalidad de homicidio del nuevo Código Penal.*

La imperfección sustancial de la sentencia, de modo que imposibilite o dificulte la aplicación del derecho, genera nulidad de la misma, por inobservancia de las formas propias del juicio. Casación. 4 de marzo de 1982. *Se casa* la sentencia recurrida y clara la nulidad de dicha providencia del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a Luis Jorge González o Luis Alfredo Nogales a 6 años de prisión por el delito de homicidio, se ordena, por lo tanto, sea proferida de nuevo.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 26

CONCILIACION. INTERVENCION DEL JUEZ. *No es discrecional del juez laboral intervenir en la realización de ese acto, sino que es deber legal suyo hacerlo, sin que pueda, además delegar esa obligación en ningún empleado subalterno.* Auto. 4 de marzo de 1982. En la fecha *revoca* la providencia consultada del Tribunal Superior de Cali que sobreseyó definitivamente a favor del doctor Héctor Armero Mulki, Juez Primero Laboral del Circuito, y en su lugar lo sobresee temporalmente, reabre investigación y dispone práctica de pruebas.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 29

IMPEDIMENTOS. *Cuándo procede la recusación y no el impedimento.* Auto. 9 de marzo de 1982. *Se declara infundado* el impedimento manifestado por el doctor Gustavo Gutiérrez Calderón para conocer del proceso que se adelanta en el Tribunal de Valledupar contra el doctor Jorge Eliécer Soto Roca por el delito de abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 33

ABUSO DE AUTORIDAD. *Los errores en que incurran los jueces o magistrados en la apreciación de determinados puntos de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abusos de sus funciones.*

Este delito contra la administración pública no puede ser culposo o por error, sino esencialmente doloso. Auto. 9 de marzo de 1982. *Se revoca* el auto apelado del Tribunal Superior de Medellín que condenó a la doctora Martha Gilma Ospina por el delito de abuso de autoridad, y en su lugar la absuelve definitivamente por los hechos que fueron materia de este proceso.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 35

RECUSACION. *El recusante debe aportar con la acusación, los elementos de convicción que tenga para fundamentar su solicitud de separación del funcionario.* Auto. 9 de marzo de 1982. Por encontrar improcedentes las peticiones de los memorialistas abogados Alvaro Pinzón Velásquez y Roberto Torres Beltrán *niega* la recusación propuesta contra la doctora Beatriz Olave de Valencia para conocer del proceso de abuso de confianza adelantado contra Rubén Darío Restrepo.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 40

REVISION. *La presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, no se puede desvirtuar recurriendo al expediente de hacer un nuevo análisis de las pruebas que sirven de sustento al fallo de condena dentro del proceso cuya revisión se busca.* Sentencia 10 de marzo de 1982. La Corte *niega* el recurso de revisión del proceso seguido a Jorge Mariño Casilimas, por la Brigada de Institutos Militares.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 42

ABUSO DE AUTORIDAD. *Estabilidad de los funcionarios judiciales. Cuando el juez hace uso del poder disciplinario, debe respetar y acatar las normas procesales a que está sujeta la potestad sancionadora, si no lo hace, incurre en delito contra la administración pública.* Auto. 11 de marzo de 1982. *Confirma* el auto de enjuiciamiento apelado, del Tribunal Superior de Bogotá, que residenció en juicio a la procesada Vilma Stella Guerrero Rodríguez, por el delito de abuso de autoridad cometido al ejercer el cargo de Juez Setenta y Nueve de Instrucción Criminal del mismo Distrito.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 45

RECUSACION A JUEZ COLEGIADO. *En nuestro sistema procesal no es procedente la recusación colectiva de funcionario.* Auto. 11 de marzo de 1982. La Corte *se abstiene* de resolver la recusación formulada a los Magistrados Gustavo Gutiérrez Calderón, Alix Cecilia Daza de Díaz y Pedro Camacho Orozco, integrante de la correspondiente Sala de Decisión en el proceso seguido contra Antonio María Ballesteros Cogollo, por fraude mediante cheques.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 49

COLISION DE COMPETENCIAS. *Es de la esencia de este fenómeno, que se trabe una controversia jurídica entre dos o más jueces o magistrados en la que razonadamente uno y otro consideren que son o que no son competentes para conocer de un mismo proceso penal.* Auto. 11 de marzo de 1982. La Corte *se abstiene* de decidir sobre este asunto y dispone el envío del proceso al señor Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, para que se pronuncie sobre la colisión que le ha sido planteada.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 50

CAMBIO DE RADICACION. *Por ser una medida de carácter excepcional, no puede decretarse con base en simples conjeturas que puedan hacerse anticipadamente sobre un resultado adverso.* Concepto. 11 de marzo de 1982. *Ríndese* concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado por Parménides Tolosa de la Rosa, sindicado del delito de homicidio en hechos ocurridos en la ciudad de Santa Marta.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásques Gaviria* 52

LA APLICACION DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 22 DE 1980 EN SU 2ª HIPOTESIS, NO ESTA SUBORDINADA A LA LIMITACION DE LA PENA MAXIMA IMPONIBLE, COMO LO ESTA EN SU 1ª HIPOTESIS. *La cesación de procedimiento, desvinculando al sindicato de un proceso cuando no existe ni la prueba mínima para una medida precautelativa, debe resolverse con más amplitud que cuando se trata de investigación en averiguación del sindicato, caso este último en el que, a diferencia del anterior, no puede ordenarse la cesación del procedimiento si la pena máxima señalada para el delito es o excede de ocho años.* Auto. 12 de marzo de 1982. *Se revoca* la providencia apelada del Tribunal Superior de Cúcuta y en su lugar decreta la cesación de procedimiento seguido contra el Juez Civil Municipal de Ocaña, Alberto Lailo Moreno, por el delito de abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 54

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. *Por regla general, los reos ausentes no son acreedores a este beneficio. En qué casos debe concederce el subrogado penal, cuando el delito ha sido cometido por un juez de la República.* Auto. 12 de marzo de 1982. *Se confirma* en todas sus partes la providencia del Tribunal Superior de Neiva en la cual se condenó a Luis Alberto Perdomo Gutiérrez, por los delitos de falsedad y concusión cuando se desempeñaba como Juez encargado de Tesalia, Huila.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 58

INFERIORIDAD DEL OFENDIDO. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION ESPECIFICAS SUPRIMIDAS POR EL JURADO DE CONCIENCIA. *Código Penal de 1936. Diferencias entre las circunstancias de agravación específica del homicidio contenida en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal y la genérica señalada en el numeral 7º del artículo 37 ibídem. Negada por el jurado una circunstancia del artículo 363 del Código Penal, no puede aplicarse como de mayor peligrosidad cuando entre una y otra hay identidad completa. La Corte reitera su doctrina.* Casación. 12 de marzo de 1982. *No*

Pág.

se casa la sentencia recurrida por el apoderado del procesado Iván de Jesús Guisao Gómez, condenado por el Tribunal Superior de Medellín como autor responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 61

DELITO DE REBELION. *Qué se entiende por combate para efecto de estructurar el delito de rebelión.* Auto. 12 de marzo de 1982. *Se dirime* el conflicto negativo de competencia suscitado en el proceso adelantado contra Ricardo López Hernández y otros por el supuesto delito de rebelión, ordenando se remita el proceso a la Brigada de Institutos Militares, para que continúe su tramitación y se envíe copia de este pronunciamiento al Comandante de la Décima Brigada.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 66

PRESCRIPCION DE DELITOS JUZGADOS EN CONCURSO. *En los delitos juzgados en concurso, la acción penal prescribe independientemente para cada uno de ellos, sin que se tenga en cuenta el incremento punitivo derivado del fenómeno concursal.* Auto. 13 de marzo de 1982. *Se confirma* la providencia consultada del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se declaró prescrita la acción penal y la cesación de todo procedimiento en favor de la doctora Hermelinda Castellanos Jutinico, ex Juez Civil Municipal de El Colegio.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 69

LA OPINION DEL JUEZ COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. *Cuando se alega impedimento por haberse emitido opinión respecto del fondo del asunto, es necesario que el funcionario precisa en qué consistió dicha opinión. No es suficiente que el juez o magistrado enuncie de modo genérico y abstracto la existencia de la causal sin concretar su alcance y contenido.* Auto. 18 de marzo de 1982. *No se acepta* el impedimento manifestado por el doctor Jaime Bernal Cuéllar, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, para conocer del proceso que se adelanta al doctor Jorge Eliécer Flórez Gacharná, por el supuesto delito de abuso de confianza.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 72

Pág.

COMPETENCIA EN EL CAMPO PENAL MILITAR. FACTORES QUE LA DETERMINAN. *La dependencia jerárquica es el factor predominante para el señalamiento de la competencia en el campo penal militar.* Auto. 18 de marzo de 1982. *Se dirime* el conflicto de competencia suscitado entre el Comando del Departamento de Policía Bolívar y el Comando del Departamento de Policía Sucre, para conocer del proceso seguido contra los agentes Daza Segundo Belisario, Córdoba Melo Luis Carmelo y Moncada Soto Alvaro, asignándole el conocimiento del asunto al Comandante del Departamento de Policía Sucre.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 74

CONCUSION. *Artículo 156 del Código Penal de 1936 y 140 del actual. El delito se consuma en el momento en que el agente realmente constriña o induzca a alguien a dar o prometer dinero o cualquiera otra utilidad al propio funcionario, o a un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan penetrado o no a la espera de disponibilidad del actor. Estudio del ingrediente subjetivo del tipo.* Auto. 22 de marzo de 1982. *Se confirma* la sentencia consultada del Tribunal Superior de Bogotá en virtud de la cual condenó al ex Juez Promiscuo Municipal de Tausa, señor Bonaerges Ramírez Castaño a 15 meses de prisión por el delito de concusión.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 76

DELITO DE RESPONSABILIDAD. *Para que pueda configurarse un delito de responsabilidad, es necesario que la acción delictiva se desarrolle, así sea en forma deficiente, en virtud de la función oficial.* Auto. 22 de marzo de 1982. La Corte declara que *no es competente* para conocer de este negocio contra el doctor Alvaro Murillo Gálvez, por la supuesta comisión de un delito "contra la inviolabilidad del domicilio" cometido cuando se desempeñaba como Intendente Nacional de Arauca.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez* Velásquez 78

EL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE HURTO. *La expresión "cosa mueble" que se emplea en la descripción del tipo penal que define el hurto, debe entenderse en sentido realis-*

Pág.

tico, sin que corresponda al concepto civilista, y comprende aún cosas que el derecho civil considera inmuebles por naturaleza o por incorporación cuando es posible la movilización material. Casación. 22 de marzo de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a los Cabos Segundos de la Policía: Julio Alfredo Niño González y Alfredo Pulido Pulido a la pena de 42 y 24 meses de prisión por los delitos de hurto y abandono del puesto el primero, y hurto el segundo.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 80

TECNICA EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *El recurso obedece a una lógica jurídica que exige que si se alegan causales excluyentes, por lo menos se haga siempre en la misma línea de la acusación o de la defensa, pero no combinándolas.* Casación. 23 de marzo de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Medellín que condenó a Heriberto Hincapié Alvarez a tres años de presidio por el delito de lesiones personales.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velázquez Gaviria* 84

ABUSO DE AUTORIDAD POR ABANDONO DEL EMPLEO. PECULADO Y FALSEDAD. *Artículo 178 del estatuto penal de 1936. No basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo. — La firma de la nómina cuando no se ha laborado, genera un concurso entre los tipos de falsedad y peculado.* Auto. 25 de marzo de 1982. *Se revoca* el auto recurrido del Tribunal Superior de Popayán, que condenó a Eduardo Lozano Rivera por el delito de abandono del empleo cometido en ejercicio del cargo de Juez Territorial de la Isla Gorgona y en su lugar lo sobresee definitivamente.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 89

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *Son procedentes en la etapa de indagación preliminar.* Auto. 25 de marzo de 1982. El doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, manifiesta impedimento de conocer del negocio en el cual es apoderado de los denunciantes el doctor Daniel Suárez Hernández, su amigo personal. *Se dirime* la cuestión en el sentido de impartir confirmación a la prodencia de la Sala Dual que rechazó el impedimento del Magistrado Rodríguez Vásquez en el presente caso.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 94

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. MOMENTO CONSUMATIVO. *Es un tipo penal de dos actos que requieren la concurrencia de dos hechos sucesivos diferentes: La falsificación del documento que ha de servir de prueba y su uso posterior. La infracción se consuma en el lugar donde se haga uso del medio probatorio falsificado.* Auto. 25 de marzo de 1982. *Se dirime* la colisión negativa de competencia negativa planteada en este asunto en el sentido de que el conocimiento para la investigación y fallo del proceso corresponden al Juzgado Segundo Superior de Buga y se enviará copia de esta decisión al Tercero Superior de Pereira.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 96

DOCUMENTOS PUBLICOS. *Conforme a nuestro sistema procesal todo documento que expide un funcionario en ejercicio de sus funciones, tiene naturaleza de público y por ende contra él sólo es viable la prueba que acredite la falsedad del documento mismo.* Sentencia. 25 de marzo de 1982. La Corte *revoca* la providencia consultada del Tribunal Superior de Barranquilla que absolvió al procesado Pablo Emilio Trujillo, ex Juez Segundo Penal Aduanero de esa ciudad, y en su lugar lo condena como autor penalmente responsable de los delitos de falsedad ideológica que le fueron imputados.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 97

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. *Violación indirecta de la ley por error de hecho o de derecho. La labor crítica tiene que ser completa y por ende el recurrente está en la obligación de destruir no solamente los elementos probatorios que sirvieron de base al fallo impugnado, sino también las probanzas desechadas, porque ellas podrían servir para fundamentar el respectivo fallo de sustitución.* Casación. 25 de marzo de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que impuso tres

Pág.

años de prisión a Fabio Roberto Walter Loaiza Mejía y a Marina Amparo Rodríguez García como infractores del Decreto 1188 de 1974 y mantuvo para éstos el subrogado de la condena condicional.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 103

NOTIFICACION DE PROVIDENCIAS JUDICIALES. *Las providencias no tienen una ejecución sectorizada; este término es común para todas las partes, y empieza a contarse una vez haya finalizado la labor de enterarlas del contenido de la decisión.* Casación. 25 de marzo de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que impuso tres años de prisión a Fabio Roberto Walter Loaiza Mejía y a María Amparo Rodríguez García como infractores del Decreto 1188 de 1974 y mantuvo para éstos el subrogado de la condena condicional.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 103

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. *Violación indirecta de la ley sustancial.* Casación. 26 de marzo de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Neiva, contra el condenado Edgar Fierro Córdoba, por delito de peculación.
Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 109

LIBERTAD CONDICIONAL. *No puede otorgarse en sede de casación. Valor de las certificaciones expedidas por las autoridades penitenciarias para efectos de la concesión de la libertad provicional, por pena cumplida.* Auto. 29 de marzo de 1982. La Corte *niega* la libertad solicitada por el procesado Daniel Duarte Cañizales.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 112

DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA DEL INDAGADO. *Contra el auto por medio del cual se dispone la libertad del indagado en el caso del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, no procede el recurso de apelación.* Auto. 1º de abril de 1982. La Corte *se abstiene* de conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Tribunal Superior de Popayán que se abstuvo de decretar la detención preventiva de la doctora Libia María Agredo Pérez, Juez Primero Penal del Circuito de esa ciudad por el presunto delito de prevaricato y detención arbitraria.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 114

Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 116

COLISION DE COMPETENCIAS. *Aplicación del Decreto 1923 de 1978 a particulares cuando se trata de infracciones contra la vida o la integridad personal de los funcionarios públicos, por razón de su investidura o por causa del ejercicio de sus funciones.* Auto. 1º de abril de 1982. *Se dirime* la colisión de competencias entre el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico de Buenaventura en el sentido de declarar que corresponde a este último el conocimiento del presente proceso que se sigue al particular Guillermo López Pai, sindicado de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 119

TECNICA DE CASACION. *Prosperidad en la causal 4ª No cabe nulidad, con fundamento en el artículo 210/5, del Código de Procedimiento Penal, cuando se imputa al procesado uno de los comportamientos alternativos que tipifican la infracción y luego se considera que es otro el que ha debido señalarse, pues en ninguno de esos eventos existe error en el "nomen juris" del delito decretar la nulidad, sin que exista en tal caso, conculca el debido proceso con ostensidad detrimente de la situación jurídica del inculpado.* Casación. 1º de abril de 1982. *Se casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín contra Martha Helena Ortiz, por los delitos de cohecho e infracción al Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 121

APLICACION DEL ARTICULO 320 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *La concreción de un criterio en la solución de un determinado asunto judicial, no se basa para la iniciación de un proceso penal, así resultó comprobado que quien lo emitió no acertó en su decisión.* Auto. 1º de abril de 1982. La Corte *se abstiene* de abrir investigación a los doctores Federico Barrios Ferrer y Absalón Lozano Asprilla, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, por no ser constitutivos de infracción los hechos denunciados.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 124

REVISION. *Siendo medio extraordinario de impugnación, al prosperar afecta la intangibilidad de la cosa juzgada.* Sentencia. 1º de abril de 1982. *Se niega* la revisión de este proceso adelantado por el Tribunal Superior de Villavicencio contra Antonio Garcés Gómez y condenado a 23 años de prisión por el delito de homicidio agravado.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* ... 126

REVISION CAUSAL 5ª DEL ARTICULO 584 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Existencia de elementos de convicción de innegable fuerza, suficientes por sí mismos, para ordenarla.* Sentencia. 15 de abril de 1982. *Se ordena* la revisión de la causa seguida contra Pedro Pablo Gómez Ayala y se ordena su libertad, mediante constitución de fianza por valor de cien mil pesos.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 129

PREVARICATO. *Para que se configuren son necesarios o que la decisión contraria a la ley se profiera "a sabiendas", si se aplica la ley penal anterior, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, si el aplicable es el nuevo Código Penal.* Auto. 15 de abril de 1982. La Corte *se abstiene* de iniciar sumario contra los doctores Simón Rodríguez, Aquilino Rodríguez P., Mercedes Salgado de Gutiérrez y Clara González de Berliza, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en relación con los cargos de prevaricato y concusión.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* ... 132

IMPEDIMENTOS. *La opinión que emita un funcionario sobre un asunto, debe ser concreta en relación con el hecho investigado, producirse por fuera del proceso y tener fuerza vinculante.* Auto. 15 de abril de 1982. La Corte *declara infundado* el impedimento manifestado por el Magistrado, doctor Marino Alberto Rodríguez para conocer del proceso contra el doctor Gabriel Parada Martínez, por el delito de prevaricato en su condición de Juez Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 137

REVISION. REQUISITOS DE LA CAUSAL 5º *Las pruebas que se aportan han de ser nuevas, concluyentes, referirse al hecho material de la investigación y tener entidad suficiente para establecer la inocencia o irresponsabilidad del injustamente condenado.* Sentencia. 15 de abril de 1982. *Se niega* la revisión de este proceso seguido contra Omar Torres Angulo y otros, a quienes el Tribunal Superior de Cali condenó a 16 meses de presidio como responsable del delito de utilización de documentos públicos falsos.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 139

LIBERTAD Y FRANQUICIA PREPARATORIA. *Son beneficios de índole administrativa, no jurisdiccional.* Auto. 27 de abril de 1982. *Se revoca* el auto apelado del Tribunal Superior de Ibagué que sobreseyó definitivamente en favor del doctor William Sanz Suárez, Juez Primero Penal del Circuito del Espinal y dispone que se reabra la investigación para que se practiquen nuevas diligencias.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 141

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LOS DELITOS DE PREVARICATO, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS. *En los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, el sujeto agente obra dentro de su competencia funcional, pero emite actos contrarios a la ley; en la usurpación de funciones públicas el sujeto activo, sea un particular o un empleado oficial, invaden la competencia funcional de un empleado oficial. El tipo penal que describe el abuso de autoridad es norma subsidiaria, porque sólo tiene aplicación cuando la conducta no se puede enmarcar dentro de la figura del prevaricato; en el abuso de autoridad no se requiere que el acto del funcionario sea manifiestamente contrario a la ley, como se exige en el prevaricato.* Sentencia. 22 de abril de 1982. *Se declara nulo* lo actuado en el proceso a partir del auto de 26 de febrero, por el cual se llamó a juicio al señor José Guillermo Castro, inclusive y ordenar que se reponga, a partir de entonces, el proceso.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 143

Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 148

Pág.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. *Debe decretarse cuando en la imposición de la sanción se violaron disposiciones que eran las aplicables, menoscabo del principio de la legalidad de las penas.* Casación. 27 de abril de 1982. *Se casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cali, que mediante sentencia condenó a Phanor Alfredo Peña y Humberto Valencia González a 20 años de prisión como responsables del delito de homicidio agravado, y en su lugar, por violación de los artículos 26 y 28 de la constitución política, devuelve el expediente al Tribunal de Cali para que proceda a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con las consideraciones anotadas.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 150

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Darío Velásquez Gaviria* ... 155

TECNICA DE CASACION. *Las actuaciones del Ministerio Público en sus diferentes grados o jerarquías constituyen un todo inescindible, en sede de casación, sólo cuando entre unos y otros existe armonía conceptual y no discrepancia ni disparidad de criterios, cuando se presentan aplicaciones, y no rectificaciones, cambios o transformaciones entre lo sostenido por unos y otros. Cuando se presenta disparidad de criterios entre el Fiscal recurrente y la Procuraduría General de la Nación, ésta no puede corregir, esto es, enmendar, rectificar, depurar, componer, transformar, cambiar, etc., la correspondiente demanda.* Casación. 27 de abril de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que absolvió a Ricardo Miller, Guillermo León Valencia Jaramillo, Orlando Cediel Ospina y Fernando Ospina Bernal, quienes habían sido condenados por el juzgado penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal a la pena de 42 meses de presidio como procesadores de cocaína.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 156

TECNICA DE CASACION. *Además de los requisitos formales de la demanda, por ser recurso eminentemente técnico, se requiere su idoneidad sustancial, esto es la viabilidad de su estudio.* Casación. 27 de abril de 1982. La Corte *declara desierto* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Benedicto López Galindo a la pena de ciento treinta y cuatro meses de prisión por los delitos de doble homicidio y lesiones personales.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* ... 159

TECNICA DE CASACION. *Las decisiones del jurado sólo requieren mayoría de votos.* Casación. 27 de abril de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual procesó a los procesados Hipólito y Luis Alfonso Moreno Mahecha a la pena principal de 18 años de presidio (hoy prisión), como responsables del delito de homicidio y tentativa de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 161

LIBERTAD DEL SINDICADO. *El juez debe disponer inmediatamente la libertad del sindicado, cuyo auto detentivo ha revocado en relación con el proceso al cual está ligado.* Auto. 27 de abril de 1982. *Se revoca* el auto apelado del Tribunal Superior de Ibagué que sobreseyó definitivamente en favor del doctor William Sanz Suárez, Juez Primero Penal del Circuito del Espinal y dispone que se reabra la investigación para que se practiquen nuevas diligencias.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 164

AUSENCIA DE VIOLACION A LA LEY PENAL. *Lo que la ley erige en delito es el ejercicio del mandato cuando, simultáneamente, se ejercen funciones judiciales y no el sólo hecho de recibirlo y no renunciarlo o sustituirlo oportunamente.* Auto. 29 de abril de 1982. *Se abstiene* de abrir investigación contra el doctor Carlos De Silvestri Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta y por consiguiente rechaza la constitución de parte civil presentada por el doctor Juan N. Payarse de la Hoz.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 167

CASACION. CAUSAL 1ª *Error de hecho consistente en la debida apreciación o en la falta de apreciación de determinadas pruebas.* Casación. 29 de abril de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Argemiro Sánchez Zuluaga a la pena

Pág.

de 6 años y 8 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y acceso carnal violento.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 170

TECNICA DE CASACION. CAUSAL 4ª NULIDAD DE LA SENTENCIA POR ERROR EN EL AUTO DE PROCEDER EN EL NOMBRE Y APELLIDO DEL RESPONSABLE Y POR VICIOS EN LA INTEGRACION DEL JURADO DE CONCIENCIA. Casación. 30 de abril de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se condenó a Omar de Jesús Ortiz Vélez a 17 años de prisión (hoy presidio), por el delito de homicidio agravado.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 174

TIPIFICACION DE LOS PUNIBLES. *Sentencia arbitraria. Prolongación indebida de la detención y abuso de autoridad. Captura y citación.* Auto. 4 de mayo de 1982. *Se confirma* el auto impugnado del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual se abstuvo de abrir investigación contra la doctora Caridad Eugenia González, Juez Segunda Penal Municipal de Barbosa (Antioquia), en razón de los cargos que por detención arbitraria, prevaricato y abuso de autoridad se le atribuyeron.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 179

NULIDADES CONSTITUCIONALES O SUPRALEGALES. *Deben configurarse ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No se requieren que sean resueltas en el mismo momento en que se aleguen, sino que la cuestión se debate sin previos traslados.* Casación. 4 de mayo de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Ana Tulia Castellanos de Obando a tres años de prisión como responsable de conservación de estupefacientes.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 184

CASACION. CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *No basta expresar en qué error incurrió el calificador, sino que se hace preciso demostrar, sin lugar a dudas, cuál debió ser la falta concreta deducible a cambio de la que se critica.* Casación 4 de mayo de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a Rosalba Cardona Franco a 60 meses de prisión por los delitos continuados de falsedad en documentos y peculado.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 187

CAMBIO DE RADICACION. *Si las pruebas aducidas por el peticionario para sustentar la petición, no producen la certeza sobre la existencia real de los factores de perturbación que alega, ni tampoco, respecto de la gravedad que las atribuya, debe rendirse concepto desfavorable.* Concepto. 4 de mayo de 1982. La Corte *rinde concepto desfavorable* al cambio de radicación solicitado por el abogado Adolfo Caicedo Yusti del proceso que se adelanta en Buga, por el delito de homicidio contra los procesados Harold González González y Gerardo Fernández González.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 190

PARTE CIVIL. *La legitimidad de la personería puede ser* ad causam *o* ad processum. *La primera es de carácter sustancial, porque se relaciona con la titularidad del derecho vulnerado y, la segunda, es de índole formal porque se refiere a la aptitud de auto-representarse o de representar a otro en el proceso respectivo.* Auto. 5 de mayo de 1982. La Corte *rechaza* la constitución de parte civil presentada por el doctor Alfonso Gómez Méndez en representación del doctor Felipe Salazar Santos.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 193

TECNICA DE CASACION. *Si el demandante no precisó la clase de error alegado, sino demostró la violación sustancial, si no estableció el nexo causal del pretendido error y la parte resolutiva del fallo, y si por último, acompañó pruebas para tratar de reforzar sus puntos de vista, cometió errores de técnica insalvables que excusan a la Corte de penetrar en la demanda.* Casación. 6. de mayo de 1982. *No se casa* la sentencia condenatoria.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 195

Pág.

ASOCIACION PARA DELINQUIR. CODIGO DE 1936. ESTATUTO DE SEGURIDAD (DECRETO 1923 DE 1978). CONCIERTO PARA DELINQUIR. NUEVO CODIGO PENAL (DECRETO 100/80). *Los mismos elementos confirman esta figura (Asociación), tanto en el anterior Código como en el estatuto de seguridad y en el nuevo ordenamiento (Concierto), pues si bien ha variado la descripción típica no ha desaparecido, como hecho punible, la conducta.* Casación. 6 de mayo de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Manuel Francisco Puentes Padilla, Manuel Bienvenido Mendoza Castro, Carlos Julio Ramírez Torres y William Mengual Carreño a la pena principal de 10 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 197

IMPEDIMENTOS. *El hecho de haber proferido la sentencia no sólo no impide al juez que la dictó resolver al insidente de liquidación materia de la condena, sino que es él mismo, por disposición expresa de esa norma, quien debe tramitarlo y resolverlo.* Auto. 6 de mayo de 1982. *Se declara infundado* el impedimento manifestado por el señor Magistrado Fabio Calderón Botero.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 202

SUSPENSION PROVISIONAL DEL CARGO POR FALTA COMETIDA AL TENOR DE LO NORMADO POR EL ARTICULO 199 DEL DECRETO 1660 DE 1978. *Si al Tribunal Superior de Aduana está asignada la competencia para imponer la sanción a jueces y empleados de su especialidad, obvio resulta que también tiene la facultad de suspender provisionalmente a todos aquellos que incurran en falta, dentro de los presupuestos de que trata el artículo 199 del decreto en cita.* Auto. 6 de mayo de 1982. *Se sobresee* definitivamente a los doctores José Evencio Posada Valbuena, Carmencita Londoño de Rojas, Carlos Julio Díaz Méndez, José de J. Villamizar Mendoza y Roberto Medina López, Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, porque la ley no considera como infracción penal el hecho por el cual se les denunció.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 203

APLICACION DE LA LEY RETROACTIVA Y ULTRAACTIVAMENTE. *Aún tratándose de leyes temporales, ha de reconocerse que cuando consagran soluciones más favorables que las previstas en la ley anterior o en la que regirá después de su fenecimiento, es razonable y justo que sus beneficios efectos se extienden tanto retroactiva como ultraactivamente.* Auto. 10 de mayo de 1982. *Se revoca* el sobreseimiento temporal dictado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en pro del Juez de Aduanas, doctor Policarpo Suárez Arenas y se dispone la cesación de todo procedimiento.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 209

LEY 22 DE 1980. *El término de dos años se debe empezar a contar a partir de la recepción de la primera indagatoria, aun cuando se reciban varias complicaciones.* Auto. 18 de mayo de 1982. *Se revoca* la providencia apelada del Tribunal Superior de Medellín, que negó la aplicación del artículo 5º, inciso 2º de la Ley 22 de 1980 a la doctora Gloria Inés Forero Quintero, y en su lugar se dispone cesar todo procedimiento en el presente proceso y archivar el expediente.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 213

Con salvamento de voto de los doctores *Alfonso Reyes Echandía* y *Dante L. Fiorillo Porras* 214

NULIDADES. *Término dentro del cual pueden alegarse algunas de ellas, so pena de quedar saneadas.* Casación. 18 de mayo de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva que condenó a 15 años de prisión a Rafael Hermida Ortiz, por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* ... 216

ERROR DE DERECHO EN CASACION. *Cuándo se presenta. Alcance del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.* Casación. 19 de mayo de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Oscar de Jesús Gaviria Roldán, José Helio Parra Vera, Angela María Marín García y Augusto Castro Zuluaga, como infractores del Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* ... 220

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. *Diferencias entre interés y parcialidad de los funcionarios.* Auto. 25 de mayo de 1982. *Se declara*

Pág.

infundada la recusación propuesta contra la doctora Beatriz Olave de Valencia, Magistrada del Tribunal Superior de Ibagué, para conocer del proceso que se ha venido adelantando contra Rubén Darío Restrepo y otro negocio por invasión.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 230

DESISTIMIENTO DE RECURSOS. *Es facultad discrecional de los interesados en el proceso, la de interponerse o no y, por tanto, la de sostenerlos o abandonarlos.* Casación. 25 de mayo de 1982. *Se admite el desistimiento* presentado por el sentenciado Carlos Arturo Martínez Pérez, se declara desierto el recurso de casación interpuesto por su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y dispone en consecuencia devolver los autos al Tribunal de origen.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 231

ESTABILIDAD DE LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS. *Estos empleados gozan de estabilidad y por consiguiente, no pueden ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo mediante sentencia, en causas disciplinarias.* Auto. *Se revoca* la providencia apelada del Tribunal Superior de Medellín, que se abstuvo de abrir investigación al doctor Bernardo Arroyave por un posible delito de abuso de autoridad como Juez Superior de Yarumal; ordena que por el Tribunal Superior de Medellín —Sala Penal—, se abra investigación en el presente caso.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 232

DELITO COMUN Y DELITO POLITICO. *Características específicas de cada uno de los delitos. Aspecto subjetivo del delito político. Objetivo final. Objetivo jurídico. Modo especial de ejecución.* Concepto. 26 de mayo de 1982. La Corte conceptúa desfavorablemente a la extradición del ciudadano italiano Leandro Barozzi.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 235

EJECUTORIA DEL AUTO QUE ABRE EL JUICIO A PRUEBAS. *No origina la anulación su inobservancia si se presenta claramente un fenómeno de convalidación, porque ninguno de los participantes en el proceso consideró desconocidos o diezmados sus derechos, ni cercenado el debido proceso.* Casación. 26 de mayo de 1982. *No se casa* el fallo del Tribunal Superior de Cali que impuso a Mauricio Herrera Peña, tres años de prisión por el delito de "tráfico de estupefacientes".

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 238

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 1ª. *Deficiencias técnicas de la demanda, no pueden alegarse simultáneamente errores de hecho y de derecho, sin discriminar la prueba en cada caso, sin indicar su incidencia en la sentencia impugnada y sin que su simple singularización dan clara idea sobre su existencia y consecuencia.* Casación. 27 de mayo de 1982. *No se casa* el fallo del Tribunal Superior de Ibagué que impuso dos años de prisión a Gloria Miryam Durán Ramírez y Carlos Eduardo Durán Ramírez, por el delito de falsedad en documentos.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 241

PREVARICATO. *Si el funcionario al aplicar el contenido obligacional del documento de recaudo ejecutivo, le atribuye tal valor que en estricto derecho no reúne, no por ello cabe colegir necesariamente punible contra la administración pública.* Auto. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Tunja, mayo 28 de 1982, que dispuso no abrir investigación penal contra la doctora Patricia Navarrete de Calderón, Juez Cuarto Civil Municipal de esa ciudad.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 244

EXTRADICION. *Para establecer el régimen jurídico que gobierna la concesión o negativa de una solicitud de extradición, hay que consultar los principios de la preexistencia de la ley y de la favorabilidad. Si existe tratado entre los Estados requirente y requerido, sus disposiciones prevalecen sobre las contenidas en las respectivas legislaciones ordinarias. La verdadera connotación jurídica de los términos "fugitivo" y "prófugo", insertos en el tratado que rige el presente caso, es la de sustraerse de la órbita de las autoridades que lo requieren. El requisito de la "doble incriminación" emana de los fundamentos filosóficos y jurídicos de la institución de la extradición. La conducta que fun-*

Pág.

damenta la petición de extradición debe estar descrita y sancionada como delitiva en la legislación de ambos estados, de tal forma que exista una equivalencia o similitud entre ellas, pero sin que tengan que ser tales que se traduzcan prácticamente en la igualdad. No es preciso hacer una total adecuación de los varios hechos atribuidos al extraditado respecto de los tipos penales de la legislación del Estado requerido; basta que alguno o algunos de ellos se adecuen a dispositivos del ordenamiento penal del país requerido. El error generado en el vacío de la información que se está obligando a suministrar constituyen una de las formas de estafa. Concepto. 28 de mayo de 1982. Por cuanto se reúnen los requisitos que para extraditar a una persona requerida consagran los convenios vigentes entre Colombia y los Estados Unidos de América, la Corte emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición del señor Edmond Jacoues Courtcis.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 247

CONEXIDAD. ELEMENTOS. PLURALIDAD DE DELITOS Y RELACIONES ENTRE ELLOS. *Nuestro ordenamiento penal no señala los casos de conexidad, como sí lo hacen otros ordenamientos, v. gr. el italiano. Esto significa que corresponde a la doctrina definir tales eventualidades como lo ha venido haciendo la llamada conexidad ''parátatica''.* Casación. 4 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual condenó a Aquilino Cendales Campuzano y a Jesús María Cendales Campuzano a la pena de 10 años de presidio, a Emilio Cendales Campuzano a 7 años, a María Elisa Niño Torres a 35 meses de presidio y a otros; a los tres primeros por el delito de robo y a otros más, por el delito de encubrimiento.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 269

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS. *La razón en este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio.* Auto. 8 de junio de 1982. La Corte *resuelve* llamar a responder en juicio criminal al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, del delito contra la administración pública denominado de las ''negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas'' cometido cuando se desempeñaba como como Gobernador del Departamento de Boyacá.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 279

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorrillo Porras* 289

CASACION. ARTICULO 580 CAUSAL 1ª. *Cuando se alega la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de ostensible error de derecho o de hecho, le corresponde al sensor señalar, en primer término, cuál precepto instrumental de carácter probatorio fue infringido para, a continuación demostrar en qué manera esa infracción llevó al quebranto de la norma sustancial. La Corte reitera su doctrina.* Casación. 8 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que condenó a Francisco Díaz Granados García, ex Notario Segundo del Círculo de Ciénaga (Magdalena), a la pena principal de 5 años de prisión por el delito de falsedad documental.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 294

IMPEDIMENTOS. *Resulta procesalmente irrelevante que el Juez o Magistrado o algún pariente suyo hayan tenido interés en el proceso, si han dejado de tenerlo, o que él mismo o su cónyuge sean parientes de quienes hayan sido apoderados o defensores de algunas de las partes, si ya éstos no lo son en el asunto.* Auto. 9 de junio de 1982. *Se dirime* la colisión de competencia negativa presentada entre la Juez Primera Penal del Circuito de Pamplona y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta y resuelve que el conocimiento de este negocio corresponde al primero de los nombrados, es decir, al Juzgado del Circuito de Pamplona.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 298

INEXISTENCIA DE CONEXIDAD. *Cuando los hechos productores de las posibles transgreciones legales que se le imputan a un procesado ocu-*

Pág.

rrieron en diferentes fechas, afectaron o beneficiaron a personas distintas, tuvieron diversas modalidades y poseen características propias que los individualizan y aislan, resulta imposible hallar en ellos la conexidad necesaria para investigarlos y fallarlos en un solo proceso. Auto. 9 de junio de 1982. La Corte *declara la nulidad* de todo lo actuado en este proceso contra la doctora Amira de los Angeles Montero Anzola, Juez Promiscuo Municipal de Cota, por transgreción del artículo 26 de la Constitución Nacional y ordena se rehaga el procedimiento, mediante separación de las 7 investigaciones que de la denuncia surgen.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 300

Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 302

CONSEJOS DE GUERRA ORDINARIO Y VERBAL. *El verbal tiene carácter exceptivo y extraordinario, siendo desfavorable al procesado en relación con el ordinario; en consecuencia, de ninguna manera podía retrotraerse la aplicación de aquel procedimiento a delitos militares cometidos antes de expedirse el Decreto legislativo 2260 de 1976, que dispuso el juzgamiento por consejos verbales. La Corte casa la sentencia y anula el procedimiento.* Casación. 9 de junio de 1982. La Corte *casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar contra el procesado Publio Emilio Martínez Leguízamo, y decreta la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, para que el procedimiento se reponga con arreglo a la ley.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 304

JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL. *Para que puedan ser juzgados de acuerdo con el Código Castrense, es necesario que el delito por el cual se les sindica haya sido cometido "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", como lo exige el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, que en esta materia modificó el 308 del Código de Justicia Penal Militar.* Auto. 9 de junio de 1982. *Se dirime* la colisión de competencias surgida entre el Comando de la Tercera Brigada con sede en Cali y el Comando del Departamento de Policía "Nariño", en torno al conocimiento de las presentes diligencias contra el agente Sigilfredo Montilla y resuelve de que el conocimiento de este asunto corresponde al Juzgado Superior (reparto) de Pasto, dando aviso de lo aquí a los Comandos de la Policía Nacional de Nariño y a la Tercera Brigada de Cali, como jueces de primera instancia, para los efectos pertinentes.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 308

Con salvamento de voto de los doctores Magistrados *Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía* y *Darío Velásquez Gaviria* 311

DERECHO DE DEFENSA. *Asistencia del sindicato por profesional del derecho. Excepciones.* Casación. 11 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó al procesado Arturo de Jesús García Jaramillo a 15 años y 6 meses de presidio (hoy prisión), por el delito de homicidio agravado.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 313

REVISION CAUSAL 5ª. *Este medio de impugnación busca corregir algunos errores judiciales de excepción, siendo estos los que consolidan una oposición o disparidad manifiestas, entre la verdad formal o verdad probada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció en la vida real o realidad histórica del hecho imputada.* Sentencia. 15 de junio de 1982. La Corte *niega* la revisión del proceso, propuesta por el apoderado de Juan de la Cruz Fuentes, que se reexamina en el proceso en el cual fue condenado por el Tribunal Superior de San Gil a 17 años y 6 meses de presidio por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 318

Con aclaración de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 320

JURADO DE CONCIENCIA. *La ley no exige título profesional ni especialización en los asuntos que atañen al debate, a quienes deben intervenir como jueces de conciencia. Reemplazo de un jurado contra quien existe auto de detención.* Casación. 15 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cali que condenó a Nidia Prieto a la pena principal

Pág.

de 8 años de prisión como autora del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 323

VALOR PROBATORIO DE LA PARTIDA DE ORIGEN ECLESIASTICO. *En asunto penal, la convicción plena del juzgador no sólo de la que la ley reconoce como prueba plena, sino de la concurrencia de todo el acervo probatorio, como lo preveen los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Penal.* Casación. 16 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia recurrida por Luis Arturo Balcázar P., condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga a 30 meses de prisión, como autor responsable de un delito de violencia carnal.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* ... 329

USURPACION DE FUNCIONES. *Cuando la conducta juzgada traspasa los ámbitos de la propia competencia, para entrar en la de otra autoridad, esto es, no se limita a un simple exceso de las propias funciones, sino a la asunción de las que corresponden a otro órgano del Estado, se está frente al ilícito que se menciona.* Auto. 16 de junio de 1982. La Corte *resuelve* llamar a juicio por el delito de "usurpación de funciones" al señor Guillermo Castro Castro, Gobernador del Departamento del Cesar, ordena su detención provisional, quien sin embargo, tiene derecho a seguir gozando de libertad sin presta causión prendaria de $ 500.00 y firma la correspondiente diligencia, para lo cual se comisiona al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 332

Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 332

IMPEDIMENTOS. AMISTAD INTIMA. *No es cualquier efecto, es algo más profundo, algo de donde surge una comunidad de sentimientos y de ideas.* Auto. 22 de junio de 1982. La Corte *declara infundado* el impedimento manifestado por el doctor Eduardo Torres E., en su condición de Procurador Tercero Delegado Penal para intervenir en el recurso de hecho propuesto por el doctor Alejandro Vanegas Gil, para que se conceda el recurso de casación contra la providencia que condenó al señor Abel Carrasco Amaya, del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 337

CASACION. CAUSAL 4ª ALEGADA CON BASE EN LA VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. *La violación de los grados probatorios que se requieren para dictar determinadas providencias (auto de detención, auto de proceder y sentencia), configuran un error* in judicando *y jamás un error* in procedendo. Casación. 22 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de San Gil que condenó a Silvestre Barbosa Barrera a la pena principal de 8 años de prisión por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 338

DELITO DE ESTAFA, ORIGINADO EN UN CONTRATO. BUENA FE QUE DEBE ASISTIR A LOS INTERVINIENTES. *La violación del equilibrio que debe haber entre las partes en el contrato, tiene que proyectarse, cuando adquiere contornos de lesión a los intereses colectivos, sobre el plano del derecho penal, para que sean sancionados los abusos unilaterales de una de ellas sobre la otra.* Casación. 23 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Jorge Emilio López García y a Beatriz Muñoz de López a la pena de 18 y 10 meses de prisión como responsables del delito de estafa.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 341

LA DENUNCIA. *Esta pieza acusatoria debe presentarse con el lleno de determinadas formalidades.* Auto. 23 de junio de 1982. La Corte *se abstiene* de abrir investigación por no haberse dado cumplimiento en la denuncia y su presentación a lo exigido por el artículo 14 del estatuto procesal penal, por hechos denunciados por el ciudadano Efraín Gutiérrez Aroca.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* ... 348

PROVISION DE CARGOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. *Los cargos de la Rama Jurisdiccional son de aquellos que las autoridades pueden proveer libremente en cuanto se cum-*

Pág.

plan para los nombramientos los requisitos que las mismas leyes exigen. Auto. 23 de junio de 1982. *No se repone* la providencia recurrida de la Sala Penal de la Corte, que se abstuvo de abrir investigación penal contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, acusados por el señor Luis Carlos Campos Casas por el presunto delito de prevaricato.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 350

IMPEDIMENTOS. NUMERAL 1º, ARTICULO 78 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Sólo en la medida en que la circunstancia alegada se enmarque objetivamente en una de las causales definidas por la ley y su estudio arroja la convicción de que el ánimo del juzgador puede llegarse a ver comprometida en su equilibrio y serenidad frente a los posibles resultados de la determinación que va a tomar, procederá la aceptación del impedimento.* Auto. 24 de junio de 1982. *No se acepta* el impedimento manifestado por el Magistrado, doctor Dante L. Fiorillo Porras, para concurrir a tomar la decisión que habrá de adoptarse con fundamentos en la ponencia sometida a consideración de la Sala, originada en memorial, denuncia de la señora Consuelo Araújo de Molina contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta, Contralor de la República.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 352

ARTICULO 467 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *En qué consiste la sindicación por delitos intencionales que prohíbe conocer la excarcelación.* Auto. 24 de junio de 1982. La Corte *confirma* el auto del Tribunal Superior de Quibdó que revocó el auto de beneficio de libertad condicional de que venía disfrutando el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 354

PECULADO. *Objeto material.* Casación. 24 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar, mediante la cual condenó a Danilo Salcedo Flórez a 5 años de presidio (hoy prisión), al hallarlo autor responsable de los delitos de peculado, empleo ilegal de objetos explosivos y daño en cosa ajena.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 357

Pág.

Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 364

EMPLEO INDEBIDO DE OBJETOS EXPLOSIVOS. *Artículos 261 del Código Penal anterior y 198 del ahora vigente. Daño en cosa ajena, según los artículos 426 de la anterior codificación y 370 del nuevo estatuto. Sigue siendo de peligro el delito de utilización de sustancias explosivas, inflamables, tóxicas o corrosivas, con el cual se tiende a proteger la seguridad colectiva y continúa siendo de resultado el delito de daño en cosa ajena, con el cual se ampara el patrimonio económico, de donde se deduce que el perjuicio real o material, consecuencia de la utilización de las sustancias peligrosas, no es elemento del tipo penal contenido en el artículo 198.* Casación. 24 de junio de 1982. *No se casa* la sentencia impugnada del Tribunal Superior Militar que condenó a Danilo Salcedo Flórez a la pena principal de 5 años de presidio (hoy prisión), como responsable de los delitos de peculado y empleo ilegal de objetos explosivos.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 357

Con salvamento de voto del doctor *Alfonso Reyes Echandía* 364

PRESCRIPCION. *Se aplica la ley preexistente si el término de la prescripción en ella es menor que el establecido en la ley posterior, aunque el fenómeno se cumpla en vigencia de ésta.* Auto. 28 de junio de 1982. La Corte *confirma* el auto de proceder apelado en lo referente al delito de falsedad en documentos, por lo cual fue condenado por el Tribunal de Villavicencio, Tomás Armando Ochoa Guerrero y se *revoca* en lo que dice relación con el delito de concusión, y en su lugar declara prescrita la acción penal respecto de este ilícito.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 365

Con salvamento de voto de los doctores *Alfonso Reyes Echandía* y *Darío Velásquez Gaviria* .. 368

SECUESTRO. ARTICULO 1º DECRETO NUMERO 1923 DE 1978. SECUESTRO EXTORSIVO. ARTICULO 268, NUEVO CODIGO PENAL. *Toda ley que regule más favorablemente una materia, prima sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultraactiva.* Casación. 6 de julio de 1982. La Corte por providencia de la fecha *casa la sentencia*

Pág.

recurrida del Tribunal Superior Militar y en su lugar condena a Isidro Rodríguez González a la pena principal de 10 años de prisión, como coautor del delito de secuestro.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 371

Con salvamento de voto de los doctores *Luis Enrique Romero Soto, Fabio Calderón Botero y Dante L. Fiorillo Porras* 376

IMPEDIMENTOS. *Los autores suelen agrupar en cuatro grandes categorías los motivos que el legislador, en este tema, consagra en varios apartes. Ellas son: el amor, la enemistad, el interés y el orgullo.* Auto. 6 de julio de 1982. *Se declara infundado* el impedimento manifestado por el Magistrado Fernando Arrieta Charry, del Tribunal Superior de Santa Marta.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 380

Con aclaración de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* y salvamento de voto de los doctores *Alvaro Luna Gómez* y *Fabio Calderón Botero* 381

DECRETO 1188 DE 1974, ARTICULO 38. *Cuando la cantidad de droga se considera dosis personal y cuando, la misma cantidad implica, de suyo, comercio o tráfico de estupefacientes.* Casación. 13 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Medellín, que impuso a Rosalba Hernández Herrera la pena de 36 meses de prisión como infractora del Decreto número 1188/74.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 383

DERECHO DE DEFENSA. *En el ejercicio de una defensa pueden existir caminos para salvar al procesado de una condena y existir muchos más para morigerar su situación jurídica.* Casación. 13 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Medellín, que impuso a Rosalba Hernández Herrera la pena de 36 meses de prisión como infractora del Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 383

TECNICA DE CASACION. ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, CAUSAL 1ª *Cuando se invoca el cuerpo primero del numeral primero del artículo en cita, debe aceptarse la valoración probatoria señalada en la sentencia.* Casación. 14 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Oscar Mario Villegas a la pena principal de 18 años de prisión por los delitos de homicidio y robo agravado.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 387

DERECHO DE DEFENSA. *La forma como se ejerce el derecho de defensa en las diversas etapas del proceso es compleja y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados.* Casación. 14 de julio de 1982 . *No se casa* el fallo emitido por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Oscar Mario Villegas por el delito de homicidio agravado y robo.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 392

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. PARTE NO RECURRENTE. No obstante no haber recurrido, las partes que están en esta situación tienen derecho a hacerse oír (Art. 578 del C. de P. P.), mas no con la misma amplitud de las partes recurrentes. Casación. 15 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Gonzalo González Figueros, Tulio Enrique López, Oscar Hernán Pabón y a Gerardo Albán Agredo a 4 años de prisión por los delitos de peculado y falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 397

PECULADO. *No sólo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado pueden cometer delito de peculado, sino las que lo reciben en consideración a sus funciones.* Casación. 15 de julio de 1982. *No se casa la* providencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Gonzalo González Figueros, Tulio Enrique López, Oscar Hernán Pabón y Gerardo Albán Agredo a la pena de 4 años de prisión por el delito de peculado.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 397

Pág.

REDACCION DE PROVIDENCIAS. AUSENCIA DE RITUALIDADES. ACTA DE LA AUDIENCIA PUBLICA. FALTA DE LA FIRMA DEL JUEZ. Casación. 15 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Gonzalo González Figueros, Tulio Enrique López, Oscar Hernán Pabón y Gerardo Albán Agredo a prisión por 4 años por los delitos de peculado y falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 397

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. ARTICULO 39 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DECRETO NUMERO 196 DE 1971 SOBRE ETICA PROFESIONAL. *La Corte se ha pronunciado en el sentido de afirmar que esas normas no se excluyen entre sí.* Auto. 15 de julio de 1982. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Neiva que se abstuvo de abrir proceso penal contra la doctora Herminia Calderón Horta, Juez Laboral, por el posible delito de abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 407

ERROR RELATIVO AL NOMBRE Y APELLIDO DEL PROCESADO. *El error en la denominación del sujeto activo del delito debe ser de tal naturaleza y magnitud en la sentencia, que, en verdad, no pueda la persona que ha sido sindicada y condenada reconocerse como aquélla a quien ha sido impuesta la sanción.* Casación. 15 de julio de 1982. *Se declara inadmisible* el recurso de casación interpuesto por el defensor de Julio Hernando Alvarez de Castro.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 409

RECURSO DE CASACION. DEMANDA. *Además de los requisitos formales de la demanda, por tratarse de un recurso eminentemente técnico, se requiere su idoneidad sustancial, esto es, la viabilidad de su estudio.* Casación. 22 de julio de 1982. *Se declara desierto* el recurso de casación por el abogado de oficio de los condenados Luis Eduardo Herrera y José Francisco Olaya Alvarado, a quienes se les siguió juicio por el delito de concusión.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 416

Pág.

REFORMATIO IN PEJUS. No existe prohibición de la reformatio in pejus *en el procedimiento penal colombiano, salvo el caso del artículo 589.* Auto. 22 de julio de 1982. La Corte *se abstiene* de iniciar sumario contra los doctores Joselín Gómez Medina y María Teresa Gómez de Castellanos, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 419

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO DE CONCIENCIA. *Contenido del artículo 483,* ibidem. Casación. 22 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a 9 años de prisión a Helio Fabio Ramírez Nagles, por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 422

VERSION LIBRE Y ESPONTANEA DEL IMPUTADO ANTE LA POLICIA JUDICIAL. *No es requisito de validez de tal diligencia la intervención del apoderado.* Casación. 23 de julio de 1982. *No se casa* la del Tribunal Superior de Cali contra Helmer de Jesús Villegas y Alfonso Villegas Alzate, como responsables de homicidio agravado y hurto.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 425

ARTICULO 411 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Esta norma es rotunda en sus términos y su cumplimiento no admite dilación.* Casación. 23 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Pasto que condenó a Marino Antonio Mueses Pantoja que fue condenado por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 428

Con aclaración de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 441

REQUISITOS PARA LA VADIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO DEL REO PARA INDAGATORIA Y PARA EL JUICIO. DIFERENCIA ENTRE NOTIFICACION INDEBIDA Y FALTA DE NOTIFICACION. Casación. 26 de julio de 1982. *Se casa parcialmente* la

Pág.

sentencia recurrida, decreta la nulidad de lo actuado respecto del procesado Antonio Ortiz Vanegas y ordena la reposición del procedimiento con sujeción a las formas propias del juicio.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 442

FINES PROPUESTOS POR LOS ARTICULOS 384 Y 426 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Con el primero se quiere evitar que se adelante una investigación penal a espaldas del imputado; la finalidad del artículo 426 es, en cambio, la de garantizar con la captura del imputado no sólo la práctica de la diligencia de indagatoria sino su presencia física en el desarrollo de la investigación y la facilidad para hacer efectivo un eventual auto de detención.* Casación. 27 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Alfonso González Silva y a Ma. Elsa Tovar Burgos por el delito de estafa.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 447

INDICIOS. DEFINICION. CLASIFICACION. *Tal instrumento conceptual le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan.* Casación. 27 de julio de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Alfonso González Silva y a Ma. Elsa Tovar Burgos por el delito de estafa.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 447

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. REQUISITOS. *No puede proferirse con pruebas incompletas, sino con la que establezca plenamente la comprobación o demostración de uno cualquiera de los eventos que permite su declaración judicial (Art. 491 del C. de P. P.).* Auto. 29 de julio de 1982. La Corte *revoca* el auto consultado y en su lugar sobresee temporalmente a favor de Julio Enrique Barriga Garzón, reabre la investigación y ordena la práctica de pruebas.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 454

ERROR EN EL AUTO DE PROCEDER. VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO UNICO. Casación. 29 de julio de 1982. *No se casa* la

Pág.

providencia del Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Pedro Enrique Mayorga Castro a la pena principal de 24 meses de prisión por el delito de acceso carnal violento.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 457

NULIDAD CONSTITUCIONAL. VIOLACION DEL ARTICULO 121 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *No debe confundirse el derecho del procesado a designar apoderado y defensor y a que no sean cambiados sin su consentimiento, con derecho de tener defensa durante el tiempo que se ejercita, por el Estado, la acción penal, pues es a éste y no a aquél a que se refiere la Carta Política. Ciertamente constituye irregularidad, que no debe cometerse, que el defensor que no tiene facultad para sustituir lo haga, pero si se presenta esta situación, no constituye nulidad constitucional ni siquiera procesal.* Casación. 3 de agosto de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Raúl Eduardo Domínguez Quintero y a Víctor Manuel Bernal Quintero a la pena principal de 90 meses de prisión por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 462

Con salvamento de voto de los doctores *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras y Alvaro Luna Gómez* 465

CASACION. CAUSAL 4ª NULIDAD. *La competencia cuando se trata de juzgar a miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional, la da la vinculación que a estas entidades tiene el agente del ilícito en el momento de cometerlo, no su suerte posterior.* Casación. 3 de agosto de 1982. No *se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Agente de la Policía Pablo Alfonso Olaya Palacios como autor del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 468

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Alvaro Luna Gómez* y *Dante L. Fiorillo P.* 472

DOLO EVENTUAL. CULPA CON PREVISION. *En tanto que en la culpa con previsión, llamada también imprudencia, el agente espera evitar el resultado, o por lo menos, confía en*

Pág.

que éste no se produzca, para el que obra con dolo eventual, le es indiferente que el resultado se produzca o no. O, mejor aún, asume el riesgo de que haya un resultado lesivo, que él ya sabe cuál puede ser. Casación. 3 de agosto de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Agente de la Policía Pablo Alfonso Olaya Palacios por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 474

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía Alvaro Luna Gómez y Dante L. Fiorillo Porras.* 478

RECONOCIMIENTO DE UNA ATENUACION DE LA RESPONSABILIDAD. En aquellos casos que se juzga con intervención de jurados o vocales, debe ser reconocida por éstos el veredicto. Casación. 3 de agosto de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Agente de la Policía Pablo Alfonso Olaya Palacios por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 474

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Alvaro Luna Gómez* y *Dante L. Fiorillo Porras.* 478

COHECHO. *Para que se configure la infracción es indispensable que la dádiva tenga la virtualidad de mover la voluntad del funcionario hacia la realización de un acto que está en condiciones de poder efectuar por hallarse en ejercicio del cargo.* Auto. 3 de agosto de 1982. *Se abstiene* de abrir investigación contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta, Contralor General de la República, en relación con los cargos atribuidos a dicho funcionario.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 480

PRESCRIPCION DE LA LEY PENAL. LEY APLICABLE. *Como la prescripción es fenómeno jurídico dependiente de la sanción, el tiempo requerido para que se produzca es el señalado en la ley vigente, a tiempo de la comisión del hecho, salvo que la nueva señale una más favorable.* Auto. 3 de agosto de 1983. *Se abstiene* de abrir investigación contra el doctor Aníbal Martínez Zuleta, Contralor General de la República, en relación con los cargos atribuidos a dicho funcionario.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 480

Con aclaración de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* y salvamento de voto de los doctores *Alfonso Reyes Echandía* y *Darío Velásquez Gaviria* 486

ABUSO DE CONFIANZA. *Tiene por lugar de consumación, aquél en que se dispone o se haga indebido uso de la cosa confiada.* Auto. 12 de agosto de 1982. *Se dirime* el conflicto de competencias surgido entre los Jueces Segundo y Tercero Penal de los Circuitos de Popayán y Buga, respectivamente, para conocer del sumario que se adelanta contra Marco Tulio Velásquez y dispone se envíen los autos al de Popayán.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 490

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO CON APOSICION DE SELLOS FALSOS. *Se alteró la verdad y se afectó, por lo mismo, la fe pública al dar vida dentro del mundo a unas resoluciones con todas las características de documentos públicos, en apariencia emanadas de la autoridad oficial que podía expedirlas, y con relevancia jurídica y capacidad probatoria. La aposición de sellos falsos, hecha con la única finalidad de hacer pasar como verdaderas las resoluciones totalmente falsas, constituye un solo delito, agotado en cada una de ellas y, por lo tanto, concurso material entre ellos y también con los correspondientes contra el patrimonio económico.* Casación. 12 de agosto de 1982. *Se casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cali que condenó a Luis Alfonso Rodríguez García, y declara la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder inclusive y ordena se envíe el expediente al Tribunal de origen para que proceda de conformidad.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 491

Con salvamento de voto de los doctores *Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez* y *Luis Enrique Romero Soto* 496

ABOGADO SUSTITUTO. FACULTADES. *La sustitución opera de modo absoluto, vale decir, el sustituto entra a reemplazar al sustituyente respondiendo por sus propias actuaciones, no por las de éste, del mismo modo que el segundo tampoco responde por las del primero. Para que*

Pág.

ello fuera así se necesitaría una norma legal que lo dijera, la cual no existe en el ordenamiento procesal penal. Auto. 17 de agosto de 1982. *Se declara infundado* el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta, doctor Fabio Peñaranda Ortega para conocer del negocio seguido contra el doctor Germán Riveros Rodríguez, Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 498

PREVARICATO. *Elemento objetivo y subjetivo. Si falta el elemento subjetivo, se desintegra la figura delictiva.* Auto. 17 de agosto de 1982. *Se revoca* el auto del Tribunal Superior de Bogotá que llamó a responder en juicio al doctor Gabriel Parada Martínez por el delito de prevaricato, por hechos ocurridos cuando ejercía las funciones de Juez Quince Civil del Circuito de esta ciudad. En su lugar, la Corte sobresee definitivamente.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 500

RECEPCION DE INDAGATORIA A PERSONAS AUSENTES DEL PAIS. *La ley de procedimiento penal colombiano resguarda el ejercicio de esta función, en tal forma, que la adscribe siempre a los organismos judiciales, sin que sea dable llevarla, aun en casos de excepción a los funcionarios consulares del país. A los fines del proceso es igual la situación de persona ausente del país, cuando se niega a regresar a él, para atender las solicitudes de los jueces, que la de quien, estando en territorio patrio, rehusa presentarse ante ellos: a uno y otro no se les encuentra y esto último es más concepto jurídico que noción física o material.* Auto. 18 de agosto de 1982. *No se repone* el el auto de cierre de investigación en el proceso adelantado al doctor Gilberto Cruz Villegas, ex Gobernador del Departamento del Cauca.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 514

Adición de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 516

COMPETENCIA. *El juez no deja de ser competente porque adelante el proceso luego de hallarse prescrita la acción penal, ya que de todos modos es el señalado por la ley para conocer de él; la causal de nulidad contenida en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal sólo se refiere al juez que está usurpando la competencia que se le ha conferido a otro.* Casación. 29 de agosto de 1982. *No se casa* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Carlos Eduardo Márquez Avellaneda por el delito de estafa.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 517

Con aclaración de voto de los doctores *Dante L. Fiorillo Porras* y *Pedro Elías Serrano Abadía* 521

CONCURSO DELICTUAL EN EL CODIGO PENAL DE 1936 Y EN EL ESTATUTO VIGENTE, LIBERTAD PROVISIONAL CON BASE EN LA LEY 37 DE 1981. *No puede hacerse una combinación de los dos códigos para aplicar respecto de cada delito, por separado, el que resulte más benéfico, pues se trata en este caso de una institución de carácter jurídico, como es la del concurso delictual, a la que debe aplicarse bien el uno o el otro estatuto penal, en su integridad, no una mezcla de ambos, ya que ella se rige, entre otros factores, por el de la gravedad de los reatos concursantes y esa gravedad tiene que ser la que les asigna el respectivo código, de acuerdo con los principios y pautas que orientaron en él la fijación de la punibilidad respecto de todos los delitos. Cuando no se dan los requisitos exigidos por la Ley 37 de 1981 para la procedencia de la solicitud de amnistía (Arts. 2º y 11) no puede ordenarse, por lo mismo, la libertad provisional de los condenados.* Auto. 24 de agosto de 1982. La Corte *niega* la libertad a la procesada por el Tribunal Superior Militar, Mariana Amaya Rey y condenada por el delito de rebelión.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 523

Con salvamento de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* y aclaración de voto del doctor *Alvaro Luna Gómez* 525

IMPEDIMENTOS. *Deben estar apoyados en algún sutento probatorio de naturaleza atendible.* Auto. 26 de agosto de 1982. *No se acepta* el impedimento manifestado por el doctor Guillermo Rojas Gómez, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, para conocer del proceso que se adelanta contra Nelson Carvajal Hernández por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 530

Pág.

CASACION. CAUSAL 4ª NULIDAD DE ORDEN CONSTITUCIONAL POR VIOLACION DE LA ESTRUCTURA BASICA DEL PROCESO. *El legislador quiso que los hechos sometidos a consideración de los jueces de conciencia no se les diera denominación jurídica, precisamente porque ellos deciden sobre aspectos fácticos, no jurídicos; pero si aparecen completamente reseñados en los cuestionarios ningún condicionamiento especial ni limitación alguna implica la circunstancia, innecesaria, de que se les dé denominación jurídica.* Casación. 26 de agosto de 1982. *No se casa* el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Aníbal Barrera Aiango por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 532

CASACION. CAUSAL 1ª VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. DAÑO MORAL OBJETIVO. *Es el que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización. Por eso se ha llegado a denominar* "Pretium doloris" *a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Cómo se determinan y a quiénes comprende el tope legal de los mil gramos de oro. Antecedentes históricos.* Casación. 26 de agosto de 1982. *No se casa* la providencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Aníbal Barrera Arango por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 532

IMPEDIMENTOS. *Artículo 78, numeral 7º del Código de Procedimiento Penal. La ampliación rentes las providencias, aquélla en la que no evento en el que, aun siendo formalmente diferentes las providencias, aquélla en la que no intervino el Magistrado, es, no obstante, materialmente igual, por no haberse practicado ninguna otra prueba entre una y otras. Se reitera esta doctrina.* Auto. 26 de agosto de 1982. La Corte *declara infundado* el impedimento manifestado por la doctora Gloria Flórez de Sabogal, Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 541

TECNICA DE CASACION. ARTICULO 580-4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. NULIDAD LEGAL POR ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. *Cuando se aduce que el fallador, al calificar el mérito del sumario, equivocó el* nomen iuris *de la infracción, hay que probar estos dos aspectos: primero, que el delito por el cual se llamó a juicio no se tipifica; y, segundo, que es otro muy distinto el que se da de manera inequívoca. Si no se concreta probatoriamente el cargo y de paso se incurre en grave equivocación, la demanda no tiene base jurídica.* Casación. 26 de agosto de 1982. *No se casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Rosalba Velandia de González por el delito de abuso de confianza.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 543

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. *Varios son los factores que deben analizarse antes de entrar a ordenar una tramitación definitiva y de llegar el momento de proferir la sentencia. Tiene que estudiarse si la sentencia es de aquéllas sujetas a tal recurso (C. de P. P., Art. 569; la cuantía, cuando el recurso verse sobre indemnización de perjuicios (id. 572) y si él se interpuso oportunamente o no.* Auto. 26 de agosto de 1982. *No se repone* el auto de julio del presente año, por medio del cual se declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Julio Hernández Alvarez de Castro contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 546

NULIDAD POR FALTA DE APODERADO EN EL SUMARIO. *El apoderado del procesado, rendida la indagatoria, queda vinculado como tal a todo el desarrollo del sumario, a menos que se produzca su sustitución. Constituye exageración procedimental y apreciación rigorista, ajenas a las prescripciones de la ley, estimar como obligación del juez la de señalar al procesado que debe nombrar apoderado para la indagatoria y otro para intervenir en el desarrollo del sumario.* Auto. 27 de agosto de 1982. *No se repone* el auto de 8 de junio del año en curso mediante el cual llamó a juicio por el delito de "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, ex Gobernador del Departamento de Boyacá.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 548

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 562

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS. *Cuando se trata de impedir un interés, un beneficio directo o indirecto en operación que debe ejercer un empleado oficial por razón de su cargo, ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia se interesan por su cuantificación.* Auto. 27 de agosto de 1982. La Corte *no repone* su auto de 8 de junio del año en curso, mediante el cual se llamó a responder en juicio por el delito de "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas" al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, ex Gobernador del Departamento de Boyacá.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 548

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 562

IMPEDIMENTOS. *El funcionario que dicta el auto de proceder no puede aducir como motivo de impedimento para dictar la sentencia correspondiente, el haber comprometido su criterio en el auto calificatorio, ya que en él precisamente se concretan los cargos al procesado y se le deduce una posible responsabilidad en la comisión de los mismos, en tanto que en la sentencia la prueba debe ser analizada en forma más profunda y, por tanto, sin que al hacerlo, el funcionario esté obligado a su anterior opinión. Menos aún puede aducirlo cuando se trata de revisar la sentencia proferida por quien lo reemplazó en el juzgado de primera instancia.* Auto. 31 de agosto de 1982. *Se declara infundado* el impedimento de la doctora Beatriz Castaño de López, Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, por haber dictado el auto de proceder en el Juzgado Quince Superior contra los encausados Félix Antonio Camacho Gómez y Samuel Salinas.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 563

CASACION. CAUSAL 4ª INTERPRETACION HISTORICA DEL VEREDICTO. *Dónde debe buscarse el fundamento. Cuando el veredicto es completo no cabe aclaración alguna.* Casación. 14 de septiembre de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Luis Antonio Bayona Rey por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 565

DEFENSA ADECUADA. *La abundancia de alegación no siempre es mejor que un planteamiento claro, breve, sólido de los aspectos favorables del caso.* Casación. 15 de septiembre de 1982. *No se casa* la providencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Gabriel Sánchez a 20 años de prisión por el delito de homicidio agravado.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 568

IMPEDIMENTOS. (CAUSAL 7ª DEL ARTICULO 78 DEL C. DE P. P.). *Por cuanto la revisión no es una instancia superior a la casación, para que los Magistrados puedan alegar esta causal debe haber identidad de materias entre lo planteado y resuelto por ellos al desatar el recurso extraordinario de la revisión. Si no se da esta identidad, el impedimento es infundado. Se reitera reciente doctrina de la Sala.* Auto. 15 de septiembre de 1982. La Corte *no acepta* el impedimento manifestado por el doctor Alvaro Luna Gómez para intervenir en el recurso de revisión interpuesto en el proceso penal que culminó con sentencia condenatoria contra Francisco Marino Sanjuán.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 573

Con salvamento de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* y aclaración de voto de los doctores *Pedro Elías Serrano Abadía* y *Fabio Calderón Botero* ... 575

RECURSO DE REVISION. RECURSO DE CASACION. CARACTERISTICAS. Auto. 15 de septiembre de 1982. *No se acepta* el impedimento manifestado por el doctor Luna Gómez, Magistrado de la Corporación, para intervenir en el recurso de revisión interpuesto en el proceso penal que culminó con sentencia condenatoria contra Francisco Marino Sanjuán.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 573

Con aclaración de voto de los doctores *Fabio Calderón Botero* y *Pedro Elías Serrano Abadía* y salvamento de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 575

Pág.

CONFESION Y CUERPO DEL DELITO. *Nuestro sistema procedimental exige que se compruebe la veracidad de la confesión, entre otros requisitos, subordinando su valor a "que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito", pero para llenar este requisito no prescribe especiales elementos de comprobación ni se agudiza el grado de conocimiento y demostración que al respecto debe obrar: su prueba puede surgir de la evidencia misma del hecho delictuoso.* Casación. 20 de septiembre de 1982. *Se casa parcialmente* el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Montería *y condena* a Luis Manuel Romero Ríos a 28 meses de prisión, igualmente a pago de perjuicios y prestará una caución prendaria de cinco mil pesos y se dará cumplimiento a lo ordenado en el artículo 43 del Código Penal.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 578

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. *Estos deben ejercerse dentro de los límites y con sujeción a los trámites previstos para su ejercicio. El desvío de la potestad sancionadora por parte del juéz, la pretermisión del procedimiento y el menoscabo de los derechos del empleado sancionado, pueden dar base a la posible comisión de un delito de abuso de autoridad, como ocurre en este caso.* Auto. 21 de septiembre de 1982. *Se confirma* la providencia del Tribunal Superior de Tunja que llamó a responder en juicio al doctor Manuel Aquilino de Jesús Puentes Torres por el delito de abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 590

PARTE CIVIL. *Sólo pueden ser titulares de la acción civil indemnizatoria las personas naturales o jurídicas, de suerte que los Ministerios y los Departamentos Administrativos, por carecer de personería sustantiva, tampoco la tienen para constituirse parte civil.* Auto. 21 de septiembre de 1982. La Corte *rechaza* la demanda de parte civil presentada a nombre y representación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 595

IMPEDIMENTOS. *Es función de los jueces cumplir rectamente con su deber, según su obligación y su deseo, sin olvidar que en ocasiones administrar justicia implica el exponerse a molestas situaciones. La vía sistemática de denunciar a los funcionarios cada vez que profieren una decisión adversa, no es ciertamente la más recta y aconsejable para los abogados litigantes.* Auto. 21 de septiembre de 1982. *Se declara infundado* el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Carlos Arturo Díaz Ramírez para conocer de las diligencias seguidas contra el doctor Juan José García, por el posible delito de prevaricato.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 596

IMPROCEDENCIA DE RECURSOS EN AUTOS QUE RESUELVEN IMPEDIMENTOS O RECUSACIONES. *El legislador ha querido, en estos casos, que los organismos de decisión resuelvan lo pertinente sin que haya posibilidad de interponer recursos, y en cuanto a los del Ministerio Público y los secretarios, dando al juez o tribunal respectivo una facultad omnímoda en esta materia.* Auto. 22 de septiembre de 1982. La Corte *declara improcedente* la apelación interpuesta por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bucaramanga, contra el auto en que esta Corporación admitió el impedimento presentado por el Fiscal Cuarto de la misma.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 598

DELITOS DE PELIGRO. ARTICULO 38 DEL DECRETO 1188 DE 1974. *Unos autores los llaman de peligro abstracto y de peligro concreto, otros de peligro directo y de peligro indirecto. Más importancia tiene la que los dividen en delitos "de peligro presunto" y de "peligro demostrable", porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste. El artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 no subordina la ilicitud de la conducta a la existencia de un riesgo para la salud pública.* Casación. 22 de septiembre de 1982. La Corte *casa* la providencia del Tribunal Superior de Popayán que condenó a José Anselmo Ocoró León como infractor del Decreto número 1188 de 1974, y en su lugar lo *absuelve* de los cargos que le fueron formulados.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 600

Pág.

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 1ª (PARTE PRIMERA). ERROR DE TIPO INCULPABLE O DE PROHIBICION. *Si el agente que conoce de un modo genérico la prohibición o el mandato implícitos en la norma, obra, sin embargo, en el convencimiento de que a él no le alcanza lo prohibido o mandado en ella, porque existe una circunstancia, de hecho o de derecho, que lo pone fuera del ámbito de la misma; y si esa errónea convicción es invencible, la conducta no se puede sancionar a título de culpa, por haberlo previsto así expresamente el legislador, se está frente a ese error.* Casación. 22 de septiembre de 1982. La Corte *casa* la providencia del Tribunal Superior de Popayán que condenó a José Anselmo Ocoró León como infractor del Decreto número 1188 de 1974 y en su lugar lo *absuelve* de los cargos que le fueron formulados.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 600

DEMANDA DE CASACION. CAUSAL 1ª *No basta el resumen de los hechos de la causal correspondiente, sino que es necesario, que se cumplan todos los requisitos que la ley prescribe para la demanda, sobre manera cuando de la causal primera de casación se trata, en la cual se exige que el alegado error de hecho "aparezca manifiesto en autos", es decir, que sea de tal clara magnitud que a través del raciocinio no pueda menos de imponerse con carácter imperativo en la mente del analista y del juzgador.* Casación. 28 de septiembre de 1982. La Corte *desecha* el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Tobías Pinzón Suárez por los delitos de falsedad y estafa.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 606

ROBO: CODIGO DEL 36. HURTO CALIFICADO: ESTATUTO VIGENTE. *La violencia como elemento estructurador del delito. Clasificación. Violencia de naturaleza física o material, síquica o moral. La amenaza como forma de violencia intimidativa.* Casación. 28 de septiembre de 1982. *No se casa* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Néstor Trejos Marín por los delitos de secuestro y robo.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 610

Pág.

REVISION. *Sólo procede contra sentencias ejecutoriadas dictadas con fundamento en un auto de proceder y no contra simples autos interlocutorios, así éstos pongan fin al proceso como el sobreseimiento definitivo y la providencia del artículo 168 del Código de Procedimiento Penal.* Auto. 28 de septiembre de 1982. La Corte *declara inadmisible* el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra el auto de sobreseimiento definitivo proferido en favor de Julio David Naar Mercado por el presunto delito de lesiones personales.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 614

LEY MAS FAVORABLE *(Art. 26, C. N.). Cómo debe escogerse.* Casación. 28 de septiembre de 1982. *No se casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena que condenó a Getulio Gómez Gamarra y otros, por los delitos de peculado y falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 615

ABUSO DE AUTORIDAD. *No por estar referidas a una función pública puede afirmarse que son de por sí lícitas las actuaciones de los funcionarios, pues es, precisamente, por ejercerlas con desvío o extralimitación, que incurren en el delito.* Auto. 28 de septiembre de 1982. *Se revoca* la providencia del Tribunal Superior de Neiva que se abstuvo de abrir investigación contra la doctora Leonor Prieto de Verástegui, Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría en Garzón, y en su lugar *dispone* se adelante investigación preliminar de que trata el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal y decida de conformidad con ésta.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 618

AUDIENCIA PUBLICA. *Artículo 515 del Código de Procedimiento Penal. Este precepto se refiere a tres aspectos fundamentales a saber: La obligación de elaborar un acto de toda audiencia pública, el contenido de la misma y el derecho de las partes a formularle observaciones, para lo cual se ordena su lectura a quienes deban suscribirla.* Casación. 5 de octubre de 1982. La Corte por providencia de la fecha *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo contra Adán Orduz Chaparro, que lo condenó por el delito de homicidio.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 620

CAMBIO DE RADICACION. *En guarda de la imagen de una justicia alejada de cualquier fundada sospecha de parcialidad emotiva, es prudente esta medida.* Concepto. 5 de octubre de 1982. *Emite* concepto favorable al cambio de radicación solicitado por el Agente del Ministerio Público en el proceso seguido contra Rafael Morantes Daza, por el Juzgado Tercero Superior de Ibagué.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 627

INDAGATORIA. SU RECEPCION. DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA. Términos. Artículos 434 y 437 del Código de Procedimiento Penal. *Constituye pobre valoración que pretende y consigue explicar notorios desafueros, señalar que tales términos deben dejarse agotar en todos los casos de manera fatal e ineluctable, así el funcionario haya gozado de facilidades para intervenir más rápidamente. La facultad discrecional no equivale a atributo arbitrario, desprovista de toda posible regulación por fuera de la omnímoda y caprichosa voluntad del funcionario.* Auto. 5 de octubre de 1982. *Se revoca* el auto inhibitorio dictado en pro de la doctora Lola del Río de Van Leeden y se abre investigación.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 628

IMPEDIMENTOS. ENEMISTAD GRAVE. Numeral 5º, artículo 78, Código de Procedimiento Penal. *Es una enemistad calificada, profunda, que se trasunta en odio y provoca en quien lo siente un "deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo". La Corte reitera su doctrina.* Auto. 13 de octubre de 1982. *Se declara* infundado el impedimento aducido por el Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta, doctor Carlos Arturo Díaz Ramírez, en el proceso seguido contra Eduardo Contreras Salamanca.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 632

INMADUREZ SICOLOGICA Y TRASTORNO MENTAL COMO FUENTES DE INIMPUTABILIDAD. *Lo que importa en estos casos no es el origen mismo de la alteración biosíquica, sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada.* Casación. 13 de octubre de 1982. *Se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Carlos Antonio Rincón Montoya, por el delito de homicidio y envía el expediente por intermedio del Tribunal al Juzgado Tercero Superior de Pereira.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 635

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 638

NULIDAD SUPRALEGAL. *Cuando se reconoce nulidad supralegal por haberse emitido sentencia de condena a quien se consideró sujeto imputable siendo inimputable, dicha nulidad se decreta a partir del auto de apertura a pruebas en el plenario.* Casación. 13 de octubre de 1982. *Se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Carlos Antonio Rincón Montoya por el delito de homicidio y envía el expediente por intermedio del Tribunal al Juzgado Tercero Superior de Pereira.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 635

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 638

RECURSO DE APELACION. *Sólo procede contra decisiones de carácter interlocutorio (y sentencias) emitidas en la primera instancia.* Auto. 13 de octubre de 1982. La Corte se *abstuvo* de decidir el recurso de hecho planteado por el apoderado del procesado Juan de Jesús Páez Pulido, para carecer de competencia.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 640

RECUSACION. ARTICULOS 84 y 85 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Debe presentarse por escrito ante el juez o magistrado que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funda, motivos éstos que deben ubicarse en alguna de las causales de que trata el artículo 78 del mismo Código. Si el magistrado recusable ya no se encuentra en el desempeño del cargo, resulta imposible su recusación porque no existe persona que debe responder de ella.* Auto. 13 de octubre de 1982. La Corte *se abstiene de decidir* sobre el recurso de hecho planteado por el apoderado del procesado Juan de Jesús Páez Pulido, por carecer de competencia.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 640

REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD EN EL PROCESO PENAL. OBLIGACION QUE IMPONE EL ARTICULO 477 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *El Fiscal habrá cumplido con su deber cuando habiendo examinado la realidad procesal que emerge del expediente emita fundadamente su opinión sobre la determinación que considera ha de tomar el juzgador.* Auto. 13 de octubre de 1982. *Se confirma* el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de declarar una nulidad, en las diligencias sumarias seguidas contra Héctor Pérez Chamorro, ex Juez Distrital de Aduanas.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 643

TECNICA DE CASACION. VIOLACION INDIRECTA. *En los juicios en que interviene jurado de conciencia no es pertinente alegar como causal de casación la violación indirecta de la ley porque los jurados deciden en conciencia, por íntima convicción, sobre la responsabilidad del procesado, es decir, sin dejar constancia objetiva de la clase de prueba que los convenció, ni del análisis formal de la misma. La Corte reitera su doctrina.* Casación. 13 de octubre de 1982. *No se casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Melquisedec Barreto Romero a 9 años de prisión por homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* ... 645

RECURSO DE APELACION. TRAMITE. ARTICULO 466 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Esa disposición no está haciendo referencia al momento anterior a la concesión del recurso de alzada contra el auto detentivo sino, como el epígrafe de la misma lo indica claramente, a la etapa posterior, es decir, cuando, una vez concedido el recurso, se trata de enviar el expediente a quien ha de resolverlo.* Auto. 19 de octubre de 1982. *Se confirma* el sobreseimiento definitivo apelado y decidido a favor de la doctora Libia María Agredo Pérez, Juez Promiscuo del Circuito Penal de Popayán.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* ... 647

DECISIONES ADOPTABLES POR AUTO DE SUSTANCIACION Y DE CARACTER INTERLOCUTORIO. *El que en una decisión adoptable por auto de sustanciación aparezca junto con otra de carácter interlocutorio, en una misma providencia, ni implica el que la primera pierda su naturaleza y autonomía para incorporarse en la segunda porque la diferencia entre las dos la establece la ley nítidamente.* Auto. 19 de octubre de 1982. La Corte se *abstuvo* de revisar el auto apelado (sobre sobreseimiento definitivo) por los delitos de prevaricato, detención arbitraria y abuso de autoridad, habiendo ordenado el *a quo* en dicha providencia compulsar copias por falsedad, al considerar que al tenor del artículo 1º de la Ley 17 de 1975 no es consultable y la providencia que resuelve lo atinente a las copias es de sustanciación.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 651

RECURSO DE CASACION. CAUSAL PRIMERA. FALLAS DE TECNICA. *En la violación directa hay que aceptar los hechos como los ha considerado probados el fallador. En los juicios en que interviene el jurado no se puede discutir la prueba porque tal actitud envuelve ataque al veredicto. Cuando se alega interpretación errónea de la ley sustancial no es factible hacerlo por la vía directa, esto es, atacando la apreciación probatoria. La Corte reitera su doctrina.* Casación. 19 de octubre de 1982. *No se casa* la sentencia condenatoria, dictada por el Tribunal Superior de San Gil contra Avelino Ayala y Ezequiel Amado, como autores intelectuales del delito de homicidio, igualmente condenó como autor material a Procopio López.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 653

TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO. *A más de estar debidamente acreditado, es necesario establecer su inequívoca vinculación causal con el comportamiento realizado y su indiscutible incidencia sobre las esferas intelectiva y volitiva del Agente.* Casación. 19 de octubre de 1982. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Armenia que condenó a Jesús Angel Benítez Cañaveral a la pena de 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* ... 657

AMNISTIA. LEY 37 DE 1981. *Quiénes son funcionarios competentes para resolver peticiones de amnistía.* Auto. 26 de octubre de 1982. *Se abs-*

Pág.

tiene de resolver el recurso de apelación que concedió el Tribunal Superior Militar en las diligencias seguidas contra José Jhamir Chabur Durán, Jorge E. Cortés Sánchez y Marcos Bonilla, por los delitos de rebelión y otros que se les sigue.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 665

FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. *Por tratarse de un Consejo de Guerra Verbal, el vocal no estaba obligado a suscribir la respuesta que dio al cuestionario, pues la ley respectiva no estableció dicha exigencia. Si esa firma no era condición normativa* sine qua non, *la validez del voto resulta indiscutible. En tal virtud, mal puede hablarse de inexistencia jurídica de los actos conformativos del veredicto y por ende, de violación de las formas propias del juicio.* Casación. 26 de octubre de 1982. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al ex agente de la Policía Nacional, José Ignacio Vela a 8 años de presidio por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Alfonso Reyes Echandía*... 666

REVISION. *En materia penal hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas. Esa sentencia debe tener el carácter de condenatoria.* Auto. 26 de octubre de 1982. *No se repone* el auto de fecha 27 de abril del corriente año que declaró inadmisible el recurso de revisión en pro del sindicado Julio David Naar Mercado, sindicado del delito de lesiones personales.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 670

NULIDAD SUPRALEGAL. CONTENIDO DEL ARTICULO 325 DEL CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. *La ausencia de decisión de fondo representa flagrante violación de las formas propias del juicio, lo que constituye ostensible nulidad de carácter constitucional que debe ser declarada por la Corte.* Casación. 2 de noviembre de 1982. *Casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó a José Bernardo Páez Ayila y a Nelson López Martínez por el delito de secuestro y dispone el envío de la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 671

Con salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez 674

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. *No es posible proponerla en los juicios en que interviene el jurado, o los vocales cuando se trata de Consejo de Guerra. La Corte reitera su doctrina.* Casación. 2 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Bernardo Martínez Pamplona por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 676

Con salvamento de voto de los doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía* .. 679

SUSTENTACION DEL RECURSO DE CASACION. DEFENSA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO SINDICADO. *En casación el mismo procesado recurrente, siendo abogado titulado, está legalmente habilitado para sustentar el recurso. Esta situación es diversa de la que se presenta con procesado que es profesional del derecho y rehusa le presencia de apoderado en las fases de sumario y juicio, caso en el cual —como esta Sala lo resolvió recientemente— ha de estar asistido por otro abogado para garantizar plenamente su derecho de defensa, dentro de un debate procesal en el cual las partes intervinientes han de estar equilibradas.* Casación. 2 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia impugnada y proferida por el Tribunal Superior de Ibagué contra Tomás Segundo Martínez Granados, condenado como coautor de los delitos de falsedad documental y estafa.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 680

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA DE LA LEY: *Antitécnica alegación simultánea.* FORMAS LEGALES DE VIOLACION DIRECTA DE LA LEY: *La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, no se deben alegar simultáneamente.* Casación. 2 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Tomás Segundo Martínez Granados, como coautor de los delitos de falsedad y estafa.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 680

CAMBIO DE RADICACION. *Contenido y alcances de los artículos 44, 45, 46 y 47, Código de*

Pág.

Procedimiento Penal. Concepto. 9 de noviembre de 1982. La Corte conceptuó desfavorablemente el cambio de radicación del proceso seguido contra Guillermo Elvencio Ruiz Gómez y que se tramita en el Juzgado Segundo Superior de Cali.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 683

COLISION DE COMPETENCIAS. COMPETENCIA PREVENTIVA, ARTICULO 43 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *La procedimental establece factores que propician la averiguación y juzgamiento oportunos, lejos de dilaciones y perplejidades. Las facilidades, en este ámbito, deben contar para las víctimas y no para los victimarios, quienes al difundir y diseminar su comportamiento asumieron todos los futuros rigores e incomodidades de la averiguación penal.* Auto. 9 de noviembre de 1982. La Corte *desata* el conflicto suscitado entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Purificación y Primero del mismo grado de Girardot, en las diligencias donde son sindicados Carlos Céspedes Ospina y Fernando Mancera Acero, asignándole la competencia al Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 685

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN EL MARCO DE LA VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *En el primero compruébase que el sentenciador aceptó un hecho probatorio que no existe en el proceso, o desconoció el que aparecía en autos o lo desfiguró ostensible e inexcusablemente; en el segundo, en cambio, le negó al hecho el valor probatorio que le correspondía, le dio el que no ameritaba o admitió una prueba sin el lleno de sus requisitos formales.* Casación. 9 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Carlos Alirio Forero Pedraza por el delito de homicidio a 4 años de prisión.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 687

NOTIFICACION. *La forma principal de notificación es la que se hace personalmente y sólo cuando no es posible hacerlo en tal forma, la ley ha previsto que se acuda a la notificación por estado o por edicto.* Casación. 10 de noviembre de 1982. *No se casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior Militar que

Pág.

condenó a José del Carmen Rojas por el punible de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 689

EBRIEDAD. *Si el procesado en el momento de actuar apenas se encontraba dentro de una embriaguez simple que en manera alguna alteró sus capacidades congnoscitiba y volitiva y que, por lo tanto, no tenía la virtualidad de modificar su responsabilidad ni de iniciar en el ámbito de la punibilidad, esta circunstancia no debe ser incluida en el cuestionario.* Casación. 10 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior Militar contra José del Carmen Rojas Rojas por el punible de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 689

Con salvamento de voto de los doctores *Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez* 692

CALUMNIA. DESCRIPCION TIPICA ACTUAL, CODIGO PENAL. *Quien atribuye a otro la comisión de un delito o contravención que éste no ha cometido.* Auto. 23 de noviembre de 1982. La Corte *sobresee* definitivamente al doctor Rafael Forero Castellanos por los hechos denunciados cuando ejercía el cargo de Gobernador de Boyacá.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 693

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. *Hay dos contenidos y dos autores en un documento público. Un autor en sentido sustancial que es la persona que declara y un autor en sentido formal que es el funcionario que recibe y extiende la declaración; a su vez el contenido sustancial está representado por las declaraciones de voluntad o atestaciones de verdad hechas por el particular en la declaración, mientras que el contenido formal radica en las atestaciones del juez, vale decir, en los actos que en su presencia se realizan y de los cuales da fe.* Sentencia. 25 de noviembre de 1982. La Corte *modifica* el numeral 1º de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá contra el ex Juez Alberto Enrique Beltrán Diago e impone 3 años y 3 meses de prisión en vez de 3. Modifica el numeral 2º en el sentido de la que la interdicción de derechos y funciones públicas lo será por un término igual a la pena principal y revocar el numeral 4º, quedando la concesión de la condena condicional y la confirma en todo lo demás.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* ... 696

NULIDAD AL AMPARO DE LA CAUSAL CUARTA DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, AL AMPARO DE LA CAUSAL PRIMERA, *IBIDEM. Si el subfondo argumental es idéntico para los dos reproches, la demanda resulta contradictoria, pues no puede alegarse la incompetencia del juez (Num. 1º del Art. 210 del C. de P. P.), como causal de nulidad que permite quebrar la sentencia (Num. 4 del Art. 580 del C. de P. P.), para inmediatamente decir que se violó la ley sustancial por infracción directa, caso en el cual existe solamente un error de aplicación de la norma correspondiente, pero la competencia es presupuesto necesario del actuar judicial.* Casación. 29 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que absolvió a Juan José Paternina o Rafael Andrés Chima Flórez por un delito de falsedad en documentos y lo condenó a 20 meses de prisión por el delito de estafa.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 702

COLISION DE COMPETENCIAS. ARTICULO 42 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Cuando no es posible determinar inequívocamente la competencia por razón del lugar, es posible acudir a la norma subsidiaria del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.* Auto. 29 de noviembre de 1982. *Se dirime* el conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín y el Quince Penal del Circuito de Bogotá en las diligencias donde es denunciante Gustavo Alvarez Galvis por el delito contra el patrimonio económico.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 705

CODIGO PENAL DE 1936: Complicidad correlativa. NUEVO CODIGO: Participación en el hecho punible (Arts. 23 y 24). *La complicidad correlativa —por fuera de su marco normativo— sustancialmente entendida queda comprendida en el nuevo Código Penal dentro del marco de la participación en el hecho punible (Arts. 23 y 24).* Casación. 29 de noviembre de 1982. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga contra Angel Miguel Ardila León y Numoroso Hernández, por los delitos de homicidio y lesiones.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* ... 707

PECULADO POR APROPIACION. *Calidad oficial en el Agente y disponibilidad material de los haberes. Alcances del concepto. Disponibilidad jurídica.* Casación. 6 de diciembre de 1982. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira que condenó a José Arnobis Osorio Ospina a 3 años de prisión por el delito de peculado.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* ... 711

PRESCRIPCION. *Principio de favorabilidad (Artículos 26, C. N. y 6º del C. de P. P.).* Auto. 6 de diciembre de 1982. *Se confirma* el auto del Tribunal Superior de Villavicencio que declaró prescrita la acción penal de los hechos que dieron lugar a este proceso contra el señor Francisco Eduardo Díaz Herrera, que desempeñaba el cargo de Juez Territorial de Saravena, por el posible delito de falsedad en documento público.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* ... 717

Con salvamento de voto de los doctores *Alfonso Reyes Echandía y Darío Velásquez Gaviria* ... 718

PRUEBA EN LA ETAPA SUMARIAL. *Artículo 501 del Código de Procedimiento Penal. Requisitos para la solicitud de prueba dentro del juicio.* Auto. 6 de diciembre de 1982. *Se revoca* el auto inhibitorio dictado por el Tribunal Superior de Ibagué en pro del doctor Alvaro Rojas Mayorquín, Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal y se ordena abrir investigación.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* ... 719

ARTICULO 3º, DECRETO 1923 DE 1978. PERMANENCIA EN EL PROPOSITO DELICTIVO Y RELATIVA ORGANIZACION TENDIENTE AL LOGRO DE LOS OBJETIVOS TRAZADOS. Artículos 398, numerales 5º y 404, numeral 2º, Código Penal. OCASIONALIDAD. *No puede ser lo mismo, la comisión de un delito cuando varias personas de manera ocasional deciden prepetrarlo, que cuando él se realizó dentro del contexto de una banda, cuadrilla o grupos armados, que ellos mismos integran, constituyen o conforman.* Casación. 7 de diciembre de 1982.

Pág.

Casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar contra Erly Rafael Manrique Gualdrón, se decreta la nulidad de lo actuado a partir del auto de 29 de enero de 1980 y se ordena enviar el proceso por intermedio del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yopal.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*. Abogado Asistente: doctor *Alberto Mora Cogollos* 721

AUTO INHIBITORIO. Artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. *La disparidad de criterios entre el denunciante y el juez denunciado acerca de la aplicación de una disposición del Código de Procedimiento Civil, frente a otra del Código Procesal de Trabajo, trasunto de una clara posición doctrinaria, no amerita la iniciación de una investigación inútil ante la comprobación exacta de que la ley no la considera como infracción penal.* Auto. 7 de diciembre de 1982. *Confirma* la originaria del Tribunal Superior de Cali, por la cual y con acomodo a las previsiones del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, se abstuvo de abrir sumaria contra el doctor Benildo Rivas Mena, por un posible hecho delictuoso que se le atribuyó como Juez Laboral de Palmira.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 730

PRUEBAS. PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y CONTRADICCION. *Una prueba solo puede practicarse válidamente cuando ha sido decretada por el juez o funcionario instructor... Se cumplen de esa manera los principios de publicidad y contradicción cuya puerta se abre con la notificación que debe hacerse del auto que las decreta.* Auto. 9 de diciembre de 1982. *Confirma* la providencia que negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, dentro de las diligencias seguidas contra Germán A. Roveros Rodríguez, por los delitos de prevaricato, concusión y abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 733

DEMANDA ANTITECNICA. *No pueden mezclarse reproches formulados al amparo de la causal cuarta de casación con otros de violación directa, por aplicación indebida de la ley sustancial, que se colocan en las previsiones de la causal primera. De todo esto surge una demanda notoriamente insegura y claramente contradictoria.* Casación. 9 de diciembre de 1982. *Casa* la providencia proferida por el Tribunal Superior Militar contra Alvaro Salguero Martínez y se le imponen 9 años de prisión. No se casa la impuesta al procesado Heraclio Neira Guío.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 735

PERSONALIDAD DEL SINDICADO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. (DUDA RAZONABLE. ART. 216 DEL C. DE P. P.). *La inicial apreciación sobre la personalidad del sindicado, es la de considerarlo en pleno goce de sus capacidades para comprender la ilicitud de la conducta realizada y para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Para desvirtuar este concepto debe ofrecerse una atendible prueba en contrario. La duda sobre favorece al procesado cuando la misma incide en una decisión de inocencia o responsabilidad, para tomar partido por la primera y siempre que no sea posible su eliminación.* Casación. 9 de diciembre de 1982. *No casa* la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Cayetano Eduardo Santaella Pérez por los delitos de homicidio calificado y hurto, en concurso.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 739

ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. *El prevaricato exige como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados, sean manifiestamente contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica de acto propio de abuso de autoridad.* Auto. 10 de diciembre de 1982. La Corte *confirma* el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Bogotá contra la doctora Tulia Lucía Pardo de Cortés, Juez Treinta y Nueve Civil Municipal de esta ciudad, por el delito de abuso de autoridad.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 744

Con salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 747

IMPEDIMENTO Y RECUSACION. OPINION DEL JUEZ COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO O RECUSACION. *Cuando el juez o magistrado ha expresado su criterio jurídico en providencia judicial, vale decir, en ejercicio de su función juzgadora, no incurre en esta cau-*

sal. Auto. 14 de diciembre de 1982. No se *acepta* el impedimento expuesto por el Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, doctor Luis Antonio Erazo Gallardo, estando este proceso para decisión de esa Corporación sobre apelación interpuesta contra el auto de proceder que afecta a Julio Almeida Fernández.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 749

CONSTITUCION DE PARTE CIVIL POR LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN LOS PROCESOS POR PECULADO EN ENTIDADES FISCALIZADAS POR ELLA. *El Contralor General de la República está legalmente facultado para constituirse directamente o a través de sus Agentes. Quiénes son los "Agentes" del Contralor. La facultad de contratar los servicios personales de abogados litigantes. Incompatibilidad del empleo docente con el ejercicio profesional.* Auto. 14 de diciembre de 1982. La Corte *se abstiene* de abrir investigación penal contra el ex Contralor Aníbal Martínez Zuleta.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 751

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA GACETA EN DICIEMBRE DE 1986.