REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente 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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLXXVII NUMERO 2416

BOGOTA, D. E., COLOMBIA — AÑO 1984

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA FONDO ROTATORIO MINISTERIO DE JUSTICIA

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA 1984

SALA PLENA

Doctor Humberto Murcia Ballén, Presidente

Doctor Carlos Medellín Forero, Vicepresidente

Doctor Rafael Reyes Negrelli, Secretario General

SALA CIVIL

Doctor Horacio Montoya Gil, Presidente

Doctor Rafael Reyes Negrelli, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

José María Esguerra Samper - *Hernando Tapias Rocha*

Héctor Gómez Uribe

Horacio Montoya Gil

Humberto Murcia Ballén

Alberto Ospina Botero

Jorge Salcedo Segura - *José Alejandro Bonivento Fernández*

SALA PENAL

Doctor Luis Enrique Aldana Rozo, Presidente

Doctor Lucas Quevedo Díaz, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Luis Enrique Aldana Rozo

Fabio Calderón Botero

Dante L. Fiorillo Porras

Gustavo Gómez Velásquez

Alvaro Luna Gómez

Pedro Elías Serrano Abadía

Darío Velásquez Gaviria

Alfonso Reyes Echandía

SALA LABORAL

Doctor Ismael Coral Guerrero, Presidente

Doctora Bertha Salazar Velasco, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Ismael Coral Guerrero

Manuel Enrique Daza Alvarez

José Eduardo Gnecco Correa

Fanny González Franco

Juan Hernández Sáenz

Fernando Uribe Restrepo

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Manuel Gaona Cruz, Presidente

Doctor Pablo Mariño Angel, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Manuel Gaona Cruz

Carlos Medellín Forero

Ricardo Medina Moyano

Alfonso Patiño Roselli

RELATORES:

Doctora Amelia Barrera de Gáfaro - Sala Civil

Doctora Helda Charry de Valencia - Sala Penal

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral

Doctor Miguel A. Roa Castelblanco - Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL: DRA. AMELIA BARRERA DE GAFARO
RELATORA SALA PENAL: DRA. HELDA CHARRY DE VALENCIA
RELATORA SALA LABORAL: DRA. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: DR. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

Tomo CLXXVII - Bogotá, D. E. - Colombia - Año 1984 - Número 2416

SALA DE CASACION PENAL

ABUSO DE CONFIANZA

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

(Arts. 351 y 358 del Código Penal)
Diferencias

En aquél la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslaticio de dominio", vale decir, que en ese delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 2.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dictó la sentencia del 25 de marzo de 1983 en virtud de la cual confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad contra *Luis Fernando Franco Herrera,* por los delitos de falsedad y

hurto, con la modificación de la pena principal que se fijó en cuarenta y seis meses de prisión, a más de que, como consecuencia del incremento punitivo, revocó la condena de ejecución condicional con que se había favorecido al procesado.

La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por el defensor del procesado, recurso que fue concedido oportunamente por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala. Presentada demanda de casación por apoderado especialmente constituido, la que se estimó ajustada a los requisitos formales previstos en el ordenamiento procesal, se recibió el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, razón por la cual se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal:

Luis Fernando Franco Herrera era contador de la empresa "Sucesores de Alvaro Molina Ltda." y de otras empresas relacionadas con ésta. Entre los días 22 y 23 de enero de 1980 fueron girados falsamente contra la cuenta corriente de la "Hacienda La Unión Ltda.", ocho cheques por $ 11.542.000.oo de una chequera que fraudulentamente se había obtenido en el banco y mediante falsificación de la firma del gerente de esa empresa. En la cuenta corriente del contador fueron consignados dos cheques, pertenecientes a otra chequera, por valores de $ 110.000.oo y $ 90.500.oo girados el 7 de noviembre y el 4 de diciembre de 1980, respectivamente, sobre la cuenta de "Sucesores de Alvaro Molina Ltda.", con imitación servil de la firma del gerente de esa entidad. Además, el contador Franco Herrera se apropió de un cheque por $ 780.000.oo, que el gerente le había entregado para que lo consignara en la cuenta de la empresa.

Una vez perfeccionada la investigación el Juzgado Cuarto Superior de Cali calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio en contra del sindicado Franco Herrera por el delito de falsedad documental relacionado con los dos cheques pertenecientes a "Sucesores de Alvaro Molina Ltda." y hurto por la apropiación del cheque por $ 780.000.oo, delitos cometidos en concurso. Este mismo sindicado fue sobreseído temporalmente por el delito de falsedad relacionado con los ocho cheques que por la suma de $ 11.542.000.oo fueron fraudulentamente cobrados.

Apelado el auto enjuiciatorio fue confirmado por el Tribunal Superior en providencia del 26 de marzo de 1982. Se tramitó la causa y se verificó la diligencia de audiencia pública y luego de su práctica el juzgado del conocimiento dictó la sentencia de primera instancia el 16 de septiembre de 1982; en ella se condenó a Luis Fernando Franco Herrera a la pena de treinta meses de prisión por los delitos de falsedad en documento privado y hurto agravado, a las penas accesorias correspondientes al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con el delito; se le concedió así mismo la condena condicional.

Por vía de apelación conoció el Tribunal Superior de Cali de la sentencia proferida, que modificó al incrementar la pena privativa de la libertad y revocar la condena de ejecución condicional. Contra esta sentencia se interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

La demanda de casación:

Varias son las razones que aduce el censor para pedir que el fallo dictado dentro del presente proceso sea casado. En primer lugar formula un cargo con fundamento en la causal primera de casación, pues estima que en la sentencia se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial y, además, presenta seis cargos con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera. Acusa la sentencia por "...violación indirecta de la ley sustancial al ignorar la existencia de la duda razonable y manifiesta originada en el haz de pruebas recaudadas y no obstante ello, decidir perjudicando al señor Franco Herrera, con lo cual se presentó error de hecho por desconocimiento de la situación fáctica condicionante del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal".

Señala el impugnante que sin haberse probado que el procesado hubiera falsificado los cheques por $ 110.000.oo y $ 90.500.oo y sus pertinentes comprobantes, la sentencia da por demostrado este hecho, siendo que la prueba grafológica no señaló a su poderdante como falsario, pues con relación a esos títulos valores los peritos conceptuaron que "...si bien es cierto que presentan (los manuscritos) algunas similitudes de orden morfológico con los escritos de Fernando Franco Herrera, también lo es que presentan varias divergencias morfodinámicas, como terminaciones en forma abrupta, falsas paradas, falta de espontaneidad, carencia de perfiles, la dirección de la palabra 'el mismo' tiende a ser descendente en las consignaciones de duda, mientras que en las muestras indubitadas es en sentido ascendente, su desarrollo gráfico es un poco más lento, divergencias que pueden ser producto de disimulo del gestográfico del amanuense o puede ser que otra persona haya imitado las gráficas en cuestión, circunstancia esta que impide identificar inequívocamente la autoría de dichas signaturas al aludido señor Franco..."

Transcribe en su integridad los testimonios de Liliana López Bejarano y de Augusto de Jesús Torres Macías, empleados de la empresa defraudada, quienes en algunos de los apartes de sus declaraciones señalan que la letra de algunos de los comprobantes falsos corresponde al procesado. "La letra de la firma correspondiente al 'recibí' —declaró Liliana—, y el número de la cédula de esta firma, sin lugar a dudas corresponde a la de Luis Fernando Franco, contador, lo que me hace presumir que fuera él quien elaboró el comprobante y el cheque..." Por su parte Torres aseveró: "El comprobante 2828, correspondiente a cheque de $ 110.000.oo, aparece el nombre de Luis Fernando Pérez en el lugar destinado para el recibí, y esa letra, o grafía, corresponde aunque con un poco de desfiguración a la de Luis Fernando Franco. La letra que llena la colilla del cheque 6067728 corresponde a la de Liliana López. En cuanto a la colilla del cheque 6082600, la letra que lo llena, aunque deformada la escritura tiene rasgos que son característicos a los de Luis Fernando Franco, en el comprobante 3000 del cheque 6082600 aparece el nombre de Antonio Valencia L. y un número de cédula. Por los números infiero que puede ser la letra de Luis Fernando Franco, mas no la de Liliana, claro está que ciertamente y en forma visible deformada..."

Estima que a los citados testimonios se les dio un valor que no tienen, pues quienes los rindieron no son peritos grafólogos, y por lo tanto no figuran en las listas de auxiliares de la justicia de la Procuraduría o del Tribunal de Cali. "Con tal conducta se incurrió en el fallo en error de hecho ostensible y manifiesto que lo llevó a violentar los artículos 215, 216, 265, 268 del Código de Procedimiento Penal y el 221 del Código Penal Vigente".

Afirma, por último, que la sentencia se fundó en una presunción de dolo, al deducirlo de la acción, a más que el uso de documento privado falso, sin haber concurrido a la falsificación, no se ha previsto como hecho punible en la legislación penal vigente.

Causal cuarta. 1º Afirma el recurrente que en la sentencia se violaron las garantías consagradas en los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, pues los hechos juzgados ocurrieron en los meses de noviembre y diciembre de 1980, vale decir durante la vigencia del Código Penal de 1936, norma que ha debido ser aplicada. Al hacerse el enjuiciamiento por el delito de falsedad contemplado en la nueva codificación se obstruyó la defensa, pues se impidió la posibilidad de pedir la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, o la solicitud de absolución o de nulidad por errada calificación.

2º Considera que la pena prevista para el hurto era más benigna en el código anterior, pues a pesar de que los límites mínimo y máximo señalados en esa codificación son iguales a los de la vigente, resulta mayor el incremento punitivo en la nueva ley para el caso de que el delito se cometa con aprovechamiento de la confianza depositada por el dueño o tenedor en el agente. En consecuencia, como al procesado se le aplicaron las disposiciones del Decreto 100 de 1980, se desconocieron las garantías de los artículos 26 y 28 de la Carta.

3º Afirma el impugnante que al negársele al procesado la condena condicional se irrogó una grave ofensa al debido proceso "...pues en un futuro el señor encausado o su defensor pueden impetrar del juez un subrogado penal diferente y aunque hubiese requisitos para otorgarlo ya el señor juez de instancia se vería forzado a negarlo".

4º Como una nulidad de orden constitucional considera el hecho de que al condenado se le hayan aplicado las circunstancias genéricas de agravación punitiva contempladas en los numerales 4º, 9º y 11 del artículo 66 del Código Penal, no deducidas en el auto enjuiciatorio, por cuanto con ello se dificultó su defensa.

5º Estima que en el auto de proceder no se hizo claridad sobre el concurso de delitos, pues a pesar de que en el auto de primera instancia se dijo que los delitos que dieron lugar al enjuiciamiento se cometieron "en concurso de hechos punitivos", en la segunda instancia no se volvió a mencionar para ningún efecto jurídico el concurso, con lo cual se violó el debido proceso.

6º Por último encuentra que en el proceso se hizo una errada calificación del delito de hurto, ya que el cheque por valor de $ 780.000.oo que le fue entregado al procesado para ser consignado en la cuenta corriente de la sociedad, constituye realmente un abuso de confianza, porque el delito de hurto agravado por la confianza "...se da tan

sólo cuando la gente (sic) tiene las cosas sin facultad de sacarlas de la órbita de custodia y actividad del dueño", vale decir, que el hurto se tipifica cuando el sujeto se apodera, hecho que no realizó el procesado pues la cosa ya se hallaba en su poder.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a todas las pretensiones de la demanda y responde a cada uno de los cargos en la siguiente forma:

No existe nulidad alguna, ni legal ni de carácter constitucional, por la aplicación de la ley posterior más favorable en relación con el delito de falsedad documental, por cuanto el código anterior sancionaba más rigurosamente la falsedad en instrumentos negociables en su artículo 233. La simple comparación de esta norma con el vigente artículo 221 así lo confirma.

Tampoco es cierto que el hurto estuviera más benignamente sancionado en la precedente codificación, porque tomadas en conjunto las disposiciones que para el caso resultan aplicables, es más benigna la nueva codificación, ya que el incremento por razón de la cuantía no duplica la pena, como ocurría antes, pues el actual aumento sólo puede ir hasta la mitad de la pena imponible.

No es exacto que al procesado se le haya negado la posibilidad de pedir la aplicación de subrogados penales. Solamente se le negó la condena condicional, en razón de que la pena impuesta no permitía su concesión.

A juicio del colaborador fiscal, no existe disposición legal que obligue al juez del conocimiento a incluir dentro del auto de proceder las circunstancias genéricas de agravación punitiva. En consecuencia, la deducción de tales circunstancias debe hacerlas el juez en el momento de dictar sentencia, sin que con ello se quebrante ningún principio fundamental.

Es completamente inexacto que se haya omitido hacer referencia al concurso de delitos, pues la existencia de tal institución jurídica fue objeto de expreso pronunciamiento en el auto de proceder, tanto de primera como de segunda instancia, de modo que este cargo carece de apoyo en el proceso.

No se incurrió tampoco en causal de nulidad por errada calificación porque el cheque que el gerente de la sociedad entregó al procesado para que lo consignara en la cuenta de la empresa, se le entregó sin que sobre tal instrumento se le diera título alguno, de modo que no puede hablarse de la comisión de un delito de abuso de confianza. Para respaldar su aserto cita providencias de la Corte que destacan las diferencias entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza.

En relación con el cargo basado en la causal primera de casación, responde el señor Procurador Delegado que el fallo no hace la afirmación de que el dictamen grafológico constituya prueba de que el

procesado falsificó los documentos; el Tribunal se limitó a decir que como el procesado fue el beneficiario de esos títulos "...tuvo que ser él también, necesariamente, el autor material o intelectual de la falsedad en los documentos privados, que llevaron esos dineros fraudulentamente a su cuenta bancaria personal..." Además la sentencia no solamente se apoyó en los dictámenes grafológicos, sino en otras pruebas diferentes que le permitieron atribuir al condenado la autoría de la falsedad, de manera que las apreciaciones del recurrente no son otra cosa que su opinión personal sobre los hechos, opuesta a la razonada convicción de los juzgadores. Como el recurrente no demostró la violación indirecta de la ley sustancial, el cargo deberá ser desestimado.

Consideraciones de la Corte:

Por razones que aconseja la técnica del recurso, serán resueltas en primer término las acusaciones hechas contra la sentencia con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta de casación.

Primer cargo. No es exacto, como lo advierte el señor Procurador en lo Penal, que en la sentencia se hayan desconocido los principios consagrados en los artículos 26 y 28 de la Constitución Política, al ser aplicada la legislación vigente en la actualidad para sancionar el delito de falsedad documental, a pesar de que los hechos ocurrieron cuando aún regía el Código Penal de 1936.

Una simple comparación superficial de los dos textos legales es suficiente para rechazar las pretensiones del censor. En efecto, como en el caso en estudio se trata de la falsificación de un instrumento negociable o título valor de contenido crediticio, la disposición aplicable vigente en el momento de la realización de la conducta era el artículo 233 del Código Penal de 1936 que contemplaba pena de dos a ocho años de presidio, superior a la prisión de uno a seis años que prevé el artículo 221 de la legislación penal vigente en el momento en que se dictó la sentencia. Es decir, que el juzgador se limitó a dar cabal cumplimiento al texto constitucional que obliga a aplicar de preferencia la norma favorable posterior, sobre la restrictiva o desfavorable, por manera que el cargo formulado carece de completo respaldo lógico y jurídico.

Con menor lógica postula el recurrente la tesis de que al darse aplicación a la ley que en la actualidad rige, se le impidió al enjuiciado pedir la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, o impetrar la nulidad de la actuación o solicitar su absolución, pues estos fenómenos de carácter procesal operan con el mismo alcance frente a las dos codificaciones sustanciales de que se ha dado cuenta y su invocación y prosperidad no se limitan por el hecho de dar aplicación a la ley que resuelve en forma más benigna la situación del procesado.

Segundo cargo. El delito de hurto en su descripción básica estaba sancionado en el Código de 1936 con la misma pena que ahora con-

templa el nuevo ordenamiento, pues tanto el derogado artículo 397 como el 349 que ahora rige, contemplan prisión de uno a seis años. Por manera que la determinación de la disposición legal más favorable sólo tendrá importancia en el caso de concurrencia de circunstancias específicas de agravación o atenuación punitivas que permitan, frente a un caso concreto, establecer diferencias en el campo de la punibilidad por razón de la sucesión de leyes en el tiempo.

En el caso que se examina estima el censor que ha debido darse aplicación a la ley derogada por cuanto en ella el hurto agravado por la confianza daba lugar a un aumento hasta en la mitad con relación al tipo básico, en tanto que en la nueva ley ese aumento es de una sexta parte a la mitad. De considerarse aisladamente el problema propuesto le asistiría razón al impugnante; no obstante, es necesario recordar que la pena que en definitiva debe imponerse a un procesado es el resultado de tomar la sanción que contempla el tipo violado, con los incrementos y que se deducen de todas las circunstancias de agravación y de atenuación concurrente. En este orden de ideas y habida cuenta de que la circunstancia de agravación a que hizo alusión el casacionista no fue la única que se dedujo al condenado, resulta de todas maneras más favorable el nuevo ordenamiento, por cuanto la agravante por razón de la cuantía (art. 399 del C. P. de 1936), podía ir "hasta el doble", mientras que ese incremento sólo es de "una tercera parte a la mitad", en la nueva codificación (art. 372), lo que lleva a la Sala a rechazar este aspecto de la acusación.

Tercer cargo. Es completamente inexacta la afirmación del censor cuando considera que se impidió para el futuro el reconocimiento de subrogados penales. Al condenado se le negó la gracia de la ejecución condicional de la condena, por la elemental razón de que la pena impuesta en la sentencia de segunda instancia es superior al límite fijado en el artículo 68 del Código Penal para la concesión de este beneficio. Que tal medida haya sido la necesaria consecuencia del aumento de pena que se hizo en la segunda instancia es algo que no puede ser objetado, a menos que se postule la peregrina tesis de que el *ad quem* no puede imponer pena superior a la señalada por el juez del conocimiento, pues ella no es de recibo por carecer de respaldo en la ley.

El subrogado de la libertad condicional no fue negado en manera alguna, pues de él no se hizo ninguna mención en la sentencia. Llegada la oportunidad correspondiente el juez tendrá entera libertad, con sujeción a la ley, para decidir sobre su otorgamiento.

Cuarto cargo. Prescribe el numeral tercero del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que en la parte motiva del auto de proceder deberá hacerse la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado con las circunstancias conocidas que lo especifiquen.

El vigente Código Penal en forma similar a como lo hacía la legislación precedente, contempla circunstancias específicas de agravación y de atenuación punitiva, a la vez que consagra otras de carácter genérico y que en vigencia del Código Penal de 1936 eran conocidas como de mayor y de menor peligrosidad. Las circunstancias especí-

ficas tanto de agravación como de atenuación punitiva tienen la característica de modificar la pena imponible, bien permitiendo la imposición de pena que puede superar el máximo previsto en la disposición violada, si de agravación se trata, o dando lugar a que se imponga pena aún inferior al mínimo señalado en el correspondiente tipo, en caso de que sea de atenuación. En cambio las circunstancias genéricas, tanto de atenuación como de agravación, que aparecen consagradas en los artículos 64 y 66 del Código Penal, sólo constituyen uno de los criterios de que dispone el juez para la dosificación de la pena, dentro de los límites mínimo y máximo previstos en la correspondiente disposición.

En el auto de proceder sólo deben consignarse las circunstancias que especifiquen el hecho, no sólo porque tal exigencia se deduce de la simple interpretación literal del artículo 483 del ordenamiento procesal, sino porque solamente estas pueden dar lugar a la modificación de la pena contemplada en la disposición violada y, por lo tanto, deben ser conocidas por las partes para que en el plenario puedan ejercer a plenitud sus derechos. Las circunstancias de carácter genérico, que representan apenas uno de los factores mensuradores de la sanción, deben ser deducidas y analizadas por el juez en el momento de proferir la sentencia de condena.

Lo anterior conduce a rechazar el cargo formulado por el actor.

Quinto cargo. La propia lectura de este cargo, tal como lo ha propuesto el recurrente, sería suficiente para dar respuesta a la acusación. En efecto, afirma el impugnante que en el auto de proceder no se hizo referencia al concurso; no obstante a continuación transcribe la parte pertinente del auto de llamamiento a juicio en donde se lee que se abre causa criminal por "...los delitos de falsedad, hurto y estafa en concurso de hechos punibles". Similar redacción empleó el Tribunal al confirmar con alguna modificación el auto enjuiciatorio.

De modo que por este aspecto ninguna irregularidad se advierte y menos aún se encuentra la nulidad constitucional invocada, por violación de las formas propias del juicio, cuyo desconocimiento sólo se traduce en nulidad cuando se menoscaba el derecho de defensa. En el caso presente el auto de proceder determinó con exactitud los hechos punibles por los cuales se acusó al procesado, que por ser varios daban lugar necesariamente, a la aplicación de las reglas del concurso.

Sexto cargo. Considera el recurrente que la sentencia acusada se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica del hecho. Acepta que el procesado, que era el contador de una empresa, recibió un cheque para ser consignado en la cuenta corriente de la firma a la que servía, pero se apropió de él luego de consignarlo en su propia cuenta; sin embargo discrepa en cuanto a la calificación jurídica que a tal conducta se dio, pues estima que este comportamiento representa un delito de abuso de confianza y no un hurto agravado.

Este cargo suscita el controvertido tema de las diferencias entre el delito de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente

(arts. 351, 2º y 358 del C. P.). *Repetidamente se ha dicho por esta corporación que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente, a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico.*

A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslaticio de dominio"; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos, de cajeros de banco o de entidades comerciales, o de quienes los detentan mientras su titular sube a un vehículo, por ejemplo, no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos.

Por eso la Corte en precedente ocasión señaló: "En la tenencia fiduciaria, característica del abuso de confianza, el agente tiene sobre la cosa un poder de hecho, que es distinto del poder de derecho correspondiente a quien la traspasa. Si el propietario sigue custodiándola, aún que sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre del propietario".

"De suerte que no existe tenencia fiduciaria, presupuesto material del delito de abuso de confianza, cuando la cosa ajena continúa en la esfera de custodia o de actividad del derecho-habiente. En ambos casos, toda acción dolosa por parte del agente que tienda a apropiarse de la misma no podrá reputarse abuso de confianza, sino específicamente hurto".

"En otras palabras, para que haya abuso de confianza se requieren dos elementos: 1º Que el sujeto activo sea tenedor de la cosa mueble ajena, 2º Que en vez de devolverla, como era su obligación, se la apropie en provecho suyo o de un tercero. Por eso puede ser sujeto activo del delito de abuso de confianza el arrendatario, el usufructuario, el depositario, el acreedor prendario y, en general, todo el que haya recibido la cosa por un acto que le dé la tenencia con obligación de restituir" (sentencia del 15 de marzo de 1973. G. J. CXLVI, números 2366 a 2371, pág. 415).

Como en el caso *sub exámine* el agente sólo tenía la misión de consignar un título valor en la cuenta corriente de la empresa a la cual prestaba sus servicios, es evidente que al apropiarse de ese bien cometió el delito de hurto agravado por la confianza, razón por la cual se desestimará este cargo.

Causal primera de casación.

Para que la violación indirecta de la ley sustancial como motivo de casación esté llamada a prosperar, corresponde al recurrente demostrar con claridad que en la sentencia acusada se incurrió en un manifiesto error de hecho o de derecho que condujo a la falta de aplicación o a la aplicación indebida de una norma de carácter sustancial.

Tanto el error de hecho como de derecho deben ser manifiestos; esto es, que su existencia se advierta por la manera evidente como se presentan; deben ser errores de señalada magnitud y no simplemente divergencias de opinión con relación a la apreciación que de la prueba hicieron los funcionarios en la instancia. No se trata, pues, de enfrentar el análisis del caudal probatorio hecho por el funcionario, con la personal apreciación del censor, sino de demostrar la presencia inequívoca de protuberantes errores en la apreciación de la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia.

De otra parte, el error también debe ser determinante en el pronunciamiento del fallo, de manera que de no haberse producido la sentencia se habría dictado en otro sentido. En consecuencia, carece de todo significado en casación el error manifiesto que no incidió en la sentencia, bien porque la prueba erróneamente apreciada no sirvió de fundamento a la resolución o porque ésta se sustentó en otras pruebas correctamente apreciadas y que por sí misma dieron respaldo válido a dicha resolución.

En el caso que se estudia no se dan los anotados supuestos para que el cargo prospere. En efecto, el recurrente parte de la afirmación de que en la sentencia se ignoró la existencia de una duda razonable, duda que no existió en la opinión del juzgador, lo que denota que ésta es una apreciación del censor antes que la demostrada presencia de un error manifiesto.

Es cierto que las pruebas grafológicas mencionadas en la demanda no son concluyentes para demostrar que el procesado fuera el autor

de la adulteración de los documentos, aun cuando en manera alguna descartan su autoría, pero tampoco en la sentencia aparece esta afirmación. En ella se dijo: "...la Sala considera que, siendo como lo fue el señor Franco el beneficiario del valor de los dos cheques falsos tuvo que ser él también, necesariamente, el autor material o intelectual de la falsedad en los documentos privados, que llevaron esos dineros fraudulentamente a su cuenta personal". De manera que la prueba pericial no fue el fundamento de la sentencia y, por lo tanto, es improcedente alegar con relación a ella un error que no tuvo ocurrencia.

Recuérdase además, que la pericia grafológica no es el único medio para demostrar la existencia de un delito de falsedad; ella constituye ciertamente un valioso auxiliar para los jueces, pero no sólo no es el único medio para la demostración de este ilícito, sino que, como prueba pericial que es, no constituye de por sí plena prueba, ya que para su valoración se le da amplia discrecionalidad al juez, dentro del marco legal prescrito en el artículo 278 del Código Procesal Penal.

Tampoco incurrió en error el juzgador al apreciar el testimonio de algunos de los compañeros de trabajo del procesado, quienes por el conocimiento que tenían de su grafía lo señalaron como el autor de la falsificación. En este aspecto no cabe censura alguna contra la sentencia, en primer lugar porque de acuerdo con el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, existe libertad probatoria para la demostración de los elementos constitutivos de la infracción y, en segundo término, porque no fueron estos testimonios los únicos elementos de convicción que llevaron al juzgador a la conclusión de que el procesado era el autor de este hecho punible.

En efecto, además de lo afirmado por estos declarantes fueron tenidos en cuenta otros hechos indicativos de suma importancia, tales como el hecho de que en la cuenta del procesado aparecieran los dos cheques falsificados, consignados en fechas distintas; la explicación que ofreció sobre las consignaciones es completamente inverosímil, ya que nadie recibe títulos de persona cuya identidad desconoce, girados por la empresa donde trabaja y sin motivo alguno para justificar este comportamiento; las gruesas sumas de dinero consignadas en la cuenta del procesado y en las de miembros de su familia, que ninguna relación guardaban con su modesto sueldo; los indicios que resultan de la oportunidad y de la mala justificación de su conducta. Todas estas apreciaciones, y no sólo los testimonios criticados, fueron el sustento de la sentencia, de manera que ni el error alegado existió, ni la prueba testimonial representó la única motivación del fallo recurrido, razones que llevan a desestimar el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema 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,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

TIPOS PENALES. Clasificación

a) Básicos; b) Especiales; c) Subordinados

Los primeros describen de manera autónoma determinado hecho punible, los segundos describen comportamiento ya plasmado fundamentalmente en un tipo básico, pero lo hacen con ciertas precisiones referidas a uno cualquiera de sus elementos integradores y los terceros cuya característica esencial es la de que señalan aspectos secundarios o circunstancias modales, temporales o especiales, predicables de un tipo básico o de uno especial; estos últimos tipos se denominan subordinados o circunstanciados porque no tiene autonomía en cuanto no es posible subsumir en ellos de manera directa e inmediata un determinado comportamiento humano

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 2.

Vistos:

En sentencia del 23 de abril de 1983 el Tribunal Superior de Pamplona confirmó el fallo condenatorio proferido contra *Ciro Alfonso Suárez Becerra* por delito de *homicidio.* De tal decisión recurrió en casación su defensor.

Hechos:

En las horas de la noche del 14 de junio de 1981 la señora Carmen Socorro Hernández fue atacada en la alcoba con arma corto-punzante por su concubinario Ciro Alfonso Suárez Becerra; llevada al hospital de Pamplona, murió el primero de julio siguiente.

Actuación procesal:

La investigación fue adelantada por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal; el Juzgado Segundo Superior calificó en su oportunidad el mérito del sumario mediante auto de llamamiento a juicio por delito de homicidio agravado el 10 de marzo de 1982; aunque

al procesado se le declaró reo ausente para la notificación de este proveído, antes de celebrarse la audiencia pública se logró su captura y con su presencia y la de su defensor se realizó tal diligencia el 3 de febrero de 1983. Los jurados respondieron afirmativamente el cuestionario respectivo, con fundamento en el cual el Juzgado Superior condenó a Suárez Becerra a la pena principal de 16 años de prisión como responsable de homicidio agravado; esa determinación fue confirmada, como ya se dijo, por el Tribunal.

La demanda de casación:

El recurrente hace dos cargos a la sentencia, el primero con fundamento en la causal cuarta y el segundo cimentado sobre la primera, así: En el proceso se incurrió en nulidad supralegal porque el cuestionario entregado a los jurados incluyó la expresión "culpabilidad dolosa" para referirse a la acción del procesado, a pesar de que el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, por variadas razones, prohíbe incluir esta clase de denominación jurídica; de esta manera se violó el mandato constitucional contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional porque se le "impidió al jurado tener en opción de veredicto la hipótesis planteada por la defensa y consistente en el homicidio preterintencional". La sentencia violó, además, de manera inmediata por indebida aplicación, el artículo 324 del Código Penal y de contera dejó de aplicar los artículos 323 y 3º de la misma codificación, porque siendo aquella primera disposición un tipo subordinado, no admite que de él se prediquen circunstancias genéricas de atenuación de la pena; el mínimo y el máximo punitivos del artículo 324 del Código Penal —puntualiza el actor— "no es cosa distinta del margen de fluctuación aritmética por el concurso de dos o más de estas circunstancias específicas de agravación allí descritas, pero jamás para que esa fluctuación se compense con las circunstancias de atenuación punitiva descritas en la parte general del Código Penal por vía indicativa"; de allí colige el recurrente que "las específicas circunstancias del artículo 324 del Código Penal sólo se deben incluir en los cuestionarios para los jurados cuando no medien circunstancias de atenuación punitiva", y que como el Tribunal reconoció, además, de la circunstancia específica de agravación del numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, incluida en el cuestionario, dos atenuantes genéricas (buena conducta y pasión excusable), incurrió en la violación directa demandada.

El concepto de la Procuraduría:

Pide el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que no se case la sentencia, pues, respecto de la nulidad impetrada ella no se configura dado que a pesar de la expresión técnica "culpabilidad dolosa" no hubo incertidumbre alguna en los jurados al responder el cuestionario, sobre todo si se tiene en cuenta que el propio defensor le señaló varias respuestas posibles que iban desde la exoneración por falta de prueba plena hasta la responsabilidad por lesiones personales; y en cuanto al ataque fundado en la causal primera, porque no hay ninguna antinomia entre las circunstancias agravantes específicas del artículo 324 del Código Penal y las atenuantes gené-

ricas del artículo 64, las primeras precisables en el auto de proceder e incluibles en el cuestionario y las segundas manejables exclusivamente por el juez de derecho.

Considerandos:

1. *Causal cuarta.* Lo que el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal prohíbe en relación con el cuestionario que debe someterse al jurado, es darle denominación jurídica a los hechos imputados al procesado y por los cuales se le llamó a juicio; prohibición que, por lo demás, ha de entenderse referida fundamentalmente a aquellos hechos cuyo *nomen iuris* constituya tecnicismo de difícil comprensión para los miembros del jurado, por cuanto se supone que no suelen poseer conocimientos jurídicos y porque es necesario que no tengan duda alguna sobre la naturaleza del comportamiento atribuido al procesado por cuya responsabilidad se les pregunta.

La expresión "culpabilidad dolosa" no pertenece, ciertamente, al giro ordinario de la comunicación entre profanos del derecho; ella se incrusta en el lenguaje especializado del derecho penal y apunta a una de las tres formas de culpabilidad previstas en el artículo 35 del Código Penal; pero con ella el juez no le dio calificación jurídica a los hechos por los que se le dictó auto de proceder al sindicado; si se lee el cuestionario se verá que se le imputaba un homicidio y que para referirse a él utilizose la expresión "haber ocasionado la muerte", con lo que se estaba haciendo inequívoca y entendible referencia al delito de homicidio.

Desde luego, no es necesario ni conveniente utilizar tales palabras en el cuestionario, pero el usarlas bien lejos está de configurar de suyo nulidad supralegal.

Por lo demás, no es cierto que el empleo en el cuestionario de la locución "culpabilidad dolosa" hubiese impedido al jurado el reconocimiento de homicidio preterintencional supuestamente planteado por la defensa; y no lo es, porque aunque en el curso de la audiencia el defensor hizo una sola y fugaz referencia a aquella especie de homicidio, cuando le propuso al jurado varias alternativas de respuesta al cuestionario, entre ellas no incluyó ninguna referida al homicidio preterintencional; en efecto, de las cuatro respuestas que le sugirió, tres dicen relación con la falta de prueba para señalar al procesado como autor del homicidio y la última apunta hacia un delito de lesiones personales. Por manera que frente al cuestionario propuesto por el juzgado, a las respuestas que alternativamente le ofreció el defensor, a la rotunda petición de responsabilidad hecha por la fiscalía y al amplio conocimiento que los jurados tuvieron de los hechos tanto por la lectura del auto de proceder como por las amplias referencias que a ellos hicieron las partes, no cabe conclusión diversa de la de que los integrantes del Tribunal popular sabían con claridad al responder el cuestionario en la forma unánime en que lo hicieron, que declaraban responsable al procesado de haber dado muerte a su concubina.

Fluye de las anteriores consideraciones que no hay fundamentos jurídicos para decretar la nulidad pedida.

2. *Causal primera. En relación con su estructura la doctrina suele distinguir tres categorías de tipos penales: básicos, especiales y subordinados; los primeros en cuanto describen de manera autónoma determinado hecho punible; los segundos que describen comportamiento ya plasmado fundamentalmente en un tipo básico, pero lo hacen con ciertas precisiones referidas a uno cualquiera de sus elementos integradores, y los terceros cuya característica esencial es la de que se señalan aspectos secundarios o circunstancias modales, temporales o espaciales, predicables de un tipo básico o de uno especial; estos últimos tipos se denominan subordinados o circunstanciados porque no tienen autonomía en cuanto no es posible subsumir en ellos de manera directa e inmediata un determinado comportamiento humano; necesario es que el juez encuadre inicialmente la conducta* sub judice *en un tipo básico o en uno especial y luego la refiere al subordinado en la medida en que se haya realizado con alguna de las circunstancias o aspectos en este previstos. La razón de ser de los tipos subordinados no es otra que la de señalar factores no esenciales de un hecho punible descrito en otro tipo (básico o especial), pero que a juicio del legislador generan una reprochabilidad mayor o menor de la que se derivaría del hecho cometido por fuera de aquellos; lo que significa que la función de tales tipos se concreta en la previsión de pena más drástica o más benévola de la señalada para el delito respectivo tal como aparece descrito en el tipo básico o especial al cual se refiere.*

Ahora bien, el hecho de que el tipo subordinado no pueda aplicarse de manera autónoma y de que la pena en él prevista esté igualmente referida expresa o implícitamente a la señalada en el tipo básico o especial del que depende, no significa que si en el caso concreto se evidencian circunstancias genéricas de atenuación o de agravación punitiva no subsumibles en el tipo subordinado de la parte especial del Código, aquellas circunstancias no deban reconocerse para los efectos de la definitiva dosificación de la pena imponible al procesado. Los artículos 64 y 66 del Código Penal, que describen las llamadas circunstancias genéricas de atenuación y de agravación punitivas solamente prohíben tener en consideración aquellas que aparezcan plasmadas específicamente en la parte especial del Código, con el fin de evitar que una misma de ellas sea tenida en cuenta simultáneamente para atenuar dos veces la pena o para agravarla reiteradamente. Y es que no existe incompatibilidad alguna en el plano lógico ni en el jurídico entre una específica circunstancia de atenuación o de agravación de pena descrita en un tipo subordinado y otra diferente de atenuación o de agravación genérica vertida en el artículo 64 o en el 66 del estatuto punitivo; al contrario, por mandato de estas normas y del artículo 61 han de complementarse unas y otras.

Es indudable que el artículo 323 del Código Penal es tipo básico y que el artículo 324 tiene el carácter de subordinado; pero de tal acerto no puede desprenderse la conclusión de que configurado un homicidio agravado por la presencia de una o varias de las circunstancias señaladas en esta última norma, sea indebido atenuar o agravar la pena que hasta allí resulte imponible, de acuerdo con la probada existencia de circunstancias genéricas diversas de las que se tuvieron en cuenta para la específica agravación del homicidio; y menos aún es correcto sostener que en el cuestionario sometido a los

jurados no deben incluirse las circunstancias del artículo 324 cuando concurran otras de contenido general, no sólo por las razones ya anotadas de su compatibilidad, sino porque de las primeras es de las que precisamente ha de ocuparse el jurado, pues que las segundas son del exclusivo arbitrio del juez de derecho, como lo predica el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal.

Trae el recurrente en aparente apoyo de su tesis el antecedente jurisprudencial del 22 de noviembre de 1971; pero ocurre que aquella decisión de la Sala resolvió un problema bien diverso: el de si era correcto en vigencia del Código Penal de 1936 imponer a un uxoricida la pena atenuada que preveía el artículo 382 de aquel estatuto pero referida a la agravante del numeral primero del artículo 363, o dicho en un plano técnico-jurídico, si está bien que un mismo factor (en este caso la calidad de cónyuges entre los protagonistas del hecho) sea considerado simultáneamente como circunstancia específica de atenuación y de agravación de la pena, es decir, si la aplicación de un tipo subordinado atenuado de la parte especial (art. 382) era compatible con la de otro agravado (art. 363) respecto de una misma circunstancia. Lo que dijo entonces la Sala sobre este concreto aspecto jurídico fue que no había tal compatibilidad.

Lo que ahora pretende el recurrente es, en cambio, que reconocida una circunstancia específica de agravación del homicidio (aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima), no se tengan en cuenta para los efectos de atenuación punitiva otras circunstancias genéricas legalmente previstas (buena conducta del procesado y haber actuado en estado de pasión excusable); tal pretensión no sólo es improcedente por las razones precedentemente expuestas, sino que resulta incomprensible planteamiento de la defensa pues que de ser jurídicamente aceptable —y no lo es— redundaría en perjuicio del procesado a quien se le aplicó la pena mínima prevista en el artículo 324 del Código Penal precisamente por la concurrencia de las dos circunstancias genéricas de atenuación punitiva que el recurrente considera inaplicables.

No prospera, tampoco, este cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAUSALES DE INCULPABILIDAD

No es responsable quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Es el clásico error de interpretación que tiene validez jurídica como causal de inculpabilidad en la medida en que siendo insuperable haya impedido al actor darse cuenta de la típica antijuridicidad de su comportamiento y, por lo mismo, actuar con conciencia de su ilicitud

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 4.

Vistos:

Conocerá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la procesada contra el auto del 18 de agosto de 1983 mediante el cual el Tribunal Superior de Ibagué la llamó a juicio por delitos de detención arbitraria y prevaricato.

Hechos:

Dentro del sumario que por delitos de lesiones personales entre Durabio y Diomedes Reyes de una parte y Pedro Pablo Cárdenas de otra, adelantaba en su despacho, la doctora *Floralba Muñoz Basave* en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Falán dictó auto de detención contra los dos primeros, pero respecto de Diomedes dispuso darle aplicación al artículo 449 del Código de Procedimiento Penal por ser funcionario administrativo (maestro de escuela pública), pese a lo cual el mismo día en que dictó tal providencia (2 de julio de 1982) libró contra él orden de captura y lo mantuvo detenido hasta el 13 siguiente. Señálase, además, que contra el otro protagonista de la riña —Pedro Pablo Cárdenas— no profirió auto detentivo como era su deber.

Resultandos:

1. Se allegó fotocopia autenticada del auto de 2 de julio de 1982 mediante el cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Falán a cargo de

la procesada, decretó la detención preventiva de Durabio y Diomedes Reyes y dispuso que respecto del segundo se diera aplicación al artículo 449 del Código de Procedimiento Penal (fls. 39-42); de la boleta de detención número 25 dirigida al director de la Cárcel Municipal y en contra de Diomedes y cuya fecha es la del mismo 2 de julio (fl. 42); del telegrama enviado el 5 de julio siguiente al Secretario de Educación de Ibagué para comunicarle el auto de detención precedente (fl. 42); del auto de 12 de julio en el que dispuso la libertad de Diomedes y la vinculación al proceso de Pedro Pablo Cárdenas (fls. 42-44); de la correspondiente boleta de libertad emitida el día siguiente (fl. 53) y de la diligencia de indagatoria de Pedro Pablo Cárdenas (fls. 45-53).

2. La procesada reconoce el hecho que se le atribuye pero explica que lo hizo porque consideró que para evitar que el sindicado evadiera la acción de la justicia mientras llegaba la comunicación de la Secretaría de Educación sobre su suspensión, debería permanecer en la cárcel "pero no en la parte de adentro o sea en el patio sino en la portería".

3. Existe prueba documental de que la procesada estuvo al frente del Juzgado Promiscuo Municipal de Falán desde el 1º de abril de 1981 hasta el 13 de julio del año siguiente.

4. El Tribunal señala en su providencia que la procesada incurrió en delito de detención arbitraria porque privó ilegalmente de su libertad por espacio de 12 días a persona que siendo empleada pública no podía estar detenida por mandato del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, norma precisamente invocada por la juez e incumplida por ella misma; agrega que también cometió delito de prevaricato omisivo al abstenerse de dictar auto detentivo contra Pedro Pablo Cárdenas existiendo mérito para ello en el expediente.

5. Al sustentar el recurso de apelación indica el apoderado de la procesada que esta no es responsable del delito de detención arbitraria porque actuó de buena fe, y vale decir, sin dolo, por mero descuido en la interpretación del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, a más de que no estaba comprobado que Diomedes Reyes fuese realmente empleado público; respecto de lo imputado por prevaricato advierte que el delito no existió pues la doctora Muñoz Basave dispuso oportunamente vincular mediante indagatoria a Pedro Pablo Cárdenas y que si no le definió su situación jurídica fue porque hizo dejación del cargo antes del vencimiento del plazo de que disponía para ello. En resumen, solicita que se sobresea definitivamente a su patrocinada.

6. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se confirme el auto apelado en cuanto llamó a juicio a la procesada por delito de detención arbitraria, puesto que está demostrada su materialidad y la actuación dolosa de la funcionaria, pero reclama revocatoria de la decisión del *a quo* respecto del delito de prevaricato, ilícito este que no encuentra configurado, y por el que, además, no se le interrogó en su declaración de indagatoria.

Considerandos:

1. *La detención arbitraria.* Incurre en este hecho punible —descrito por el art. 272 del C. P.— el empleado oficial que abusando de sus funciones prive a otro de su libertad, es decir, cuando un funcionario mediante arbitraria o ilegal decisión conculque la libertad de una persona mediante captura, retención, detención o encarcelamiento, cualquiera sea el lugar donde se materialize la limitación temporal del bien jurídico de la libertad personal de locomoción.

En el presente caso, está plenamente comprobado que la procesada en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Falán dispuso la detención preventiva de Diomedes Reyes Moscoso, libró contra él boleta de encarcelamiento y lo mantuvo en esa situación entre el 2 y el 13 de julio de 1982, pese a que en el mismo auto de detención reconoció que siendo empleado público debía dársele aplicación al artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, disposición esta que como bien se sabe supedita la captura y encarcelamiento de empleado público contra quien se ha emitido auto de detención preventiva, a que la autoridad nominadora respectiva proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo, a menos que pasados 10 días desde la fecha en que se solicite dicha suspensión, esta no se hubiera producido, en cuyo caso se dispondrá su aprehensión para dar cumplimiento al auto detentivo.

Señala el recurrente que la procesada actuó sin dolo como que incurrió en un simple descuido interpretativo de la norma procesal precitada. No lo considera así la Sala. En efecto *entre las causales de inculpabilidad que menciona el artículo 40 del Código Penal se encuentra la de "quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal". Dentro de esta modalidad del error aquí plasmado cabe la del que apunta a uno cualquiera de los elementos integradores del tipo penal y, desde luego, a un ingrediente normativo del mismo; es el clásico error de interpretación que tiene validez jurídica como causal de inculpabilidad en la medida en que siendo insuperable haya impedido al actor darse cuenta de la típica antijuridicidad de su comportamiento y, por lo mismo, actuar con conciencia de su ilicitud; pero cuando el yerro era vencible, cuando podía y debía ser evitado con la diligencia y cuidado ajenos a la condición en que se actuaba y pese a ello se incurrió en error, entonces no puede concluirse que el agente actuó inculpablemente; si en tal caso llega a reconocerse error culposo, persistirá su responsabilidad penal en la medida en que el hecho punible realizado tenga prevista aquella forma de culpabilidad (art. 40 Código Penal, inciso final).*

Pero en tratándose de supuestos o reales errores de interpretación de normas jurídicas por parte de jueces es necesario examinar si las disposiciones interpretadas mostraban un contexto complejo o simple, pues sólo en los casos en que la oscuridad del texto o la complejidad del fenómeno en él encerrada permitan la posibilidad racional de interpretaciones variadas o equívocas, es posible aceptar la existencia de un error invencible; lo que significa, a contrario sensu, *que frente a disposiciones legales de simple y clara redacción cuyo*

contenido es inequívoco para quien poseyendo conocimientos jurídicos normales está en condiciones de entenderlo y aplicarlo adecuadamente, no es lógico suponer ni jurídico aceptar que se incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exhoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad.

Si se examinan los hechos procesales a la luz de estas consideraciones habrá de concluirse que el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal dispone con suficiente claridad que a un empleado público no se le debe hacer efectiva la privación de libertad derivada de un auto detentivo, mientras la autoridad nominadora no lo haya suspendido en el ejercicio del cargo, y que solamente si han transcurrido más de diez días desde aquel en que esa suspensión fue solicitada sin que ella se haya proferido, puede el juez disponer su captura. La explicación de la procesada —persona que cursó y aprobó cinco años de derecho en la universidad— en el sentido de que entendía que Diomedes Reyes podía continuar en la cárcel mientras se conocía la determinación de la Secretaría de Educación del Tolima sobre la suspensión del cargo del maestro de escuela, para evitar que el sindicado eludiera la acción de la justicia, porque mientras no estuviera dentro de los patios de la cárcel no podía entenderse como realmente detenido, es de una puerilidad desconcertante, pues no se necesitan conocimientos jurídicos especializados, ni mayor esfuerzo mental para percatarse de que una persona contra quien se ha librado orden de captura y que en cumplimiento de ella está en la cárcel, tiene el status jurídico y real de *privado de libertad* no importa en qué lugar del establecimiento carcelario se halle mientras permanezca en esa situación.

No siendo, pues, pertinente reconocer hasta ahora la causal de inculpabilidad alegada y dándose en cambio la exigencia del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para vincular en juicio a la procesada por delito de detención arbitraria, habrá de mantenerse la determinación que en tal sentido tomó el Tribunal de Ibagué.

2. *El prevaricato omisivo.* Incurre en este hecho punible el funcionario que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, es decir, cuando el empleado oficial deje de hacer o haga tardíamente actividad que deba cumplir en razón del cargo que desempeña y de las funciones que le son ajenas.

Considera el *a quo* en la providencia apelada que la doctora Muñoz Basave incurrió en este delito al no haber proferido auto de detención contra Pedro Pablo Cárdenas por las lesiones inferidas a Durabio Reyes. Pero si se examina la actuación de la juez en este proceso, se encontrará que en su auto de 2 de julio de 1982 solamente se ocupó de la situación jurídica de Durabio y Diomedes Reyes a quienes ya había oído en indagatoria; que en el auto de 12 de julio siguiente dispuso vincular también al proceso a Pedro Pablo Cárdenas contra quien libró boleta de captura; que al día siguiente (julio 13) Cárdenas se presentó voluntariamente al juzgado y en seguida lo oyó en indagatoria, y que no tuvo tiempo de definirle su situación jurídica porque hasta ese día se desempeñó como titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Falán. Adviértase, además, que la razón por la cual Cárdenas no fue oído en indagatoria hasta el 13 de julio fue

la de que se hallaba recluido en el Hospital de Ibagué como resultado de las lesiones recibidas en el curso de la riña que dio lugar a la investigación adelantada por la juez.

En este orden de ideas se aparta la Sala —como lo hace la Procuraduría— de la determinación tomada en la primera instancia respecto de esta acusación.

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

Resuelve:

1. *Confirmar* el auto apelado en relación con el llamamiento a juicio de la doctora Floralba Muñoz Basave por delito de detención arbitraria.

2. *Revocar* dicha providencia respecto del llamamiento a juicio proferido contra la procesada por delito de prevaricato; dispónese, pues, su sobreseimiento definitivo en razón de este hecho.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

POSIBILIDAD DE CONCURSO DE FALSEDAD Y ESTAFA EN DOCUMENTO PRIVADO CONFORME AL NUEVO CODIGO PENAL

El uso natural del documento privado no produce concurso con estafa, pero el uso calificado del mismo con obtención de un provecho económico origina el concurso de ambas infracciones

La Corte ratifica su doctrina

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 04.

Vistos:

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jorge Eliécer Millán Quiroga,* contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 1983 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en segunda instancia, la que con algunas modificaciones, confirmó el fallo de primer grado, dictado por el Juzgado Primero Superior de Honda el 29 de noviembre de 1982.

Hechos:

Fueron resumidos por el juzgado de la causa, así:

"La presente investigación tuvo fundamento en la denuncia presentada por el señor Rodrigo Piñeros Puerta ante el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en el Líbano, por el mes de agosto de 1981. Relata el querellante que a raíz del embargo que le hicieron a su cuenta corriente en el Banco Cafetero de aquella ciudad, se enteró que en el Juzgado del Circuito Civil se adelantaba en su contra proceso ejecutivo promovido por el abogado Emiro Campos, teniendo como base de recaudo un título valor (letra de cambio) emitido presuntamente por él a favor de Jorge Millán, persona con la cual no ha tenido ningún tipo de negocio. La firma de dicho título le fue falsificada, teniendo posiblemente como base otro instrumento girado por igual valor al de la demanda, a favor de Eduardo Quiroga, un tío de su denunciado, y con el cual sí había tenido un negocio por la compra-

venta de una finca denominada 'El Placer' y que precisamente para la fecha de la denuncia debía ser cancelada".

El juzgado del conocimiento impuso seis años de prisión y $ 20.000.oo de multa; y, el Tribunal disminuyó esta pena a cuatro de pena privativa de la libertad personal y $ 10.000.oo de multa, dejando a salvo las accesorias.

La demanda:

Al amparo de las causales 4ª y 1ª de casación formula dos cargos:

1º La sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad legal de acuerdo con la prescripción 5ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, esto es, porque se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción al tenerse como delito de falsedad los elementos integrantes del de estafa.

Argumenta así:

"El dictamen del Laboratorio de Grafología del Instituto de Medicina Legal expresa que la firma que aparece como giradora y aceptante de la letra de cambio cuestionada dentro del proceso ejecutivo del doctor Emiro Campos Rozo contra Rodrigo Piñeros Puerta, es 'una servil imitación' de la firma real de éste último, pero no se afirma, como no se podía afirmar, que el procesado haya sido su falsificador y hasta el momento tampoco puede afirmarse que el endoso realizado por el señor Jorge Eliécer Millán Quiroga al doctor Campos Rozo se haya hecho con pleno y total conocimiento de que la letra citada era falsa".

"...Total que si bien era cierto y procedente tener este hecho punible como estafa simple y llanamente, no podía ni jurídica ni probatoriamente calificarse, a la vez, de falsedad, desprendiéndose de esto, que la calificación de falsedad es errada y va más allá de las pruebas y hace, lamentablemente, más gravosa la situación del procesado".

Concluye afirmando que se está únicamente ante el delito de estafa, el que puede estar más o menos probado, pero no en concurso con el de falsedad, porque jamás se probó y además la prueba grafotécnica releva al procesado de toda responsabilidad en ese punible. Lo que se tiene como falsedad en este caso "...no es otra cosa que los 'artificios o engaños' de que habla el artículo 356 del Código Penal..."

2º La sentencia es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 26 del Código Penal.

Apoyándose en el primer ataque, argumenta que sí está probado, de acuerdo con el dictamen grafológico y los testimonios de Emiro Campos Rozo, Arnoldo Acosta y Rafael Tovar Ceballos que el procesado no cometió la falsedad del título valor, sólo ha de responder por el

delito de estafa, siendo preciso que se acomode la dosificación de la pena.

Razona así:

"...al estructurarse una conducta delictiva con los mismos elementos de la otra, no hay dos hechos punibles distintos sino identidad y al no entenderlo así la sentencia recurrida, se violó la ley sustancial, dando cabida al recurso que se ha interpuesto".

Respuesta del Ministerio Público:

Representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de calificar el libelo como un alegato de instancia, responde de la siguiente manera:

Al cargo primero:

"...el casacionista olvida que si bien esa prueba técnica se cumplió dentro del proceso ejecutivo a que dio origen la letra falsa, la referida prueba que fue trasladada legalmente al proceso penal sin que nadie hubiera protestado por ello, sino, al contrario, habiendo quedado incorporada a éste con el conocimiento y acatamiento de todas las partes en él intervinientes..."

"Y si a lo anterior se agrega el hecho de que la negociación de la cual surgió la letra que en principio quedó aceptada por Piñeros Puerta y en la cual se escribió solamente en cifras la cantidad que tal instrumento indicaba pagar tuvo lugar en establecimiento donde el aquí procesado prestaba sus servicios como empleado, lo que le permitió darse cuenta de la negociación que acababa de hacer su tío Eduardo Quiroga Vargas; si más tarde el mismo procesado llegó al sitio de convenio donde ese mismo tío suyo había llegado algún tiempo antes; si el señor Quiroga siempre llevaba consigo ese instrumento y algo tuvo que ocurrir para que en poder del sobrino apareciera una letra con idénticas especificaciones a la que tenía en su poder el tío, que era la verdadera, síguese de todo ello que si más tarde ese sobrino se dio a la tarea de negociar con cierta urgencia dado que estaba para vencerse el plazo para ser cobrada una letra de cambio casi idéntica a la que tuvo en su poder por largo tiempo ese su pariente, y si luego ese instrumento resultó con la falsedad que se ha anotado en apartes precedentes, es para concluir que quien así usó de tal documento para lucrarse no pudo ser persona diferente al señor Millán Quiroga, quien estaba en antecedentes de lo ocurrido entre su tío y el señor Piñeros Puerta a causa del negocio que estos ciudadanos llevaron a feliz culminación en sitio donde se hallaba para entonces el hoy procesado.

"Entonces todas estas contingencias reunidas indican que solamente Jorge Eliécer Millán Quiroga podía ser la persona que tenía aptitud para consumar el hecho de la falsedad consistente en la contrafacción de la firma de quien había aceptado la letra, signada en su anverso con la cifra indicativa del dinero por él debido, cifra ésta que también fue objeto de imitación en cuanto a la forma de escritura de todos los números que la representaban.

"Mas, como si no fuera ya importante ese acopio de prueba, a los autos tuvo lugar la ocurrencia de la confesión del procesado sobre este aspecto y sobre los demás de que se ocupa este proceso, cuando en diligencia de careo cumplida con arreglo a todas las disposiciones legales existentes, al respecto admitió ser verdad lo que su careado Henry Escobar C., le expresó en su presencia a que él, ya de tiempo atrás le había ofrecido en venta la referida letra, y que cuando la negociación de ella se hizo con el doctor Campos Rozo, él, Henry Escobar, dio el dinero al procesado, valor de la negociación dicha".

A las pruebas anteriores agrega el Ministerio Público las referentes a la existencia de los cheques que le giró Escobar Ceballos y que éste hizo efectivos; la que demuestra la cancelación de la cuenta corriente que el procesado tenía en el Banco del Comercio de Líbano, hecho al cual siguió el de la desaparición de éste de esa población y la que da cuenta de los innumerables cheques que giró sin provisión de fondos a varios comerciantes de la localidad, y, la manifestación que hizo a quien lo condujo en el sentido de que su huida se debía a unos cheques que había girado y a una letra, siendo perjudicado con ésta un señor Piñeros, si se tiene en cuenta que el declarante supo de tales cuestiones únicamente por lo que le contó Millán Quiroga.

"Si esa estafa se llevó a cabo por razón del negocio que hizo de la letra falsa, síguese que el procesado conocía de la existencia de esa falsedad. Y ya se sabe porqué tenía conocimiento de ésta; porque él la había producido, y porque usó de tal documento falseado al negociarlo".

Pide desechar el cargo.

Respecto del segundo ataque hace igual solicitud porque de una parte no demostró el censor la existencia de la violación de la ley penal sustantiva, ya sea por vía directa o indirecta; y, porque de otra parte, ninguna de las dos aparece dentro del proceso.

Consideraciones de la Corte:

En relación con el cargo primero, es decir porque la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad legal al incurrirse en error relativo a la denominación jurídica de la infracción en el auto de proceder, al enjuiciar al inculpado por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, cuando, en sentir del casacionista solamente debió ser por estafa, la causa evidencia la comisión de los dos.

Si bien no existe dato contundente sobre la contrafacción de la letra de cambio que el procesado Jorge Eliécer Millán Quiroga endosó el 25 de julio de 1981 a favor del abogado Emiro Campos Rozo por valor de $ 181.000.oo, sí obran múltiples indicios en el sentido de que éste no solamente conocía la falsedad del título valor, sino de que fue el falsario directa o indirectamente, valga decir, que si personalmente no lo creó, tal hecho se dio bajo su dirección.

Los variados indicios anunciados pueden resumirse como sigue:

La negociación de la finca "El Placer" entre Rodrigo Piñeros Puerta y Eduardo Quiroga Vargas, la cual dio origen a la emisión de una letra de cambio por $ 181.000.oo girada por el primero a favor de Quiroga Vargas, como saldo de la compraventa, se realizó en establecimiento abierto al público administrado por Millán Quiroga, quien estuvo presenciando el acuerdo de voluntades; más tarde estuvo en el sitio "El Convenio", donde se hallaba su tío, quien portaba la letra; durante indeterminado tiempo Quiroga Vargas dejó ese título valor en el escritorio de su casa a la cual tenía acceso el sentenciado; sólo faltaban dos días para el vencimiento de éste y a pesar de tal circunstancia exterioriza un insólito afán por negociarla, con descuento de $ 10.000.oo; recaudado su valor realiza variadas compras en diversos lugares de comercio con cheques que resultan sin provisión de fondos, conductas que dan lugar a múltiples denuncias; y, finalmente, en consecuencia, emprende huida de esa población para ser capturado en el sitio de Doncello (Caquetá) unos tres meses después. De lo anterior se sigue que Millán Quiroga tenía pleno conocimiento de la falsedad del documento y que ese total conocimiento solamente fue posible porque él fue su autor.

Por manera que atendiendo la libertad de prueba y siendo ésta tan rica como convergente, no resulta cuestionable la existencia del delito de falsedad por el cual se llamó a juicio al procesado y condenado en concurso con el de estafa.

No puede echarse de menos que en careo con Henry Escobar Ceballos, persona que por orden de su acreedor Emiro Campos Rozo pagó el apócrifo título valor, el encausado hubo de aceptar los hechos imputados a él con la fría respuesta "todo es cierto"; y que resultaron inútiles los esfuerzos para desorientar la justicia al intentar presentar manuscritos indubitados que no tuvieran elementos grafodinámicos y grafotécnicos inconfundibles respecto del material dubitado del texto del endoso.

El contenido del artículo 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretará a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición "si lo usa" es equívoca porque el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de documentos de origen eclesiástico, o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y, en el segundo concursa con el de estafa, si además se dan los elementos que estructuran este delito.

En este proceso se dieron aquellos elementos que integran el delito contra el patrimonio económico, porque no solamente se emplearon las maniobras reseñadas en precedencia, sino que se valió del nombre de persona de reconocida solvencia económica y moral de la localidad, haciéndola aparecer como la giradora y aceptante del documento, aprovechando su calidad de tío.

La apariencia de legalidad del documento apócrifo, apto para el tráfico jurídico y por tanto idóneo para inducir en error a un público de comprensión tenida como normal según el criterio que en el medio cultural se tiene por tal que, utilizado por el falsario, recurriendo a maniobras engañosas, produzca un ilícito provecho económico para sí o para un tercero con el subsiguiente perjuicio ajeno, estructura el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y el de estafa.

En este expediente la prueba legalmente recaudada se acomoda a los dos comportamientos, de lo cual se infiere que no hubo errada calificación jurídica de las infracciones por las cuales se profirió el fallo recurrido.

Sobre un caso similar dijo la Corte en sentencia de casación el 15 de septiembre de 1983, Acta Nº 78:

"La calificación que se dio a los hechos a que se refiere este proceso fue acertada, pues la falsedad se estructuró con el fingimiento de una firma en un cheque y la estafa, con la defraudación patrimonial cumplida con el uso de ese título en detrimento de los intereses del sujeto pasivo, para lo cual se acudió, además, al empleo de las maniobras engañosas puntualizadas por el señor agente del Ministerio Público".

El cargo no prospera.

La otra censura guarda estrecha relación con el anterior.

Si no existe la nulidad legal por errónea calificación jurídica de las infracciones, esta es desafortunada porque no demuestra la existencia de la violación de la ley penal sustantiva por el evidente motivo de hallarse el recurrente en imposibilidad de respaldar su aserto, en razón a que pretende su presencia alegando de nuevo la configuración de un solo delito: el de estafa. Además la demanda no dice si la violación es directa o indirecta, desconociendo en forma grave uno de los ritos de este recurso, cual es el de la técnica.

Como entre los dos ataques a la sentencia existe sustancial relación, conclúyese que al ser inidóneo el primero, según ha quedado plasmado, esa calificación es igualmente predicable del segundo.

Tampoco está llamado a prosperar.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con éste, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* Salvamento de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario de la Sala.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO

En caso similar, en el cual cuestionamos el concurso de delitos entre el giro fraudulento de cheques y otras infracciones, como la estafa, tuvimos oportunidad de escribir lo siguiente, lo cual nos permitimos reproducir en esta ocasión:

A grandes rasgos presentamos nuestro disentimiento, que tiende a eliminar la posibilidad del concurso de delitos de "falsedad en documentos" y "estafa", cuando se altera la verdad en un título valor y mediante esta maniobra se obtiene el provecho económico que era propósito de esa acción.

Estos son los motivos del desacuerdo:

1. Los delitos pluriofensivos o la conducta delictiva múltiple suele vulnerar a más de un bien jurídicamente tutelado. Ese desplazamiento psicofísico encuentra como primera y fácil solución la de advertir que se trata de un concurso de hechos punibles, institución reglada en los artículos 26 a 28 del actual Código Penal.

2. Razones de política criminal, para evitar una represión excesiva, o de justicia retributiva, que busca impedir la violación del *non bis in ídem*, llevan a la doctrina y a las legislaciones a restringir humanitariamente las formas concursales y establecer *como un solo delito*, conductas plurales que en sentido general darían lugar a varios delitos independientes, *o como una sola conducta* con efectos múltiples, también susceptibles de ser tomados como varias infracciones autónomas. De allí las denominaciones de delito continuado, delito compuesto y delito progresivo, etc. y de ahí también, los criterios de especialidad, consunción y subsidiariedad ideados para darles sustento a los mismos y para explicar que no se trata propiamente de varios delitos, aunque ésta sea la inicial valoración, porque en el fondo se tiene es un concurso aparente de tipos.

3. La forma como discurre la ponencia de la cual nos apartamos, en su primera parte, sirve tanto para sus propios fines como para la tesis que se sostiene en este salvamento. Porque entendemos que la reforma penal de 1980 representa, en el campo de la falsedad, una enmienda profunda de efectos acentuados, más allá de aspectos meramente corticales, afirmamos que en lo relacionado con los títulos valores, se quiso descartar la tradicional tesis de los concursos delictuales; porque aceptamos el delito complejo (en estricto o lato sentido), como fenómeno jurídico de aplicación y creación doctrinarias en

nuestro medio forense, también aseveramos que el mismo pueda resolver satisfactoriamente el problema planteado, mediante los criterios de la consunción o de la especialidad, y, finalmente porque el "uso", como elementos del tipo (art. 221 del C. P.), interpretado con exactitud y rigor, esto es, en toda su extensión consecuencial, viene a constituir los actos propios de la estafa, resultado querido y propiciado con la alteración de la verdad en el título valor.

4. No debe olvidarse, entonces, que los problemas inherentes a los concursos de delitos suelen desaparecer bajo el peso de una enmienda legislativa, así éste pueda aparentar desapego de la técnica jurídica. Y esto es lo sucedido en el actual Código Penal.

Antes, a expensas de la asimilación del título valor a documento público, la falsedad cometida en estos tenía virtualidad delictiva así se omitiera su uso. En virtud de tal equivalencia se desplazaba la tesis del concurso (por el uso), dominante en el documento público propiamente tal, al instrumento negociable, originando también el uso de éste plurales entidades delictivas de ordinario falsedad y estafa. Pero eso se debía a la ausencia de una norma que reprimiera, dentro de la propia órbita del delito de falsedad, la conducta de quien, habiendo falsificado el documento público igualmente lo usaba. Tanto que ese comportamiento, referido al documento privado, sí estaba sancionado como modalidad agravada de falsedad, con la obvia exclusión del concurso con la estafa (art. 242 del C. P. de 1936).

En el nuevo estatuto se tuvo el cuidado de subsanar ese vacío estableciendo como circunstancia de agravación punitiva del delito de "uso de documento público falso" el hecho de que su autor hubiese sido también el de la falsificación (art. 222, inciso segundo). Y respecto del uso en el documento privado el tratamiento que le dio el legislador fue el de erigirlo en elemento del tipo con los alcances ya analizados (art. 221).

De tal manera que no hay razón para hacerle desempeñar al uso papel diferente del que el propio código le asigna, en clara manifestación de la voluntad de reglamentarlo íntegramente dentro del ámbito del delito de la falsedad.

5. Conviene repetir que, desaparecida la asimilación del título valor a documento público y requiriéndose el uso del documento privado para poder estructurar la falsedad, la interpretación lógica de este cambio legislativo debe estar del lado de la eliminación del concurso. El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo, inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal como el no uso. Luego la consideración que hace el artículo 221 del "uso", tiene que referirse, en la esfera de los títulos valores, a la estafa, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables, realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos valores adulterados, sirva simultáneamente a dos necesidades; a la de estructurar, hacia atrás, la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa.

La tesis de la mayoría desatiende este sesgo legislativo, que en el párrafo siguiente destacaremos más nítidamente, así como la tendencia de los últimos tiempos, que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, concentrando en una sola figura criminal los varios aspectos que puedan tener relación, mediante los concursos, con los títulos valores (ver Decreto 1135 de 1970 y lo que a su turno establece el capítulo 4º, títulos 14, libro 2º del C. P.). Pero además convierte una definición general y científica, que debiera obedecer a esquemas doctrinarios, en interpretación subjetiva y variable de las circunstancias. En efecto, parece que poco vale como artificio y engaño, la cuidadosa adulteración de un cheque, con su presentación personal e identificación de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad documental; pero, si se aparenta solvencia económica (vestido, vehículo, amistades, etc.) entonces si se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea, el de la estafa.

Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta, en el fondo, sobre un resultado; la obtención del provecho económico, como si el uso exigido en el citado artículo 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia.

6. Coincidimos con la decisión mayoritaria en afirmar que la reforma legislativa, en este tema de la falsedad de títulos valores, tiene características substanciales y no simplemente corticales. Basta reproducir el criterio expresado por la Comisión de 1979, la última que se ocupó de preparar el actual Código Penal. La simple transcripción denota cuán lejos está el contenido y consecuencias de este estatuto de la doctrina que nos merece este disentimiento. "Doctor Estrada Vélez: El artículo del proyecto final, 'uso de documento falso', me parece importante siempre y cuando cambiemos la redacción del mismo. Precisamente, esta norma evitará los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia de falsificación de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona.

"*Entonces si contemplamos un tipo especial por el cual establecemos la falsedad agravada para el evento de que el autor de la falsedad de documento público sea el mismo que lo usa, evitaremos el concurso de delitos.* Igualmente, si establecemos un tipo especial de falsedad para la persona que usa un documento público falsificado, aunque no haya concurrido a la falsificación, estaremos precisamente guardando la fe pública. Por consiguiente, este artículo se debe referir al uso de documento público falso. Hecho diferente es el uso de documento privado falsificado por persona que no concurrió a la falsificación y que no debe ser tenido en cuenta dentro del texto de este nuevo artículo. Por consiguiente, propongo el siguiente texto: '*Uso de documento público falso.* El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años' ...inciso. 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad' ".

Doctor Giraldo Marín: Señor Presidente, con el texto propuesto quiere usted decir que si una persona falsifica un documento público y lo usa con el propósito de cometer una estafa, no habría concurso de falsedad y estafa. En ese sentido me gustaría dejar una constancia en el acta.

Doctor Estrada Vélez: *Efectivamente, constituirá ese evento un delito agravado de falsedad contemplado en este artículo a aprobar. En consideración el texto propuesto.*

El Secretario informa que el nuevo texto propuesto por el doctor Estrada Vélez es aprobado por unanimidad y da lectura al nuevo artículo aprobado.

Artículo 270. *Uso de documento público falso.* El que sin haber concurrido a la falsificación hiciese uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad... Doctor Estrada Vélez: El artículo 302 del proyecto final se refiere a la *"falsedad en título valor"*.

Me parece importante buscar un texto más simple porque el del proyecto final es demasiado casuístico y, precisamente, en los textos que hemos aprobado se ha eliminado, en lo posible, las enumeraciones. Soy partidario de establecer y otorgar un margen amplio para que el juez juegue según la cuantía del ilícito. No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se puede fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad comercial. Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aún tratándose de un delito pluriofensivo.

"Doctor Giraldo Marín. Precisamente, porque el bien jurídico tutelado prioritariamente es la fe pública, la comisión encargada del proyecto final colocó este artículo en el presente título. Sin embargo, por razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos.

"Doctor Estrada Vélez: En principio, estoy de acuerdo con usted; porque no es lo mismo falsificar una escritura de hipoteca por cincuenta millones de pesos que una por diez mil pesos. Entonces, si el máximo de la pena imponible en los delitos de falsedad en documento público cometido por empleado oficial, es de diez años, resulta injusto imponer doce años por la falsedad en 'título valor'. Será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena. Teniendo en cuenta, obviamente la cuantía del título valor falsificado. Además de los factores establecidos en la parte general del código. *De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título valor precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome este tipo de conducta como una falsedad agravada.* En consecuencia, propone el siguiente texto: 'El que falsifique un título valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años'. Inciso: 'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor'. De

esta manera protegemos el título valor en su sentido amplio y dentro de un tipo especial porque simplificamos el primer inciso del texto del proyecto final y tenemos en cuenta el tercero. *No así el segundo inciso, porque el uso de un documento privado falso por quien no lo falsifica o constituye un elemento de estafa, un ardid o forma de engaño, en consideración el nuevo texto propuesto.*

"El Secretario informa que la Comisión aprueba el texto propuesto por el doctor Estrada Vélez con voto negativo del doctor Giraldo Marín.

"Y da lectura al nuevo artículo aprobado:

"Artículo 276. Falsedad en título valor. El que falsifique un título valor, *si lo usa,* incurrirá en prisión de uno a diez años.

"En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor". Actas del nuevo Código Penal Colombiano —parte especial (arts. 11 a 322) volumen II, Acta número 20, páginas 355/358—, Colección Pequeño Foro, Edición dirigida por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín. Subrayas fuera de texto original.

7. Los casos que se pretenden arbitrar como contra argumento a la tesis del no concurso y que en concepto de la mayoría constituirían problemas insolubles si no se aplica su criterio, no pueden merecer tan significativa valoración, porque o bien no deben resolverse acudiendo al concurso, o bien pueden permitirlo sin que por esto lo relacionado en forma específica para los títulos valores también se les aplique. Sobre este último particular tendría que observarse la relación económica que alimente la falsedad del título valor y su consiguiente aprovechamiento, lo cual no se aviene con la adulteración de un registro público de matrimonio con la consecuente bigamia o engaño sexual, posibilidades últimas que, además, involucran otros distintos actos de naturaleza bien diferente, sobre los cuales sí descansa con firmeza el concurso. Y así podría continuarse el razonamiento sobre esa ejemplificación, pero no es oportunidad para hacerlo extensamente.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado; *Darío Velásquez Gaviria,* Magistrado.

Bogotá, enero 27 de 1984.

HOMICIDIO IMPERFECTO

VEREDICTO. Su existencia

Mientras no se logre una respuesta del jurado que sirva de sustento adecuado a un fallo, absolutorio o condenatorio, debe reclamarse la intervención de éste cuantas veces sea necesario y hasta que se logre este cometido. La Corte cambia su doctrina

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 04 de 24 de enero de 1984.

Vistos:

Se ha recurrido en casación, por el apoderado de los procesados, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 16 de febrero de 1983, mediante la cual se impuso a *Eugenio Mosquera* y *Jesús Antonio Rodríguez*, por los delitos de "homicidio y lesiones personales", dieciséis (16) años de prisión, a cada uno de ellos.

Admitido el recurso y declarada la demanda ajustada a los términos de ley, corresponde ahora hacer el pronunciamiento de fondo.

De los hechos y la actuación procesal:

Conviene, a este respecto, acudir a las anotaciones consignadas en el fallo recurrido, complementadas por el Procurador 3º Delegado en lo Penal.

"...De autos se desprende que el 2 de junio de 1975, a la casa de la familia Cardona, cita en el Corregimiento de El Cauchal, llegaron dos sujetos quienes, después de tomarse unas gaseosas e ingerir algunas galletas, pidieron posada, la que les fue concedida y se quedaron a dormir en esa noche. Y ya en altas horas de esa misma noche, los habitantes de tal residencia se dieron cuenta que eran atacados a cuchillo, razón para que Nohelia María Santa procediera a pedir auxilio, pero antes de salir de la casa fue herida, e igual cosa sucedió con Carmen Franco Arias y Rafael Ricardo Acevedo Agudelo, y resultando muerto Pedro Antonio Cardona.

"Iniciada la investigación penal correspondiente ésta terció hacia los sujetos Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez, los que fueron capturados el día siguiente —3 de junio— en el paraje La Playa, siendo inmediatamente reconocidos por Nohelia Santa como los mismos sujetos que el día anterior solicitaron posada en la casa en cuestión, y las mismas personas que en la noche de autos estuvieron dentro de la misma.

"Tanto Eugenio Mosquera como Jesús Antonio Rodríguez, en sus respectivas indagatorias, niegan ser los autores del homicidio agotado en la persona de Pedro Antonio Cardona, y de lesiones sufridas por María Nohelia Santa, Carmen Franco Arias y Rafael Ricardo Acevedo, aduciendo que se encontraban por esos lugares debido a que fueron por una Motobomba que se hallaba en el sitio denominado 'La Mona'. Pero es la misma reconocedora María Nohelia Santa quien se encarga de desmentir la posición asumida por aquellos incriminados, cuando en sendas diligencias de careo les sostiene que son los mismos sujetos que solicitaron posada en su casa y pernoctaron dentro de la misma en la noche de autos.

"Así mismo Antonio José Cardona Hoyos, hijo del occiso, reconoció a Eugenio Mosquera como a un antiguo compañero de trabajo y que, por lo mismo, conocía la casa de su padre y sabía que éste negociaba en oro.

"Y en diligencia de careo, Mosquera en principio negó conocer a la persona que tiene de presente, Cardona Hoyos, pero finalmente lo aceptó así..." (fls. 576 y 577, cuaderno 1º).

"Practicadas las primeras diligencias de la policía, se abrió la investigación por el Juzgado Municipal de Dagua, el cual, oídos en indagatoria los procesados y con base en las informaciones existentes, dictó en su contra auto de detención; prosiguió el trámite con la práctica por juez de instrucción de las pruebas necesarias y de las ordenadas por el juez del conocimiento, quien una vez perfeccionada la investigación la cerró y calificó el proceso con llamamiento a juicio para los procesados nombrados, por homicidio agravado por la indefensión en la persona de Pedro Antonio Cardona y por homicidio imperfecto en los restantes afectados; apelada esta providencia y habiéndose desistido del recurso por los apelantes, se decretaron pruebas solicitadas y cumplidos los trámites pertinentes, se efectuó la audiencia, en la cual el jurado respondió negativamente en cuanto a la responsabilidad de los procesados, respuesta declarada contraevidente por el juez, en decisión que, consultada, fue confirmada por el Tribunal; celebrada nueva audiencia, el jurado pronunció veredicto afirmativo respecto a los dos acusados y en cuanto a todas las infracciones mencionadas, con base en el cual se dictó sentencia condenatoria en primera instancia, confirmada por el Tribunal.

"Recurrida esta última en casación, fue invalidada por la honorable Corte en sentencia de 29 de enero de 1981 (Magistrado sustanciador doctor Gómez Velásquez) en razón de haberse preguntado en cuanto a los delitos de homicidio imperfecto si los procesados eran responsables de 'homicidio frustrado' en las circunstancias de las cua-

les daba cuenta el proceso, por considerarse que se desconocían así las normas legales y las formas propias del juicio, dejando en firme la respuesta respecto al homicidio agravado.

"Resuelta petición de la defensa en cuanto a cesación de procedimiento porque el nuevo Código Penal no contemplaba el homicidio frustrado en decisión negativa que también fue objeto de apelación y se confirmó, se celebró nueva audiencia en cuanto a los delitos frustrados, en la cual el jurado respondió a cada uno de los cuestionarios presentados '...sí en heridas en complicidad correlativa...'

"Con base en esta respuesta, el juez dictó su sentencia condenatoria por homicidio agravado y homicidios frustrados; y el Tribunal la modificó para considerar que se afirmaba respecto a estos últimos solamente lesiones personales, mediante el fallo que es objeto del recurso de casación..."

La demanda:

Del fallo recurrido el casacionista no discute lo que hace "relación al homicidio agotado en la persona de Pedro Antonio Cardona, pues es evidente que el veredicto con un *'sí es responsable'* no se contradice con la realidad procesal, ni ofrece causal alguna de nulidad".

Pero objeta la determinación del Tribunal, al entender éste que la respuesta *"sí de heridas en complicidad correlativa"*, permitía una condenación por el delito de "lesiones personales", cargo que no fue formulado en el auto de proceder ni a Mosquera ni a Rodríguez. Esta contestación del jurado comporta, a no dudarlo, un veredicto absolutorio. Sobre el particular recuerda la sentencia de 8 de abril de 1972, con ponencia del Magistrado José María Velasco Guerrero, aplicable al caso *sub júdice*, en la cual se dice que "si el jurado niega el delito de homicidio preterintencional imputado al sindicado, no puede *motu proprio* atribuirle (el juez) a su antojo el de lesiones personales. La sentencia en este caso debe ser absolutoria, y si condena por el delito no controvertido en el juicio, sería eventualmente atacable en casación por el motivo primero de la causal segunda, por cuanto si bien absuelve por la infracción que fue materia del debate y por la cual se interrogó en los cuestionarios, condena en cambio al sindicado por un hecho afirmado en el veredicto, extraño al auto de proceder y por el cual no fue preguntado el jurado" (G. J., tomo CXLII, pág. 319, corrigiéndose la inexactitud de transcripción que hace el memorialista).

Este cargo, así explicado se apoya en el artículo 580, segunda causal, del Código de Procedimiento Penal y se invoca en favor de los dos procesados.

En cuanto a Jesús Antonio Rodríguez, se agrega la "violación directa de la ley sustancial de que trata la causal primera, inciso 1º, del artículo 580 del Decreto 409 de 1971".

Sobre el particular manifiesta:

"...Evidentemente, cuando la honorable Corte Suprema de Justicia casó la sentencia anterior, del 18 de diciembre de 1979, y declaró:

'En consecuencia, la nulidad de la audiencia pública iniciada el 25 de septiembre de 1979, pero únicamente en lo que ésta se relaciona con los homicidios frustrados', 'debiéndose reponer la actuación teniendo en cuenta lo expuesto en la parte final de la parte motiva de esta providencia' siendo ya ley del proceso la providencia que enjuició por el delito de homicidio frustrado y no por tentativa, en ese mismo día comenzó a regir el nuevo Código Penal que abolió la figura del homicidio frustrado que rigió a todo lo largo de la vigencia del estatuto de las penas de 1936.

"En tales circunstancias no era dable, en manera alguna, realizar una audiencia pública para juzgar y continuar una causa cuyo fundamento era una figura del homicidio con entidad propia como lo era el homicidio frustrado y diferente al homicidio tentado y, sobre todo, teniendo en cuenta, nunca me cansaré de expresarlo, que el llamamiento a juicio ni se había formulado por homicidio imperfecto ni por homicidio tentado..." Y se concluye: "...Pero aún es mayor la convicción que me asiste en lo que estoy planteando si se medita en la advertencia de la honorable Corte Suprema de Justicia en la casación del 28 de julio de 1960 (G. J. XCIII, 260), así concebida:

" 'Si se llamó a juicio por homicidio, en el grado frustración, y el jurado condenó por esa específica figura delictuosa, al acogerse el veredicto como base de la sentencia, tiene que aplicarse el artículo 17 del Código Penal, que se refiere al delito frustrado, y no el 16, que se contrae a la tentativa'.

"Y no importa a la realidad de que esta causal de casación es la que debe invocar para la impugnación del fallo el hecho de que los jurados hubiesen desatendido las voces del cuestionario y proferido un ilícito de lesiones personales porque lo concerniente a atacar en casación es el juzgamiento, como acaeció, con base en un delito que dejó desierto la nueva legislación penal.

"Indudablemente en la sentencia atacada se violó la ley sustancial por exclusión evidente al errar el fallador acerca de la existencia de la norma y no tener en cuenta y por lo mismo no haberlo expresado así, que el nuevo Código Penal le quitó el carácter de delito a la conducta prevista en el artículo 17 del estatuto punitivo de 1936, que hacía mención al delito frustrado.

"Y esa violación de la ley penal sustancial tuvo su incidencia en el fallo adoptado porque de otra manera él hubiese sido absolutorio y no de condena como lo fue..."

La sentencia censurada:

En el aparte motivo de disentimiento, el Tribunal anota:

"...En cuanto a los cuestionarios sobre las heridas sufridas por las tres víctimas, esa misma sentencia igualmente es incontrovertible, pero no lo es en cuanto a la interpretación dada al veredicto emitido en estos términos: *'Sí de heridas en complicidad correlativa'*, por cuanto el *a quo* tomó esa respuesta como si se tratara de homicidio imperfecto en el grado de tentativa (fl. 557), que no se ajusta al verda-

dero pensamiento del jurado, que no fue otro que el de reconocer que los inculpados cometieron fue un clásico delito de lesiones personales, al utilizar la expresión 'sí de heridas', respuesta que se atempera por lo demás a los reconocimientos médicos legales visibles a folios 69, 71 y 158 de este informativo.

"Por estos razonamientos la Sala no comparte el criterio del señor defensor de los acusados, doctor Rafael David Aponte García, que impetra para estos su absolución en lo que atañe a las lesiones de los tres ofendidos, so pretexto de que la respuesta 'sí de heridas en complicidad correlativa' implica en sí misma un veredicto absolutorio. Nada más alejado de la realidad que este planteamiento, pues, se repite, el jurado en su soberanía reconoció la culpabilidad de los procesados, descartando el homicidio en grado de tentativa, para ubicarla en el mero campo de las lesiones personales. El veredicto así proferido es categórico y, ciertamente, no admite otra interpretación diferente por su claridad y firmeza.

"En cuanto a la graduación de la pena, se tiene lo siguiente: Como se trata de un concurso material de delitos, por el homicidio agravado se parte de la sanción mínima prevista en el artículo 363 del Código Penal, o sea quince (15) años de prisión; por las lesiones personales (tres) cometidas en complicidad correlativa, se aumenta esta pena en un (1) año, para un gran total de dieciséis (16) años de prisión, sanción máxima a imponer a los procesados Mosquera y Rodríguez, sentido en el cual se habrá de reformar el numeral 1º, literal a) del fallo apelado, para confirmarlo en lo demás..."

La opinión de la delegada:

Así se expresa: "...Como aparece de lo expuesto, radica el cargo de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, en que en aquella se condenó por los delitos de lesiones en las personas mencionadas, según la respuesta del jurado, cuando el auto de proceder contenía el cargo de homicidios frustrados, siendo por tanto delito diferente y sin que pudiera el fallador condenar por infracción no contemplada en el auto de proceder, ni sometida al jurado, con lo cual se demuestra el desacuerdo indicado.

"De conformidad con la anterior relación de la actuación, el cargo se formuló efectivamente por homicidio frustrado y el jurado al pronunciarse afirmó la responsabilidad por lesiones personales en complicidad correlativa; de lo cual se infiere, que tácitamente negó la responsabilidad por tales delitos imperfectos, para concluir que existía pero respecto a lesiones personales, en la modalidad indicada.

"Este veredicto resulta obligatorio y debe acogerse, por ser el segundo dentro del proceso, toda vez que el primero se declaró contraevidente y otro posterior, en cuanto a los mismos delitos, fue invalidado; así, no puede desconocerse conforme a precepto expreso de la ley (art. 565 del C. de P. P.) por ser definitivo.

"Examinada la respuesta en sus términos, se concluye que asiste razón al recurrente, pues el jurado en tal forma negó la referida infracción y afirmó una diferente, lesiones personales, que no fue objeto

del cargo; y como no es posible adelantar nuevo juzgamiento por tal infracción, debe considerarse tal veredicto como absolutorio, ya que por otra parte, tampoco puede el fallador decidir acerca de una acusación que no fue objeto de enjuiciamiento, ni del pronunciamiento del jurado.

"Por otra parte, existe respecto a tal situación la jurisprudencia invocada por el actor, que resulta aplicable al caso; y siendo de obligatoria observancia o no pudiendo desatenderse el veredicto, como ya se dijo, debe concluirse que es procedente la absolución por los referidos de homicidio frustrado, como única solución que puede aplicarse al caso examinado.

"Es por tanto procedente casar parcialmente la sentencia impugnada, la cual tiene validez, como se desprende del proceso y del anterior fallo de casación, en cuanto al delito de homicidio agravado por el cual fueron condenados los reos recurrentes, para absolver por los reatos mencionados.

"Corresponde por tanto a la honorable Sala, de conformidad con la norma pertinente (art. 583, numeral 1º del C. de P. P.) dictar la sentencia respectiva; en esta debe procederse a nueva graduación de la sanción, dado que no pueden tenerse en cuenta las infracciones referidas, por las cuales procede absolución; pero sin que tampoco proceda imponer el mínimo de la sanción prevista, pues obran en contra de los procesados, diversas circunstancias de mayor peligrosidad o de agravación genérica de la responsabilidad (numerales 3º, 9º, 13 art. 37 del C. P. derogado, numerales 1º, 7º y 10 art. 66 del C. de P. P.), dada la forma como se desarrollaron los hechos, el cometerse por dos personas, entre las cuales debe suponerse acuerdo y las demás modalidades observadas en su desarrollo y la personalidad revelada por los procesados.

"Por prosperar el cargo mencionado, se hace innecesario examinar el propuesto con base en la causal primera, en la demanda relacionada con el acusado Jesús Antonio Rodríguez, ya que éste hace referencia precisamente al delito de homicidio frustrado, por el cual procede absolución conforme a lo anotado; puede anotarse, a manera de comentario, que en cuanto a la situación en que se apoya éste, de haberse modificado la norma anterior en cuanto al delito frustrado para consagrar la actual solamente en término general lo relacionado con la tentativa, no puede suponer éste que tales infracciones no resultaran punibles por el cambio de legislación, pues tienen cabida en la anterior y en la actual, como ya lo hizo notar el fallador al examinar esta alegación propuesta en las instancias (fls., cuaderno 1º)..."

Consideraciones de la Sala:

1. Sea lo primero afirmar que, *en los tipos generales de ampliación, como en el caso de "la tentativa" (art. 22 del actual C. P.), no es cierto que llamamientos a juicio realizados bajo la vigencia del anterior estatuto, por delitos imperfectos, no puedan proseguir su trámite normal bajo el nuevo código, como lo comenta el recurrente. Las modificaciones introducidas a este respecto no implican la inexistencia*

de la figura, único aspecto que permitiría llegar a la conclusión propuesta y rechazada. Simplemente ha ocurrido un cambio que busca una adecuación más técnica de la figura. Lo que antaño se comprendía en los artículos 16 (delito tentado) y 17 (delito frustrado), tienen hogaño una sola denominación, vale decir, "la tentativa" (capítulo 2º del título 3º). La incriminación subsiste y a lo sumo podrá tener implicaciones en, determinados casos de conducta, en la tipificación concreta del delito o en aspectos de favorabilidad punitiva.

Este proceso, así una parte del llamamiento a juicio se contrajese al delito de homicidio en su modalidad de frustrado, denominación esta más de la doctrina que de carácter legal, y abolida en la nueva legislación, debía continuar adelantándose en la forma como se cumplió y en obedecimiento al fallo de casación emitido el 29 de enero de 1981. De haberse pronunciado el segundo jurado en forma diferente a como lo hizo, esto es, conservando la decisión en la órbita del delito tentado, el juzgador no hubiera podido desentenderse de esta clase de veredicción, que sí acataría mediante un ajuste normativo a los nuevos dictados del artículo 22 del actual Código Penal, porque resulta obvio e indiscutible que la "frustración", entendida como una tentativa acabada, como un paso más en el camino de la tentativa propiamente tal o inacabada, está dentro de ésta y corresponde a sus elementos propios de tipificación.

2º Respuestas del jurado de conciencia como las que se comentan, en las cuales se destaca un deseo de alejar la conducta del ámbito del homicidio imperfecto para ubicarla más bien en el de las lesiones personales, porque se reconoce en el procesado no un ánimo de matar sino un propósito de simple vulneración, la práxis judicial ha indicado una de estas opciones conceptuales:

a) Un veredicto como el que se analiza ("si de heridas en complicidad correlativa"), indicaría la posibilidad de reconocer "la tentativa" porque la referencia que se hace al fenómeno de las "heridas" no se vincula a una intención de lesionar sino al medio de ejecución propio del delito de homicidio, conservándose el ánimus necandi.

La solución se muestra desaconsejable porque si algo traduce el agregado es el empeño de desestructurar la figura del homicidio;

b) Reconociéndose este objetivo y haciéndose equivalente "heridas" y "lesiones personales", otra alternativa es la de pronunciar condena a este título, como lo ha hecho el Tribunal.

No convence mucho la consideración de entender que la controversia sobre el homicidio tentado haya comprendido, con igual eficacia, lo relacionado con las "lesiones personales", ni menos que el procesado deba soportar las ventajas y desventajas de la veredicción, o sea que si se admite la negativa relacionada con el homicidio, debe aceptarse lo de las lesiones personales, pero no para absolver, igualmente, sino para imponer la condena.

Esta apreciación tampoco persuade porque repugna esa extensiva eficacia del debate de audiencia y del auto de proceder. Si en éste la conducta fue estimada como delito de homicidio imperfecto y en aquél no se controvirtió el delito de lesiones personales, no es admi-

sible variar esa denominación, tan distinta y autónoma, para sorprender, en cierta forma, con una sentencia por infracción penal diferente; y,

c) Negándose la tentativa de homicidio y no siendo factible impartir una condena por "lesiones personales", el juzgamiento debe resultar en algo efectivo, lo cual lleva a emitir una providencia absolutoria.

Este criterio es el que la Corte, en los últimos tiempos, ha adoptado y el que viene aplicándose en forma generalizada.

El impugnador tiene oportunidad de citar como se dejó transcrito, esta valoración jurisprudencial y aboga porque en esta nueva ocasión se mantenga su vigencia.

La Sala, sin embargo, no encuentra motivos atendibles para perdurar en esta tesis. Le bastaría, para apartarse de esta interpretación, anotar estos argumentos: a) que se patrocina una detestable forma de impunidad, al considerar que no obstante tenerse por verdad que se ha cometido un delito de lesiones personales, no se posibilita y sí se cancela, de manera definitiva y absoluta, su merecida represión; b) que diciéndose atender la voluntad del jurado de conciencia, quien ha querido la absolución por homicidio tentado, se desconoce el condicionamiento de esa respuesta, que no es otro que señalar la comisión del delito de "lesiones personales". No se está acatando en integridad la veredicción emitida y se la está fraccionando perjudicialmente, hasta el punto de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende de algún modo delictuosa. Es manifiesta la contradicción del juzgador al tomar el veredicto en este sentido, puesto que por constituido en presupuesto de la misma, se le niega eficacia y trascendencia; c) que se está tolerando un desvío de la atribución del jurado de conciencia, pues a éste se le ha sometido el conocimiento de un delito de homicidio imperfecto, sobre el cual puede afirmar una responsabilidad pura y simple o con diminuentes y agravantes, o negarla por múltiples motivos; pero, no le es dable invadir órbita distinta y tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar; y, finalmente; d) que en ausencia de una solución más armónica e integradora, sería aceptable una concepción jurídica de esta índole, así revelara ciertas imperfecciones, situación que debe variar si se aporta otra de mejor estirpe jurídica.

Pues bien, buscándose esta última hipótesis, la Sala encuentra como más aconsejable señalar una de estas dos alternativas: o que la parte afirmativa de responsabilidad, tiene plena acogida, desechándose la agregación sobre la cual no podía actuar el jurado de conciencia, o sea, lo relacionado con las lesiones personales; o, que no existe veredicto sobre el cual pueda afirmarse una sentencia.

Lo primero aparece como inaceptable porque sería escamotear la voluntad manifiesta del jurado, quien no ha querido un veredicto de homicidio imperfecto sino cosa diferente: una condena por lesiones personales.

Mejor la segunda recomendación, porque así se evita sorprender al procesado con el reconocimiento indebido de lesiones personales, cargo que no le ha sido formulado en momento procesal alguno; y,

también, consolidar la impunidad de un comportamiento que se sabe y se tiene por delictuoso. Queda la opción de convocar un nuevo jurado para que advertido de estas circunstancias e informado con exactitud de sus posibilidades judiciales, decida si pronuncia una absolución o una condena, pudiendo en este último caso atenuar la responsabilidad, sin pretender fijar calificaciones jurídicas distintas, indicar otras competencias o recomendar otras soluciones ajenas a la contribución juzgadora para la cual han sido convocados.

La mención del artículo 565, inciso 3º, del Código de Procedimiento Penal, resulta impertinente. La obligatoria aceptación del segundo veredicto presupone la existencia de éste. Mientras no se logre una respuesta del jurado que sirva de sustento adecuado a un fallo, absolutorio o condenatorio, debe reclamarse la intervención de éste cuantas veces sea necesario y hasta que se logre este cometido.

Como el juzgamiento por el delito de "homicidio" imperfecto o tentado no se ha podido realizar de manera eficaz y debe repetirse para procurar este objetivo, resulta igualmente evidente y cierto que la sentencia definitiva no puede emitirse. La decisión sobre el homicidio en la persona de Pedro Antonio Cardona, continúa en suspenso.

La impugnación prospera pero por razones distintas a las señaladas por el censor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, —Sala de Casación Penal—, apartándose nuevamente del concepto de la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *Casa* la sentencia recurrida y declara, en consecuencia, la nulidad de la audiencia pública iniciada el trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), debiéndose reponer la actuación conforme a las indicaciones de la parte motiva.

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

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Salvamento de voto; *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No siempre el ánimo de innovar conduce al resultado apetecido. La tradición es una garantía de acierto. Esta reflexión y la profunda convicción jurídica de estar en la verdad, fueron los factores que me hicieron permanecer, aun solitario, en los planteamientos que la doctrina y la jurisprudencia venían reiterando.

En este proceso los acusados fueron llamados a juicio por el delito de homicidio en grado de frustración, hoy simple tentativa en el nuevo Código Penal. La audiencia pública se realizó con base en un cuestionario elaborado en armonía con esa resolución. El veredicto que se obtuvo fue el siguiente: "Si de heridas en complicidad correlativa". El Tribunal Superior de Cali acogió esta respuesta y condenó por el delito de lesiones personales.

El jurado no llegó a dar ese fallo por mera intuición. Le fue propuesto en la audiencia por la defensa no con el propósito de obnubilar su conciencia sino como una fórmula absolutoria frente a la ausencia de toda intención homicida.

La decisión mayoritaria reconoce que el jurado con ese veredicto declaró la responsabilidad por el ilícito de lesiones personales y, no obstante esta premisa, la misma que tuvo presente el casacionista, concluye que el veredicto es inexistente y que la audiencia debe repetirse, una vez más, por estar viciada de nulidad. Desecha, en consecuencia, la absolución que pregonó siempre la jurisprudencia en estos casos.

Gustavo Rendón Gaviria, en su *Curso de Procedimiento Penal Colombiano,* Bogotá, Edit. Temis, 1962, pág. 201, expresa:

"...es tan obligatoria la concordancia entre el auto de enjuiciamiento y la sentencia, que cuando el cargo se desvirtúa o el jurado lo desconoce, aunque aparezca que hubo la comisión de un delito distinto, es necesario absolver al procesado, sin que el delito resultante pueda ser materia del fallo..."

Al respecto viene diciendo la Corte:

"...si el jurado niega el delito de homicidio preterintencional imputado al sindicado, no puede *motu proprio* atribuirle a su antojo el de lesiones personales. La sentencia en este caso debe ser absolutoria, y si condena por el delito no controvertido en el juicio, sería eventualmente atacable en casación por el motivo primero de la causal

segunda, por cuanto si bien absuelve por la infracción que fue materia del debate y por la cual se interrogó en los cuestionarios, condena en cambio al sindicado por un hecho afirmado en el veredicto, extraño al auto de proceder y por el cual no fue preguntado el jurado..." (Cas. Penal, abril 8 de 1972).

"...Si al absolver un cuestionario en que se pregunta al jurado si el agente es responsable de haber dado muerte a una persona, con intención de matar, contesta que no, pero que sí es responsable de delito de lesiones personales, el juez de derecho carece de competencia para condenar al reo por lesiones personales. Y debe tener el veredicto como simplemente absolutorio. Pues no podría condenar al inculpado como responsable de un delito por el cual no ha sido llamado a responder en juicio..." (Cas. Penal, noviembre 30 de 1978).

Los motivos fundamentales que aporta la determinación de la mayoría para separarse de estos criterios, son:

"...a) que patrocina una detestable forma de impunidad, al considerar que no obstante tenerse por verdad que se ha cometido un delito de lesiones personales, no se posibilita y si se cancela, de manera definitiva y absoluta, su merecida represión; b) que diciéndose atender la voluntad del jurado de conciencia, quien ha querido la absolución por homicidio tentado, se desconoce el condicionamiento de esa respuesta, que no es otra que señalar la comisión del delito de "lesiones personales". No se está acatando en integridad la veredicción emitida y se la está fraccionando perjudicialmente, hasta el punto de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende por algún modo delictuosa. Es suficiente la contradicción del juzgador al tener el veredicto en este sentido, puesto que por una parte se admite un alcance de su respuesta y, por la otra, que ha constituido en presupuesto de la misma, se le niega eficacia y trascendencia; c) que se está tolerando un desvío de la atribución del jurado de conciencia, pues a este se le ha sometido al conocimiento de un delito de homicidio imperfecto, sobre el cual puede afirmar una responsabilidad pura y simple o con diminuentes y agravantes, o negarla por múltiples motivos; pero no le es dable invadir órbita distinta y tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar; y, finalmente; d) que en ausencia de una solución más armónica o integradora, sería aceptable una concepción jurídica de esta índole, así revelara ciertas imperfecciones, situación que debe variar si se aporta otra de mejor estirpe jurídica..."

Veamos su aparente importancia:

a) La tolerancia de "una detestable forma de impunidad", no convence. La sinceridad del jurado al señalar en forma tácita o expresa que en su sentir un hecho es constitutivo de lesiones personales, no puede desconocerse con ese argumento, porque siempre que se hace una afirmación en derecho se está negando su contraria. Cuando el jurado afirma el NO, niega el SI, y viceversa. Cuando expreso en este proceso "Si de heridas en complicidad correlativa" negó, consecuencialmente, el homicidio por el cual se le preguntó. Y no se introduce por este modo una forma de impunidad al no poder el fallador condenar por el delito de lesiones, cuando lo que realmente está

ocurriendo es que el jurado explica de esa manera su absolución. Así justifica su respuesta que, por comportar aspectos sobre los cuales no podía pronunciarse, sólo debe tenerse en cuenta para darle el sentido contrario y no para efectos punitivos como equivocadamente se pretende;

b) El desconocimiento de la integridad del veredicto "hasta el punto de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende de algún modo delictuosa", no tiene consistencia. La absolución en estos eventos es por el delito de homicidio que el Estado le imputa en el auto de proceder al procesado, no porque necesariamente, se haya cometido uno distinto sino en razón de que aquél no configuró su tipicidad en cuyo caso ninguna otra aproximación ilícita, como la que expresó el jurado con referencia a lesiones personales, puede, en rigor de verdad, ser castigada. De este modo se acoge íntegramente el veredicto al proferirse sentencia absolutoria.

c) Decir que se propician desvíos del jurado, pues en estos veredictos se sale de su competencia "al tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar" no es exacto. El jurado no pretendió establecer una responsabilidad por hecho distinto, simplemente descartó la del delito por el cual se le interrogó porque creyó que la conducta podía radicarse en otro cualquiera. Es decir, que sin duda alguna absolvió del primero sin condenar por el segundo ya que al estar imposibilitado legalmente para hacerlo sólo quiso enfatizar su decisión.

d) Que la jurisprudencia debe variar "si se aporta otra de mejor estirpe jurídica", no es argumento que descalifique la tradición. Precisamente la tesis que la mayoría sostiene, no obstante ser sugestiva, resulta la más desfavorable para el procesado y la más dispendiosa para el proceso. No se le ve mejor calidad si ha de perjudicar al reo y dilatar la definición del juicio con la anulación del veredicto y de la audiencia de juzgamiento para efectuar su dificultada reconducción.

Considera el suscrito que lo expuesto pone de resalto que la Sala debió de casar la sentencia impugnada para absolver a los procesados como lo impetra la demanda.

Fecha *ut supra.*

Fabio Calderón Botero, Magistrado.

ARTICULO 163 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

APLICABILIDAD

Para ser viable una solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el solicitante debe presentar al juez sus motivos de orden legal que prediquen la existencia de una cualquiera de las causales que consagra la norma para su aplicación, los cuales deben aparecer objetivamente demostrados en el proceso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Abogado asistente: *Doctor Alberto Mora Cogollos.*

Aprobada: Acta número 10.

Vistos:

Mediante apelación interpuesta por el denunciante conoce la Sala de la providencia del 26 de septiembre de 1983 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla por medio de la cual se abstuvo de abrir proceso contra el doctor *Jaime Vélez Paternina,* Juez 12 de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad, por el delito de prevaricato.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en concepto que precede, solicita se revoque la providencia recurrida y en su lugar se ordene abrir la correspondiente investigación penal.

Hechos:

Los sintetiza el Ministerio Público de la siguiente manera:

"...El abogado José Matera Ortiz, apoderado de Nubia García Adarme dentro de un proceso por falsedad que instruía el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Barranquilla, solicitó a ese despacho el 5 de julio de 1983 se sirviera aplicar el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en favor de su poderdante. El Juez 12, doctor Jaime Vélez Paternina, ese mismo día produjo auto donde a la vez que reconocía que era su deber enviar el negocio al juez competente para que se pronunciara al respecto, optó por no dar curso a la petición considerando que había sido hecha en forma tan escueta y sin razonamiento alguno, que más a obtener la aplicación de la norma en cita

tendía a entorpecer la investigación y a arrebatar ésta de sus manos. Esta posición del instructor hizo que el abogado estimara que el aludido funcionario había podido incurrir en delito, y entró a denunciarlo..."

Actuación procesal:

Ratificada la denuncia el Tribunal Superior de Barranquilla por auto de primero de agosto de 1983 dispuso se acreditara la calidad de Juez 12 de Instrucción Criminal que ostentaba el doctor Vélez Paternina y se aportara al informativo copia auténtica de la actuación cumplida por el acusado dentro del proceso seguido a Nubia García Adarme.

Con fundamento en la actuación del Juez el Tribunal de Barranquilla consideró que ella se ajustó en todo a la ritualidad procesal y que de modo alguno existió la presunta infracción denunciada.

Por no estar de acuerdo con la decisión adoptada, el denunciante recurrió de ella y ante el propio Tribunal dirigió un escrito sustentatorio del recurso de apelación en el cual básicamente reproduce sus puntos de vista expuestos en la correspondiente denuncia y hace una crítica al Tribunal de instancia.

Elementos de juicio:

De la revisión del proceso seguido contra Nubia García Adarme que tuvo a su conocimiento el doctor Jaime Vélez Paternina se tiene:

El 22 de mayo de 1983 en el Aeropuerto Internacional de Barranquilla a eso de la una y media de la tarde fue retenida por miembros de la Policía Judicial la ciudadana colombiana Nubia García Adarme por cuanto el dactiloscopista dictaminó que la cédula de ciudadanía presentada por aquella para abordar el vuelo de COPA Nº 416 con destino a Panamá - San Salvador con relación al Escudo de Colombia era falsa, ya que no coincidía con el patrón utilizado por la Registraduría Nacional. Revisado su equipaje le fueron hallados otros documentos con su fotografía y huella dactilar pero expedidos a nombre de otras personas. Además, un pasaporte a nombre de Arturo Aguero Alfaro con un sello de emigración del DAS de San Andrés que tampoco corresponde al patrón utilizado por dicha entidad de seguridad.

Puesta a disposición del instructor la capturada, por auto del 25 de mayo se inició la correspondiente investigación penal, se le oyó en descargos y por auto de 1º de junio se decretó su detención preventiva por falsedad en documentos públicos. Esta decisión no fue recurrida por las partes.

Luego de la práctica de numerosas diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos por auto del 21 de junio el juez dispuso oír en ampliación de indagatoria a la acusada con el fin de aclarar algunos puntos relacionados con los documentos encontrados en su poder al momento de la captura y tomar las muestras de escritura pertinentes para someterlas a los estudios técnicos grafológicos.

Con fundamento en la citada diligencia por auto de 27 de junio siguiente el funcionario dispuso la prueba pericial grafológica y en la misma fecha ofició al Departamento Administrativo de Seguridad a fin de obtener la práctica de la prueba, otorgando un término de diez días para su realización.

Con fecha 5 de julio el apoderado de la sindicada dirigió al Juez de Instrucción un memorial, en los siguientes términos:

"José Matera Ortiz, actuando dentro de las sumarias de la referencia como apoderado de la señora Nubia García Adarme, por medio del presente escrito me permito solicitar al señor juez se sirva dar aplicación a lo establecido en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en favor de mi representada".

Cabe anotar que en la misma fecha el juzgado había decretado nuevas pruebas entre ellas el testimonio de Jorge Martínez señalando día y hora para su recepción. Dicha prueba había sido solicitada por el apoderado de la sindicada. Además, para esa fecha había vencido el término de traslado a las partes del dictamen presentado por el perito Onías Cubillos del DAS, sin objeción alguna, dado que por auto de junio 16 se dispuso ponerlo en conocimiento de ellas al tenor del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, el cual causó ejecutoria el 23 siguiente.

El citado dictamen llegó a las siguientes conclusiones:

"Efectuado el respectivo cotejo dactiloscópico entre las impresiones digitales de los dedos índice y pulgar derecho que aparecen estampados en los documentos motivo de estudio, y las impresiones digitales tomadas como descarte en ese despacho a la señora que dijo llamarse Nubia García Adarme, se pudo establecer que topográfica y característicamente son las mismas".

En respuesta al memorial de solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el acusado en auto de la misma fecha negó dar trámite rechazándola "...por ser manifiestamente dilatoria de la investigación, estar dirigida a este juzgado que no tiene facultades para resolverla, por obstruir la práctica de pruebas y por carecer de sustentación y argumentaciones (arts. 71, 74, 38 y 37 del C. de P. C.), entorpeciendo con su pretensión, el curso acelerado que lleva la presente investigación, en cumplimiento de nuestro deber de dirigir el proceso, velar por su rápida solución..."

Consideraciones de la Corte:

En providencia del 6 de diciembre último, la Corte precisó los alcances del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y su oportunidad para proponerlo y tramitarlo. En ella se dijo:

"...El Código de Procedimiento Penal constituye un estatuto orgánico, activo y eficaz, que procura realizar su cometido propio,

esto es, averiguar conductas presuntamente criminosas, para establecer esta realidad o demostrar su inexistencia, a la vez que fijar las bases indicativas del autor y copartícipes, su penalidad, y, si es el caso, comprobar lo relacionado con la responsabilidad civil que genera el delito. Todo está dispuesto para conseguir estos objetivos en forma expedita, oportuna y cierta. Pero la ordenación, que contiene un auto impulso de continuidad, se ve entorpecida no tanto por los incidentes que ella misma ha previsto, como sí por la desvirtuación de sus preceptos. Para destacar el cuidado de la ley en el mantenimiento de este desarrollo armónico, al punto de prever su interrupción de manera excepcional, basta citar los artículos 18, 22, 66, 72, 87, 99, 149, 196, 391, 482, 490, 506, 509, 510 y 553 del Código de Procedimiento Penal.

"La ley no ha querido que puntos tan trascendentales como situaciones de inocencia plena, hechos lícitos debidamente establecidos como tales, circunstancias objetivas de decadencia de la acción penal o aspectos manifiestos de libertad de un procesado, etc., tengan que esperar un dilatado tiempo para ser debatidos y resueltos. El propósito, en estas materias, no es otro que señalar la obligación de un pronunciamiento judicial tan pronto se evidencie un fenómeno de esta o similar naturaleza. La legislación, para asuntos de esa indicada índole, fija el apremio de su presentación o propuesta 'en cualquier tiempo o en cualquier estado del proceso'. Pero esto no implica que, con pretexto de esta celeridad, destinada a casos tomados como verdadera excepción, la estructura normal del proceso se quebrante hasta el extremo de introducir el desorden, cercenando su eficacia y orientación. La ley de sustanciación penal, se recalca es una equilibrada sucesión de actos, que no auspicia, como regla general, la abusiva e inopinada mezcla de actuaciones, que, contrariamente, reclaman espacio, motivos y tiempo procesales diferentes.

"En otros términos, no es correcto entender que cuando el procedimiento ordena la ejecución de un determinado acto, éste pueda confundirse o distorsionarse. Así, por vía de ejemplo, no es admisible que una vez cerrada la etapa sumarial se interrumpa la actuación para atender peticiones de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Estas solicitudes sólo pueden aspirar a que, en el auto calificatorio de fondo, se les dé respuesta.

"Tampoco procede la tramitación de solicitudes que repiten cuestionamientos anteriores, respondidos en forma oportuna y debida, cuando se basan en la misma realidad probatoria y reiteran la identidad del razonamiento jurídico.

"Así mismo debe repudiarse la interferencia, con esta clase de solicitudes, de las comisiones conferidas, o la parálisis de diligencias cuya práctica requiere el cumplimiento previo de varios requisitos legales, como las inspecciones judiciales con intervención de peritos o cuando su aplicación resulta infecunda, como sería interrumpir la investigación o juzgamiento, tratándose de varios procesados, porque la acción penal, para uno de ellos, ha prescrito, o uno de ellos ha muerto. Estas peticiones tendrán curso cuando unas y otras intervenciones ha-

yan terminado. De igual modo resulta inadmisible que, al momento de cumplirse una audiencia pública, cuando el dispositivo legal se preocupa por un debate cuidadosamente reglado, se acuda a incoar incidentes que la desvían o anulan, como sería la presentación de solicitudes excarcelatorias, la cesación de procedimiento, o la formulación de objeciones periciales. No debe olvidarse que estos incidentes, conforme al artículo 512 del Código de Procedimiento Penal y su interpretación doctrinaria, se resuelven de plano por el juez de la audiencia y no son susceptibles de recurso alguno. Además no interrumpen su prevista celebración.

"En síntesis, conviene mantener incólume la actividad investigadora y juzgadora, desalojando estorbos y entrabamientos generados con esta reconocible vocación. Y, no es menos necesario preservar la naturaleza y efectos propios de las diligencias que se han decretado, las cuales deben realizarse dentro de una órbita propia y exclusiva de actuación..."

La anterior doctrina es en todo aplicable al caso en estudio, por cuanto el funcionario acusado obró conforme a derecho y de modo alguno puede su actuación originar proceso penal en su contra como lo dispuso el Tribunal de instancia.

En efecto. En la forma que se dejó consignado en la parte inicial de esta providencia, el señor Juez 12 de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, recibió de la Policía Judicial unas diligencias relacionadas con la presunta falsedad de documentos públicos atribuible a Nubia García Adarme quien se hallaba detenida.

Por tratarse de una investigación con persona detenida, el funcionario actuó con esmerada diligencia, ordenando la práctica de numerosas diligencias, todas encaminadas al esclarecimiento de los hechos y, con fundamento en las ya practicadas, profirió auto de detención preventiva, decisión que no fue recurrida por la procesada ni por su apoderado judicial.

No obstante que el funcionario encontró prueba documental y testimonial suficientes para dictar la medida cautelar, dispuso la práctica de pruebas técnicas, con resultados positivos y al ser puesta a consideración de las partes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 276 del estatuto procedimental, tampoco obtuvo objeción por los intervinientes dentro del proceso.

Fue así como sin variar la carga probatoria existente en el proceso, el apoderado de la sindicada, sorpresivamente y sin fundamentación alguna tendiente a demostrar la presencia de una cualquiera de las circunstancias del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pretendió que el juez instructor le diera curso o aplicación a la norma en cita.

El funcionario para esa instancia desconocía los motivos de tan inesperada solicitud y, como en su concepto la investigación debía

continuar para la debida obtención de pruebas fundamentales y la práctica de las solicitudes por la defensa, se negó a darle el curso correspondiente.

A lo dicho en la providencia del 6 de diciembre último y que en lo pertinente fue transcrita en esta decisión, la Sala agrega *que para ser viable una solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el solicitante debe presentar al juez sus motivos de orden legal que prediquen la existencia de una cualquiera de las causales que consagra la norma para su aplicación (el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse) los cuales deben aparecer objetivamente demostrados en el proceso, lo que al parecer no se daba en el caso sometido al conocimiento del funcionario acusado.*

Una solicitud sin fundamentación jurídica como la elevada por el denunciante, es impertinente, caprichosa, irregular e inoportuna por cuanto con ella se quiso interrumpir una investigación adecuadamente conducida y con el lleno de los requisitos legales.

Tampoco es admisible afirmar que para los efectos de la solicitud concreta, no le era obligatorio al abogado presentar los motivos de ella ante el instructor, pues en su debida oportunidad lo haría ante el Juez Superior. Olvidó el quejoso que una vez recibida una petición de esta naturaleza, el juez ordena correr traslado de ella al Ministerio Público para concepto y obtenido éste, procede a resolverla. Por lo tanto, no existe un término de traslado a la parte solicitante para que sustente su inicial pretensión, teniendo, por tal modo, el Ministerio Público y el juez que adivinar las razones que llevaron al abogado para obtener el trámite de tan especialísima solicitud, lo que resulta, al menos, carente de seriedad.

Menos puede admitirse que sin existir prueba alguna que modifique en su favor la situación de un procesado que se halla con auto de detención vigente, se tramite esta clase de memoriales en la forma presentada por el denunciante, porque ello tiende a demostrar que su objetivo fundamental es el de entorpecer el curso ordinario del proceso.

Resulta todavía más impertinente la aseveración del denunciante cuando dice que por tal proceder el Juez 12 de Instrucción Criminal retardó la liberación de su patrocinada, porque toda solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal la lleva implícita. Si el apoderado consideraba que en el estado en que se hallaba el proceso existían motivos de liberación de su poderdante, ha debido elevar tal solicitud en forma clara ante el instructor porque, para esos precisos efectos, la ley da facultades amplias para otorgarla o denegarla. Al no proceder así, ninguna solicitud de excarcelación fue presentada y, por consiguiente, no puede decirse que el juez privó de tal beneficio a una persona que se hallaba detenida formalmente.

Siendo así que la Sala no encuentra ninguna ilicitud en la conducta del Juez Doce de Instrucción Criminal de Barranquilla doctor Jaime Vélez Paternina, habrá de confirmar la providencia recurrida.

En los anteriores términos la Sala da respuesta al escrito presentado por el denunciante ante el Tribunal de instancia y dirigido a esta Corporación con el fin de sustentar el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *confirma* la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

UNIDAD PROCESAL

ARTICULO 167 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EXCEPCIONES

La omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes. La unidad procesal no opera, en los casos en que uno de los procesados tenga fuero (inciso 2º del art. 39 del Código de Procedimiento Penal) cuando al proferirse enjuiciamiento o sobreseimiento definitivo se hagan cargos contra otra persona; cuando la tramitación contra los distintos sindicados deba separarse por haber sido alguno llamado a juicio y otro u otros sobreseídos temporalmente; cuando entre los copartícipes en delitos cuyo juzgamiento corresponda al jurado de conciencia, no todos ellos sean imputables

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 10.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 22 de noviembre de 1982 revocó la sentencia condenatoria que había dictado el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá contra el procesado *Vitaliano Nieves Fajardo, por el delito de estafa,* y en su lugar lo absolvió en relación con los cargos que habían dado lugar a su enjuiciamiento. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el señor representante de la parte civil.

Concedido el recurso que se declaró admisible y presentada la demanda que se estimó ajustada a las prescripciones formales de la ley, se procede a decidir.

Hechos:

Entre Eduardo Certaín Torres y Vitaliano Nieves Fajardo se celebró un contrato de permuta según el cual el primero entregaba al

segundo un vehículo automotor y éste a aquél un equipo odontológico y algún dinero *representado en cheques. Los cheques fueron devueltos* por orden de no pago y cuando los contratantes estaban en posesión de los objetos permutados, se inició un juicio ejecutivo contra Nieves Fajardo dentro del cual fueron embargados vehículos y equipo odontológico. Como Certaín Torres consideró que la acción ejecutiva era un fraude para despojarlo de sus bienes, formuló denuncia penal contra Nieves Fajardo por el delito de estafa.

Actuación procesal:

Con fundamento en los hechos precedentemente relacionados, el Juzgado Cuarenta y Seis de Instrucción Criminal abrió la investigación penal el 16 de enero de 1978. Ese mismo juzgado practicó la diligencia de indagatoria de Vitaliano Nieves Fajardo, el 7 de marzo de 1978.

El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá. Este despacho cerró la investigación el 28 de septiembre de 1978. Posteriormente, el 7 de noviembre del mismo año, llamó a responder en juicio criminal a Vitaliano Nieves Fajardo por el delito de estafa.

Como no se logró la notificación personal del encausado, se le emplazó y luego, el 13 de julio de 1979, se le declaró reo ausente y se le nombró defensor de oficio. El procesado fue capturado el 7 de julio de 1982 y liberado provisionalmente por auto del 26 de julio de ese año, por cuanto consignó la suma de $-116.000.oo en que estimó los perjuicios el representante de la parte civil.

La diligencia de audiencia pública se llevó a cabo el 29 de agosto de 1982. El primero de septiembre de ese año el juzgado del conocimiento dictó la sentencia de primera instancia en la cual condenó a Vitaliano Nieves Fajardo a la pena de doce meses de prisión y a las penas accesorias correspondientes.

Apelada la sentencia condenatoria fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá que absolvió al procesado el 22 de noviembre de 1982. Contra esta decisión la parte civil interpuso el recurso que ahora se decide.

La demanda de casación:

Con apoyo en las causales cuarta y primera de casación presenta el actor diversos cargos a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

La causal cuarta de casación le sirve de fundamento para formular los siguientes cargos:

1º En opinión del recurrente la sentencia que puso fin al proceso se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, pues a más del delito de estafa que dio lugar al auto enjuiciatorio, el procesado cometió los delitos de hurto y abuso de confianza, por los cuales también ha debido ser encausado.

Estima que se cometió un delito de hurto por cuanto el declarante Luis Felipe Santiago aseveró que una vez verificado el contrato de permuta, el procesado entró al consultorio y se llevó un ángulo americano incluido en el negocio, el cual posteriormente reemplazó por uno japonés completamente inservible. Así mismo se llevó una cortina. También encuentra que el procesado cometió el delito de abuso de confianza, pues en la diligencia de embargo y secuestro preventivos que se le practicó le fue entregado en depósito gratuito el consultorio dental y de él se apropió. Por este motivo afirma que el auto de proceder está viciado, ya que en él se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues el enjuiciamiento ha debido hacerse por todos los delitos cometidos.

2º El impugnante estima que en el proceso existe suficiente prueba para afirmar que Elsa Sofía Rojas participó en la comisión de los delitos de estafa y abuso de confianza que se le imputaron a Nieves Fajardo. Esta mujer hace vida marital con el procesado y se prestó para que, con fundamento en una deuda simulada, se iniciara la acción ejecutiva que sirvió de medio para la defraudación. En estas condiciones ha debido ser vinculada a la investigación mediante indagatoria y su situación ha debido ser resuelta al calificar el mérito del sumario; al no procederse en esa forma se violaron los artículos 334, 381 y 472 del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 26 de la Constitución por desconocimiento del debido proceso.

3º El procesado Nieves Fajardo, entregó como parte de la permuta dos cheques cada uno por la suma de $ 7.500.oo que el girador no cubrió por orden de no pago. Estas conductas no fueron objeto de investigación con desconocimiento del principio según el cual toda infracción origina acción penal y del imperativo legal de que los delitos conexos deban investigarse y fallarse en un mismo proceso, de manera que era impostergable que esos delitos hubieran sido objeto de pronunciamiento en el auto de calificación y al no procederse en tal forma se desconocieron los artículos 9º y 381 del Código de Procedimiento Penal, y 26 de la Constitución por desconocimiento del debido proceso.

Presenta un último cargo, esta vez con base en la segunda parte de la causal primera de casación, por cuanto el juzgador de segunda instancia dejó de apreciar pruebas legal y oportunamente recaudadas, lo que lo llevó a incurrir en errores de hecho que dieron lugar a la violación indirecta de la ley sustancial.

El casacionista considera que la sentencia absolutoria del Tribunal parte de la equivocada afirmación de que no se recaudaron las pruebas para demostrar la comisión del delito de estafa regulado por el artículo 408 de la codificación vigente al momento de los hechos. El Tribunal fundamentó la absolución en la afirmación de que la inicial transacción fue inobjetable por cuanto no se realizó mediante engaño y se verificó entre personas mayores y capaces. En relación con la acción ejecutiva adujo como motivo para la absolución la falta de prueba sobre la connivencia entre la ejecutante y el procesado para entablar esta acción.

Como un error de hecho señala el censor la omisión del Tribunal al ignorar que en el cuaderno de pruebas de la parte civil aparece co-

pia de una diligencia de inspección judicial en donde consta, por confesión espontánea del procesado, que éste hacía vida marital con la persona que le entabló acción ejecutiva por una obligación simulada. Dentro de esa actuación fueron denunciados como bienes del demandado tanto el automóvil como el consultorio que habían sido permutados. Así mismo el hecho de que los bienes embargados hayan sido entregados al ejecutado y a la ejecutante en calidad de depósito, a más de que del acta se prueba que la ejecutante vivía en casa del procesado y que ninguna oposición hizo el ejecutado, son hechos que están indicando la confabulación para defraudar.

Tampoco se estimó la declaración rendida por Luis Felipe Santiago Buitrago de la cual se deduce que la acción ejecutiva fue un simulacro para despojar a Certaín del consultorio legítimamente adquirido, pues el procesado artificiosamente se hizo prestar dicho bien justamente cuando esperaba la presencia de la inspección de policía para la práctica de la citada diligencia y pasar ante la autoridad como propietario de ese bien.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del actor basadas en la causal cuarta de casación y pide que se acoja el cargo que tiene como fundamento la causal primera.

Rechaza el cargo primero por cuanto no existe cabal demostración de que el procesado haya cometido efectivamente los demás delitos a que hace referencia el recurrente. En estas condiciones, como no se discute la existencia del hecho punible que dio lugar al enjuiciamiento, no puede hablarse de errada calificación. Además, los distintos hechos que se le atribuyen al encausado son manifestaciones de las diversas etapas del acto defraudatorio, las cuales además, dieron lugar a otras acciones como la demanda que propuso el secuestre de los bienes en el juicio ejecutivo y la denuncia del arrendatario del consultorio.

La falta de vinculación de una persona contra quien aparecen cargos no representa nulidad constitucional porque la responsabilidad es individual y en manera alguna se lesionaron los intereses del procesado. Además, es posible que con posterioridad sean compulsadas las copias necesarias para investigar la conducta de cualquier otro partícipe.

En relación con los cheques que no fueron cubiertos por el banco por orden de no pago, estima que tal comportamiento formó parte de la estafa de modo que en este sentido no hubo calificación incompleta y, por lo tanto, tampoco se incurrió en nulidad.

Por el contrario, pide que la sentencia acusada se case por cuanto encuentra que el cargo de violación indirecta de la ley sustancial originada en la presencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba, es acertado. En efecto, si bien es verdad que el contrato de permuta es inobjetable, los hechos que con posterioridad realizó el procesado constituyen un delito de estafa y las pruebas practicadas así lo demuestran, pues el juicio ejecutivo iniciado por la concubina del procesado no fue otra cosa que una maniobra engañosa para apropiarse

de bienes que le pertenecían a Certaín. La supuesta obligación que dio origen a la ejecución no fue demostrada, el procesado mintió sobre sus relaciones con la ejecutora y al practicarse la diligencia no hizo ninguna manifestación sobre el verdadero propietario de los bienes, a más de que irregularmente estos quedaron en su poder. Todo esto indica la probada comisión de un delito de estafa y pide, por tanto, que el fallo sea casado y en su lugar se profiera sentencia de condena.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta:

Primer cargo. Pretende el censor que se declare la nulidad de la actuación porque el auto enjuiciatorio ha debido hacer referencia a los delitos de hurto y abuso de confianza que en su opinión cometió el procesado.

El delito de hurto se basa en la afirmación de que el encausado penetró un día al consultorio y de allí se llevó algunos elementos que habían sido objeto de la permuta. Es obvio que este hecho ninguna conexión tiene con la estafa pues ocurrió antes de que aquella se hubiera perpetrado y, en consecuencia, lo procedente era adelantar una distinta investigación, la cual al parecer se inició efectivamente por denuncia formulada por el arrendatario del consultorio.

En cuanto al delito de abuso de confianza que según el actor ocurrió por la apropiación, por parte del encausado, de bienes entregados en depósito luego del embargo y secuestro, la Sala encuentra que es acertado el planteamiento del señor procurador quien estima que si el embargo de bienes con base en un título simulado fue el medio engañoso para la apropiación de un objeto que pertenecía a otro, no es dable sancionar esa apropiación doblemente al considerar que ella constituye estafa y, además, abuso de confianza. En efecto, el procesado fue llamado a responder en juicio criminal por haber desplegado una serie de maniobras engañosas para apoderarse de bienes que previamente había entregado en permuta a otro; si el medio empleado para lograr esa apropiación fue la creación artificiosa de un juicio ejecutivo dentro del cual se le nombró depositario de los bienes cuya apropiación pretendía, este hecho del apoderamiento de esos objetos no puede tener una doble significación para dar lugar a dos delitos diferentes, por cuanto ello representaría vulneración del principio del *non bis in ídem.*

Como sólo se trata de un concurso aparente de tipos que fue cabalmente resuelto por el funcionario del conocimiento, ningún cargo de nulidad que por este aspecto se le haga a la sentencia está llamado a prosperar.

Segundo cargo. El delito de estafa que se atribuye al procesado fue cometido, a juicio del recurrente, con la complicidad de su concubina, pues los dos simularon la existencia de una acreencia con base en la cual se inició la ejecución que llevó a la práctica de la diligencia que dio lugar al apoderamiento de los bienes. Sin embargo, la amante del encausado no fue vinculada a la investigación con desconocimiento de imperativas ritualidades procesales.

Dispone el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores y partícipes. Esta regla legal en virtud de la cual se consagra el principio de la unidad procesal constituye un valioso mecanismo instrumental para que el proceso se adelante sobre cauces de orden y coherencia y con el fin de evitar decisiones judiciales contrapuestas.

Sin embargo, el desconocimiento del principio de la unidad procesal no constituye nulidad consagrada en la ley y no representa nulidad constitucional por cuanto tal desconocimiento no da lugar a la violación del derecho de defensa. Además, como reiteradamente lo ha señalado la Sala, la responsabilidad penal es individual, de modo que la formación de procesos distintos para copartícipes de un mismo hecho punible es irregularidad notoria digna de reproche, que, no obstante, no da lugar a la anulación de la actuación procesal.

El hecho mismo de que la ley admita excepciones al principio de la unidad procesal está indicando que éste no es un principio inflexible y que, por lo tanto, la omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes. La unidad procesal no opera, por ejemplo, en los casos en que uno de los procesados tenga fuero (inc. 2º del art. 39 del C. de P. P.); cuando al proferirse enjuiciamiento o sobreseimiento definitivo haya motivos para temer la existencia de otros copartícipes (art. 482); cuando con posterioridad al auto de proceder o al sobreseimiento definitivo se hagan cargos contra otra persona; cuando la tramitación contra los distintos sindicados deba separarse por haber sido alguno llamado a juicio y otro u otros sobreseídos temporalmente; cuando entre los copartícipes en delitos cuyo juzgamiento corresponde al jurado de conciencia, no todos ellos sean imputables.

Estas razones llevan a la Sala a concluir que el desconocimiento por parte de los funcionarios judiciales del principio de la unidad procesal, representa criticable informalidad, pero en manera alguna causal de nulidad.

Tercer cargo. Como una nulidad por calificación incompleta considera el censor el hecho de que el enjuiciamiento haya omitido hacer referencia a los cheques que el procesado entregó al denunciante como parte de la permuta y que el banco no canceló por orden de no pago.

De aceptarse el planteamiento hecho por el casacionista que fue prohijado en el auto enjuiciatorio, la estafa tuvo ocurrencia luego de perfeccionada la permuta y cuando para despojar al legítimo propietario de un equipo odontológico se urdió la trama de un juicio ejecutivo con base en título ficticio, medio engañoso para lograr la apropiación. De manera que el no pago de los cheques en virtud de la orden impeditiva del girador, fue comportamiento anterior a los actos defraudatorios y, por lo tanto, sin ninguna conexión con la estafa.

Esta forma de ver los hechos lleva a la conclusión de que entre la violación del estatuto penal del cheque y el delito de estafa no existió conexidad, pues el primer hecho punible tiene total indepen-

dencia del segundo, no sólo porque ocurrieron en tiempo diferente, sino porque para la comisión de uno no era necesaria la perpetración del otro que tampoco fue su consecuencia, y bien habría podido ocurrir que se hubiera dado orden de no pago de los cheques, sin la existencia de los subsiguientes actos defraudatorios. La sola circunstancia de que la prueba de las dos infracciones sea común, total o parcialmente, en manera alguna lleva a la afirmación de que entre los hechos punibles exista una conexidad que determine su investigación y fallo en un mismo proceso, y menos aún a que la investigación separada constituya causal de nulidad de naturaleza constitucional.

Causal primera:

La Sala estima que el procesado cometió el delito de estafa y que, por lo tanto, en la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, se incurrió en manifiestos errores de hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas, que condujeron a la violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación del tipo penal que incrimina el citado delito contra el patrimonio económico.

El Tribunal basó su sentencia absolutoria en las siguientes consideraciones:

"Pero ocurre que al expediente no se aportó la prueba plena o suficiente para afirmar certeramente que entre Vitaliano Nieves y Elsa Sofía Rojas Castañeda exitió un mutuo acuerdo para que mediante la presentación de un título ejecutivo —cheque— girado ficticiamente por el sindicado de quien se dice ser su amante, se hiciera incurrir en error el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá y mediante ese engaño o fraude se hubiera obtenido la providencia mediante la cual se decretó el embargo y secuestro de los bienes que como de propiedad de Nieves Fajardo fueron denunciados.

"Y es que sólo obra en el expediente el dicho del denunciante, no habiendo sido reforzado con las pruebas que tanto él como el procesado solicitaron, y no siendo esa manifestación de Certaín Torres suficiente para tener como probado un hecho que necesariamente exige la presencia de otros medios de convicción, tales como la copia del proceso civil, la especificación del título que prestó mérito ejecutivo y la diligencia de secuestro. Y sólo aparece una constancia expedida por el juzgado en cita, en donde se mencionan los nombres de demandante y demandado, los bienes denunciados por el primero y el depósito de que fuera objeto Vitaliano Nieves Fajardo por parte del funcionario que llevó a cabo la diligencia de secuestro, hecho que lejos de perjudicarlo podría beneficiarlo, pues demuestra que la posesión que a partir de esa diligencia detentó sobre el consultorio, le fue discernida por autoridad competente y no en forma arbitraria como se ha afirmado".

Adviértese en primer término, que la negociación inicial fue verificada entre dos personas capaces y que en manera alguna existe motivo para afirmar que esa permuta constituyó hecho punible, pues se verificó un contrato de permuta entre dos personas que no se conocían

previamente y sin que para la realización de tal contrato se hubiera empleado maniobra de ninguna especie.

El fraude que condujo a la estafa se presentó cuando Nieves Fajardo creó artificiosamente un juicio ejecutivo con base en un título simulado para despojar a Certaín del equipo odontológico que a partir del perfeccionamiento de la permuta con su entrega, había ingresado al patrimonio de éste. Que el juicio ejecutivo constituyó el medio fraudulento para estafar se deduce de los siguientes hechos:

La persona que aparece como titular del documento que sirvió de base a la ejecución es la amante del procesado. Inicialmente Nieves Fajardo pretendió desconocer este hecho y señaló que se trataba de una empleada a quien no veía desde hacía mucho tiempo. Posteriormente dejó entrever que con ella había tenido relaciones, pero que se hallaban disgustados, luego aceptó aun cuando con reticencias, que con ella tenía una hija "se llama Sulma Yanira, no se si ella la reconoció con mi apellido, o no la ha reconocido, no se, ella lo podrá decir". En una diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado 35 Penal Municipal manifestó Nieves Fajardo que "...he vivido con mi señora Elsa Sofía Rojas de Nieves con quien hago vida marital y de cuya unión hay una niña que se llama Zulma Yanira Nieves".

Además en el proceso aparece el testimonio de varias personas que afirman que Nieves Fajardo hace vida marital con Elsa Sofía Rojas y el propio juez que tramitó este proceso dejó la constancia de que una vez detenido el procesado, Elsa Sofía acudió al juzgado para interesarse por la suerte de su esposo y para visitarlo reclamó boletas; consignó el dinero para lograr su libertad y en la diligencia de audiencia pública se hizo presente.

De modo que la persona que entabló la acción ejecutiva contra el procesado no era la misma a quien inicialmente presentó como una antigua empleada. Ella, por razón de sus relaciones con el procesado, debía tener conciencia de que el consultorio dental ya no le pertenecía a éste, especialmente si se tiene en cuenta que dicho consultorio estaba instalado en la misma casa habitada por el procesado y su amante.

Tampoco el procesado logró dar una explicación satisfactoria sobre la causa de la obligación en virtud de la cual su amante le inició proceso ejecutivo.

Es importante, además, tener en cuenta la forma como se practicó la diligencia de embargo y secuestro de bienes. El declarante Luis Felipe Santiago manifestó que el día en que se practicó esa diligencia llegó previamente al consultorio el procesado Nieves Fajardo y pidió que se le prestara el instrumental para hacer un trabajo, se puso la blusa del declarante y colocó un cartel que lo anunciaba como odontólogo. Momentos después llegó el personal que practicó la diligencia.

En tal actuación el procesado no intentó hacer oposición y ni siquiera informó que el consultorio no le pertenecía. Todos estos hechos indican que el procesado tenía conocimiento de que se iría a

practicar la diligencia y que preparó todo para dar la apariencia de que el consultorio era de su propiedad. Además, este bien le fue dejado en depósito, lo que con los hechos ya mencionados, denota el acuerdo existente entre ejecutante y procesado.

De la versión del procesado surge la idea de que éste, luego de perfeccionada la permuta se sintió víctima de un engaño por parte de Certaín quien le entregó un vehículo en mal estado y de escaso valor, a cambio de un equipo de mejor precio. Aun cuando esta afirmación pudiera tener alguna base, no puede aceptarse la comisión de una estafa para buscar el resarcimiento de una negociación inequitativa, no obstante, los declarantes afirman que el negocio se hizo en varios días y que cada uno de los contratantes tuvo oportunidad de conocer y examinar minuciosamente los bienes que recibía y que el automotor que entregó Certaín estaba en normal estado de funcionamiento.

Pero a más de la prueba testimonial que confirma este aserto, existe una prueba que no podía ser desconocida por el Tribunal. En efecto, Nieves denunció penalmente a Certaín por el delito de estafa y en favor de éste se dio aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, "...por no ser constitutivos de infracción alguna los hechos denunciados..." (fl. 75).

En estas condiciones es evidente que el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho al desconocer las pruebas procedentemente indicadas y señaladas por el recurrente, que llevaban a la conclusión de que Nieves Fajardo despojó de bienes a Certaín valiéndose de maniobras engañosas, lo que dio lugar a violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 408 del Código Penal vigente para la época de los hechos.

Como el cargo prospera la Sala procede a dictar el fallo de instancia.

El sujeto que se vale de un proceso para defraudar patrimonialmente a otro comete un delito de estafa. A la defraudación cometida por este medio se le ha dado doctrinalmente el nombre de estafa procesal, por cuanto la apropiación se logra a través de la intervención funcional de los jueces. La doctrina ha aceptado que las maniobras engañosas pueden ser realizadas sobre persona distinta de sujeto pasivo de este atentado contra el patrimonio económico. Si esto es así, el tercero engañado puede ser un funcionario judicial, ya que no hay razón alguna que permita afirmar que los jueces no pueden ser víctimas de engaño, pues la realidad vivencial lleva a contradecir este aserto.

A partir de la vigencia del nuevo Código Penal (Decreto 100 de 1980), se hace indispensable un reexamen de la conducta atribuida al procesado, con el fin de determinar su adecuación a las nuevas disposiciones y establecer la ley que regulará en caso de conformidad con el principio de favorabilidad que consagra la Constitución Política, para los eventos en que ha habido sucesión de leyes en el tiempo.

La estafa era delito contemplado en la anterior legislación con pena de uno a siete años (art. 408); en el nuevo ordenamiento se

sanciona con pena de uno a diez años (art. 366), luego debe aplicarse la disposición vigente en el momento en que se realizó el hecho punible. Sin embargo, la inclusión en el nuevo Código Penal de la figura del fraude procesal como atentado contra la administración de justicia, da lugar a puntualizar algunos aspectos de interés para la interpretación de la nueva disposición.

Es evidente que entre el fraude procesal y el delito de estafa cometido a través de una engañosa actividad procesal y que la doctrina ha denominado estafa procesal, existen algunas analogías y también algunas diferencias que deben ser precisadas. Se asemejan estos dos hechos punibles en que en ellos el agente se vale del empleo de medios engañosos con el fin de obtener un determinado resultado; las diferencias más destacadas son las siguientes:

a) Mientras en el delito de fraude procesal se busca amparar la correcta administración de justicia, en el delito de estafa el bien jurídico que se tutela es el patrimonio económico;

b) El sujeto pasivo en el fraude procesal es el Estado como titular del bien jurídico que con esta disposición se ampara, en cambio en el delito de estafa el sujeto pasivo es la persona que sufre el menoscabo de carácter patrimonial;

c) En el delito de fraude procesal la conducta consiste en *inducir* en error a un empleado oficial, en tanto que la conducta del delito de estafa consiste en *obtener* provecho ilícito. Aun cuando las circunstancias modales de los dos comportamientos típicos son similares, los distintos verbos rectores empleados en cada una de esas disposiciones destacan la diferencia entre las dos conductas punibles;

d) Como consecuencia de lo anterior es obvio que son distintos los resultados que en cada caso exige la legislación;

e) Mientras en los delitos contra el patrimonio la restitución e indemnización es circunstancia específica de atenuación, en el fraude procesal no es dable hacer referencia a este aspecto, no sólo porque no existe previsión legal en ese sentido, sino porque este delito no exige para su tipificación finalidad de carácter pecuniario;

f) En el fraude procesal el agente actúa para engañar al empleado oficial, con el fin de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; en la estafa obra con la finalidad de obtener un provecho económico en perjuicio ajeno.

Las anteriores precisiones llevan a la conclusión de que los dos tipos penales mencionados tienen un diverso campo de aplicación y que, en consecuencia, no se excluyen entre sí, pues la exclusión que hace inaplicable una de las dos disposiciones sólo se presenta cuando se da lo que la doctrina ha llamado concurso aparente de tipos y que se resuelve a través de los principios de la especialidad, la subsidiariedad y la consunción.

Sobre este aspecto dijo la Sala lo siguiente:

"Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que

se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos pues realmente sólo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada: Tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecua, en principio, a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero sólo éste sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecuen al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiariedad.

"La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del *non bis in ídem* que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi* subsidiarias que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

"De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que el hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequivocadamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, numeral 3º del art. 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales, art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva" (Casación de septiembre 15 de 1983).

"En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del honorable Magistrado doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez (G. J., CXXIX, números 2346 a 2351, pág. 355)".

De conformidad con la precedente apreciación jurisprudencial resulta obvio que la estafa no es una forma especial de fraude procesal, ni el fraude una simple modalidad de estafa, así ésta pueda cometerse eventualmente por medio de la inducción en error de empleados oficiales. Si esto es así no es del caso hacer referencia, por este aspecto, a un concurso aparente de tipos que pueda resolverse a través del principio de la especialidad.

Tampoco hay razón alguna para afirmar que el fraude procesal es un tipo subsidiario, aplicable sólo en la medida en que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor, porque cuando el legislador ha querido que una disposición penal tenga este limitado alcance generalmente así lo ha consignado expresamente (arts. 152, 198, 246,

247, 357, 370). Además la subsidiariedad sólo se presenta cuando los dos tipos penales se excluyen, de modo que no pueden aplicarse en forma concurrente.

De otra parte, la estafa no es un tipo de aquellos que la doctrina ha llamado complejos, porque ninguno de sus elementos integrantes constituye a su vez conducta típica diferente, característica que tampoco ostenta el fraude procesal, de manera que por esta razón no es aplicable el principio de la consunción en el evento de que la defraudación patrimonial se logre por razón del fraude procesal.

Se destaca la independencia de los dos tipos mencionados por el hecho de que no todo fraude procesal constituye estafa, ni toda estafa representa un fraude procesal. Si bien es cierto que por medio de este atentado contra la administración de justicia se busca ordinariamente la obtención de una ventaja de carácter patrimonial, esta circunstancia sólo se presenta de manera eventual, ya que pueden darse muchos casos de fraude procesal sin pretensiones económicas de ninguna especie. En efecto, los medios fraudulentos pueden ser empleados ante la autoridad que tramita la nacionalización de un extranjero; pueden ser utilizados esos medios artificiosos en acciones civiles que no tienen contenido patrimonial, como cuando se intenta el reconocimiento de filiación natural luego de precluida la oportunidad para hacer la petición de herencia; también puede desplegarse actividad engañosa dentro de un proceso penal del cual no se derive indemnización de perjuicios, con la pretensión de obtener una sentencia injusta; en fin, como no toda la actividad del Estado se orienta a resolver sobre acciones de contenido patrimonial, y en estas puede darse actividad engañosa del particular, son muchos los casos en que ninguna concomitancia tienen los dos hechos punibles mencionados.

En estas condiciones y al amparo de la nueva codificación cuando por medio de un fraude procesal se comete o se intenta cometer un delito de estafa, debe darse aplicación al artículo 26 del vigente Código Penal que prevé el concurso de hechos punibles cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringen varias disposiciones de la ley penal.

De manera que como el hecho que dio lugar a esta actuación procesal ocurrió dentro de la vigencia de la Ley 95 de 1936, sus disposiciones resultan aplicables. En efecto, la nueva codificación no puede aplicarse retroactivamente al caso en estudio, porque sus previsiones son más desfavorables para el procesado, no sólo porque la estafa se sanciona ahora con mayor rigor, sino, porque a la luz del nuevo ordenamiento sería necesario aplicar las normas del concurso.

Como en el proceso existe plena prueba de que el procesado Nieves Fajardo cometió el delito de estafa que dio lugar a su enjuiciamiento deberá proferirse en su contra sentencia condenatoria. El artículo 408 del Código Penal señalaba una pena mínima de un año de prisión, la cual debe disminuirse a la mitad por cuanto el procesado consignó el valor de los perjuicios ocasionados con el hecho punible. No obstante, esta pena se aumentaría en seis meses en razón de las características que ostenta la personalidad del agente, quien previamente fue condenado por un delito de contrabando impropio, y

además en cuanto concurre en su contra la circunstancia específica de agravación punitiva prevista en el artículo 410 del Código Penal de 1936, en razón de la cuantía del ilícito.

Se impondrá a Nieves Fajardo la pena de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal y se le condenará al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con el delito.

A pesar de que Nieves Fajardo fue condenado con anterioridad la Sala estima que no requiere tratamiento penitenciario, de manera que se hace acreedor a la condena de ejecución condicional, con un período de prueba de tres años y previa caución de veinticinco mil pesos (art. 46 de la Ley 2ª de 1984) y la suscripción de la correspondiente diligencia de compromiso que otorgará ante el juzgado del conocimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º *Casar la sentencia recurrida.*

2º En consecuencia condena a Vitaliano Nieves Fajardo, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena de doce meses de prisión, como autor responsable del delito de estafa cometido contra el patrimonio económico de Raúl Eduardo Certaín Torres, en circunstancias reseñadas en la motivación.

Condénase a Vitaliano Nieves Fajardo a la pena accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal y al pago, en abstracto, de todos los perjuicios ocasionados con el hecho punible.

Concédese a Vitaliano Nieves Fajardo el beneficio de condena de ejecución condicional, en los términos a que se hizo referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO

USO DEL MISMO POR QUIEN REALIZO SU ALTERACION CODIGO DE 1936. DECRETO 100 DE 1980

El artículo 234 (Código de 1936) regulaba de manera autónoma el uso del documento público falso sin distinguir si el usuario había intervenido en su falsedad o era ajeno a ella. El nuevo Código Penal, en cambio, no solamente separó las formas de falsedad material e ideológica de documento público por empleado oficial (arts. 218 y 219) sino que luego de describir en el inciso 1º del artículo 222 la conducta de quien usa documento público que otro ha falsificado, se ocupa en el segundo inciso de esa misma norma del comportamiento de quien habiéndolo falsificado lo utiliza, caso en el cual prevé un incremento punitivo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 12 de febrero 21 de 1984.

Vistos:

Germán Franco Angulo fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena principal de dieciocho meses de prisión como responsable de delitos de uso de documento público falso. Contra tal decisión se interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos:

Después de haber ingresado a la facultad de derecho de la Universidad Libre de Bogotá el señor Germán Franco Angulo, se descubrió que tanto los certificados del colegio privado "Monseñor Montini" como el expedido por la Oficina de Diplomas de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, que presentó a la Institución, habían sido falsificados mediante el artificio de borrar el nombre originariamente escrito y colocar en su lugar el de Germán.

Actuación procesal:

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Tercero Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio de Franco Angulo por el delito de falsedad documental (modalidad de uso de documento público falso) y dispuso, además, compulsar copias de lo pertinente para investigar la conducta del señor López —persona que, según la confesión del procesado, le tramitó todos aquellos documentos— como probable autor de la material alteración de los certificados. Al decidir sobre la apelación de esta providencia el Tribunal la confirmó en cuanto al llamamiento a juicio de Franco Angulo pero la adicionó en el sentido de que en la nueva investigación se vinculara también a este procesado por autoría material o intelectual en la falsificación del documento público que servía ahora para su encausamiento. Así continuó el proceso hasta su culminación en sentencia condenatoria de primer grado, confirmada luego por el Tribunal con aumento de la pena principal, en fallo del 14 de abril de 1983.

Demanda de casación:

El recurrente plantea dos causales de casación: La cuarta y la primera, así:

Causal cuarta: La sentencia del Tribunal se dictó sobre proceso viciado de nulidad de carácter constitucional por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional de tres maneras: a) Vulneración de la plenitud de las formas propias del juicio; b) Violación del derecho de defensa y c) Atentado a la legalidad del delito y de la pena.

Fundamento del primer cargo es el de que, habiéndose llamado a juicio a Franco Angulo como autor de uso de documento público falso (inciso 2º del art. 222 del C. P.) y habiéndose dispuesto por el Tribunal que se adelantara contra él otro sumario por la material alteración de ese mismo documento (el certificado expedido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca) junto con N. López, se fraccionó un mismo delito en dos procesos con pretermición de las formas debidas que imponían la obligación de investigar y fallar este delito único en un solo proceso como lo ordena el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Es de tanta gravedad este quebrantamiento a la Constitución Nacional en su artículo 26, dice el recurrente, "que de tolerarse nos veríamos frente al riesgo regresivo e inadmisible de que las personas que han sido vinculadas a un proceso estuvieran indefinidamente bajo la acción represora del Estado mediante el simple subterfugio de fraccionar arbitrariamente cada delito en un número interminable de partes y con cada una de ellas dar la apariencia de legalidad de sendos procesos".

Respecto del segundo cargo, considera el recurrente que en cuanto el Tribunal dispuso separar la investigación por la supuesta falsedad material del documento público, de aquella ya iniciada por el uso del mismo, vulneró el derecho de defensa del procesado pues limitando su ámbito en esta causa al solo delito de uso del documento público falso, impidió que se debatiera probatoriamente lo relacionado con su elabo-

ración y por ende que se demostrara que Franco Angulo recibió el documento ya falsificado por un tercero sin su conocimiento ni participación.

En cuanto al tercer cargo, alega el actor que se violó tanto el principio de legalidad del delito como el de legalidad de la pena; lo primero, porque el Tribunal en el auto de proceder creó dos delitos (falsedad de documento público y uso de documento público falso) donde sólo hay uno (uso de documento público falso por quien lo ha falsificado), conforme lo prevé el artículo 222 del Código Penal, y lo segundo porque a Franco Angulo se le impuso la pena prevista para el delito de uso de documento público falso, a pesar de habérsele iniciado otro proceso por la falsificación de ese mismo documento, con lo que le fue aplicada una sanción que no es legal.

Causal primera: Señala el memorialista que la sentencia del Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 222 del Código Penal, pues por error de subsunción se le utilizó para cobijar un presupuesto fáctico que no correspondía; en efecto, habiéndose reconocido que el sindicado se vinculase a otro proceso como autor intelectual o material de la falsedad del documento público, se le condenó como responsable del uso de ese documento falsificado.

Concepto de Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal opina que la sentencia acusada debe mantenerse pues no hubo violación alguna de la Constitución Nacional, como que según jurisprudencia de esta Sala "la investigación y fallo en forma separada de delitos conexos o de hipótesis de la misma conducta delictuosa no acarrea nulidad legal ni constitucional", como lo comprueba con cita de la providencia del 17 de noviembre de 1983; señala igualmente que no se conculcó el derecho de defensa del procesado y que se le llamó a juicio y condenó por delito legalmente previsto en el artículo 222 del Código Penal. Frente a la causal primera, dice que es ilógico el planteamiento del actor porque luego de reclamar la invalidez del proceso, la admite en esta para controvertir soportes fácticos con violación de la técnica del recurso.

Considerandos:

1. *Causal cuarta. La regulación legal de los hechos relacionados con la falsificación de documento público y con el uso del mismo por la persona que realizó su alteración, cambió del Código Penal de 1936 al que actualmente rige; en efecto, en la legislación precedente, su artículo 231 describía distintas formas de falsedad en documento público por empleado oficial, el 233 se refería al mismo hecho punible cometido por particulares o funcionarios por fuera de su cargo, en tanto que el 234 regulaba de manera autónoma el uso del documento público falso sin distinguir si el usuario había intervenido en su falsedad o era ajeno a ella. El nuevo Código Penal, en cambio, no solamente separó las formas de falsedad material e ideológica de documento*

público por empleado oficial (arts. 218 y 219) sino que luego de describir en el inciso primero del artículo 222 la conducta de quien usa documento público que otro ha falsificado, se ocupa en el segundo inciso de esa misma norma del comportamiento de quien habiéndolo falsificado lo utiliza, caso en el cual prevé un incremento punitivo; de esa manera el legislador de 1980 separó nítidamente la hipótesis de quien usa el documento público siendo ajeno a su alteración material o ideológica, de aquella que se refiere al actor que usa tal documento habiendo concurrido a su falsificación, situación esta última que excluye, consecuencialmente, la posibilidad de un concurso.

Para desentrañar el alcance de la modalidad delictiva plasmada en el inciso 2º del artículo 222 del actual estatuto punitivo, es necesario rastrear su origen. En la primera Comisión Redactora (1972/74), el profesor Romero Soto presentó sobre este punto (Acta núm. 81 de 26 de octubre de 1973) la siguiente fórmula: "Artículo USO DE DOCUMENTO FALSO: El que sin haber concurrido a la falsedad, hiciere uso de un documento falso, incurrirá, si se tratare de documento público, título valor o certificación privada, en prisión de uno a seis años". Al comentar dicha propuesta, el comisionado Reyes Echandía advirtió que quedaba por fuera de la norma "el caso del uso del documento público o de la certificación privada de parte de la misma persona que lo ha falsificado", y sugirió entonces adicionar en tal sentido el artículo propuesto; la sugerencia fue aceptada y se concretó en un artículo cuyo inciso final decía: "Si quien usa el documento público o la certificación privada falsa que puedan servir de prueba, fuere la misma persona que los falsificó, la respectiva pena imponible, de acuerdo con los artículos 1º a 7º se aumentará en una tercera parte". Al elaborarse el texto definitivo del Anteproyecto de 1974 la norma en cuestión quedó así: Artículo 246. Uso de documento falso. *El que sin haber concurrido a su falsedad, hiciere uso de un documento público, título valor o certificación privada autorizada falsos, que puedan servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.*

"Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare sobre documento privado, la pena será de uno a seis años de prisión.

"Si quien usa el documento público o la certificación privada falsos, que puedan servir de prueba, fuere la misma persona que los falsificó, la respectiva pena imponible de acuerdo con los artículos 235 a 242 se aumentará en una tercera parte".

Los artículos 236 a 242 mencionados en el inciso precedente y a los que este remitía para graduar la pena, eran los que describían las distintas formas de falsedad en documento público y en certificación privada.

De la Comisión Redactora de 1976 no se conocen actas; por eso no es posible saber con certeza la razón de los cambios que introdujeron al articulado de la precedente. En lo que respecta a la cuestión relacionada con la norma sobre uso de documento falso, su artículo 282 reproduce en esencia el texto del precitado artículo 246 del Anteproyecto de 1974, aunque su inciso final fue menos claro en la redacción; dice así: "Si quien usa el documento o certificación a

que se refiere el inciso primero de este artículo fuere el mismo que los elaboró o alteró, la pena se aumentará hasta en la mitad".

La Comisión de 1978, por su parte, se limitó a transcribir de nuevo el contenido del artículo 282 (con el número 296) del Anteproyecto de 1976 y a indicar en la respectiva exposición de motivos que en dicha norma se consagraban las situaciones de quien usa el documento falsificado por otro y de quien lo usa habiendo concurrido a su falsificación.

Finalmente, cuando en la Comisión Asesora de 1979 se discutió este punto (Acta núm. 20 del 23 de mayo de 1979), el profesor Estrada Vélez precisó que con esta norma (se refería al art. 296 del Anteproyecto de 1978) se pretendían evitar "los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia de falsificación de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona"; agregó entonces que para evitar el concurso delictivo se debería consagrar como un delito agravado de falsedad *el uso de documento público por quien lo ha falsificado; aprobada esta propuesta, se redactó la norma que luego se convirtió en el actual artículo 222 ahora vigente.*

Del precedente examen sobre el origen de tal disposición desprendense las siguientes conclusiones: a) Que todas las Comisiones evitaron la creación de un tipo autónomo de uso de documento público por quien hubiese concurrido a su falsificación; b) Que por esta vía se eliminó la posibilidad jurídica de un concurso delictivo entre falsedad y uso de documento público cuando la misma persona realizara ambas conductas; c) Que tal situación fue resuelta, desde el Anteproyecto de 1974, mediante la fórmula de consagrar el uso de documento público por quien lo hubiere falseado, como una forma agravada del delito de falsedad documental; por eso en aquel Anteproyecto se hacía específica referencia a las distintas especies de falsedad documental para referir a la que correspondiera, el incremento punitivo previsto por el uso del documento ya falseado.

Es verdad que la redacción definitiva del inciso 2º del artículo 222 no fue tan clara en este punto como la del inciso final del artículo 246 del Anteproyecto de 1974; no obstante, la solución jurídica se mantuvo; la referencia que allí se hace al "inciso anterior", apunta al documento público falso como objeto material de la conducta, no a la pena allí consagrada, pues que ella se refiere a la bien distinta hipótesis del simple uso de documento público falseado por otro; por manera que la pena base a la que ha de agregarse el incremento punitivo señalado en el inciso 2º del artículo 222, no puede ser otra que la prevista para la concreta especie de falsedad documental en que haya incurrido el que ahora usa el documento por él mismo falsificado (arts. 218 a 220). Esta interpretación histórico-sistemática, por lo demás, resulta mucho más coherente en el ámbito de la punibilidad, que la que se desprendería de la mera literalidad del texto examinado, pues si remitimos la agravación punitiva del inciso 2º del artículo 222 a la pena señalada en su inciso primero, tendríase que quien solamente falsifica documento público sería sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión si fuere empleado oficial o de 2 a 8 si actuase como particular, a tiempo que quien además de falsificar el documento público lo usa, resultaría penado con prisión mínima de

un año y un día hasta 8 años y un día, y máxima de 18 meses a 12 años, sanción esta, en promedio, menor de la prevista para el solo delito de falsedad documental, lo que resulta ciertamente ilógico.

Ahora bien, si se examina la situación *sub iudice* a la luz de todas las consideraciones precedentes, tiénese que el procesado fue llamado a juicio y condenado tanto en primera como en segunda instancia por el delito de uso de documento público falso en la modalidad descrita por el inciso 1º del artículo 222 del Código Penal hoy vigente, modalidad esta que, como allí mismo aparece, se refiere solamente a la hipótesis de quien usa documento público falsificado por otro, lo que significa que el Tribunal Superior de Bogotá al confirmar el auto de proceder y luego al ratificar la sentencia condenatoria proferida por el juzgado de primera instancia, excluyó el hecho de que el procesado hubiese concurrido a la falsificación del documento público por el cual se le llamó a juicio y condenó. Vista en esa perspectiva y ahora la decisión del Tribunal en el sentido de adicionar el auto de proceder del juzgado para que se vinculase a Franco Angulo a la investigación ordenada respecto de N. López como presunto autor de la falsedad material del diploma expedido por la Secretaría de Educación Departamental, ha de reconocerse que fue ilógica y contradictoria porque al confirmar el auto de proceder estaba reconociendo que el procesado no intervino en la alteración del documento y al disponer que se lo ligase al proceso ordenado contra N. López, admitía que pudo haber participado en dicha falsedad; pero no habiéndose comprobado en la etapa de este juicio la autoría o participación del procesado en la alteración de aquel documento y habiéndosele, por eso, condenado solamente como responsable del mero uso del documento ya falsificado, síguese que el yerro del Tribunal se torna inane porque ejecutoriada esta sentencia de condena hace tránsito a cosa juzgada e impide que pueda continuar y, por ende, concluir un proceso en el que se le imputa a Franco Angulo un hecho —la falsedad en el documento expedido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca— del cual ya se le relevó de toda responsabilidad en la sentencia ahora recurrida.

Queda así disipado el temor que impulsó al recurrente a plantear esta demanda de casación. El cargo no prospera.

Los otros dos cargos dentro de la causal cuarta, —violación del derecho de defensa y atentado a la legalidad del delito y de la pena— parten igualmente del supuesto de que al procesado se le llamó a juicio y condenó apenas por una parte del delito que consiste en falsificar y usar un documento público, en cuanto en este proceso se le juzgó y condenó por el uso de tal documento y en otro se le está investigando por la falsedad del mismo; pero ya se ha visto que, pese al error del Tribunal al adicionar el auto de proceder del juzgado, lo cierto es que a Franco Angulo se le llamó a juicio y condenó por la modalidad delictiva descrita en el inciso 1º del artículo 222 del Código Penal (mero uso de documento público falsificado por otra persona) y siendo esta distinta e incompatible con la prevista en el inciso segundo de aquella norma (uso de documento público falsificado por el mismo usuario), no es pertinente alegar que se le impidió defenderse de un hecho —la falsedad documental— por el cual en definitiva no se le llamó a juicio ni se le condenó, ni tampoco sos-

tener que se le impuso pena distinta de la señalada para el hecho cometido, pues la que le aparece en la sentencia recurrida es la que corresponde a la modalidad descrita en el primer inciso del artículo 222, tipo especial dentro del cual fue subsumida la conducta del procesado. No prosperan, consecuencialmente, estos cargos.

2. *Causal primera.* La causal primera también está edificada sobre el mismo razonamiento, vale decir, se reconoció que el procesado usó el mismo documento falsificado por él pese a lo cual la conducta se adecuó a la descripción del primer inciso del artículo 222 en vez de serlo al segundo. La respuesta a este cargo, ha de ser idéntica a la de los anteriores; y es la de que pese al yerro del Tribunal al adicionar el auto de proceder —sobre cuyo alcance y consecuencias ya se pronunció la Sala en acápite anterior— tanto el llamamiento a juicio como la sentencia versaron sobre el tipo especial del inciso 1º del artículo 222, y no en relación con el subordinado agravado de su inciso segundo, de tal manera que no habiéndose demostrado en este juicio que Franco Angulo hubiese sido autor o determinador de la falsedad del documento usado por él, su condena, indudablemente referida a la responsabilidad que se le dedujo por haber usado documento público falsificado por otra persona, lo deja definitivamente a cubierto de otra sanción penal por haber falsificado ese mismo documento, en virtud del principio de la firmeza procesal de la cosa juzgada (art. 215, C. de P. P.), como ya se indicó. No prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Salvamento de voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Me he separado respetuosamente de la solución que adopta la Sala en la sentencia anterior porque, a mi juicio, el auto de proceder proferido contra el condenado Germán Franco Angulo no sólo fue providencia "ilógica y contradictoria", como lo admite la mayoría sin remover, no obstante, esa absurda decisión, sino porque, además, la convalidación del auto nulo en este proceso mediante el argumento de que pueda oponerse en el otro, el remedio probable del fenómeno de la cosa juzgada no me parece lo legalmente aconsejable en casación.

1. Los autos proferidos por el Juzgado Tercero Superior y por el Tribunal de Bogotá y no sólo en sus consideraciones, sino en la parte resolutiva de ambas providencias, declaran inequívocamente que para la fecha de la calificación del sumario no había sido posible determinar si el documento falso utilizado por el procesado lo había sido sin haber concurrido éste a la falsificación e ignorándose, igualmente, si había sido él mismo quien la había realizado, lo que significaba que la investigación estaba incompleta, caso en el cual como lo ordena perentoriamente la ley no ha debido cerrarse (art. 472 del Código de Procedimiento Penal) o, prematuramente clausurada, calificarse su mérito mediante auto de sobreseimiento temporal (art. 489, *ibídem*).

Juez y Tribunal, sin embargo, resolvieron llamar a juicio por el uso del documento y perfeccionar la deficiente investigación y el incompleto auto de proceder mediante la continuación del sumario contra el mismo procesado y otro con el objeto de determinar, por separado, si aquél había concurrido a la falsedad material o ideológica o si, por el contrario, no había tenido que ver nada con ella.

Las partes resolutivas de los autos del Juzgado Tercero Superior y del Tribunal no podían ser, a mi juicio, más descabellados:

"...Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,..."

"...*Resuelve:*

"...1º Llamar a responder en juicio por el trámite ordinario y sin intervención del jurado de conciencia a Germán Franco Angulo, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, como autor y responsable del delito de falsedad en documento público, cometido

en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que se anotaron en la parte motiva..."

"... ... ..."

"...4º Ordenar que se produzcan copias de la parte inicial y de los considerandos hasta el fin de esta providencia, de los documentos tachados de falsos, de la indagatoria, de las declaraciones que obran a los folios 92 y 96, así como de las conclusiones del dictamen pericial y tal como dispone el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal comisionar al señor Juez Quinto de Instrucción Criminal, a fin de que se sirva investigar, si tal como se menciona hubo otro partícipe en los hechos que motivaron el proceso y en el término de 90 días, con amplias facultades, para practicar cuantas diligencias considere conducentes a los fines del proceso *oír en ampliación de indagatoria al procesado,* quien debe dar las características físicas de López, pedir a la Secretaría de Educación del Distrito certificación sobre la posible existencia del plantel, en el que se afirma López era secretario, etc...." (subrayas fuera del texto) (fl. 140).

"... ... ..."

"...Por lo que queda expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, oído el concepto fiscal y en lo pertinente de acuerdo con él ..."

"...*Resuelve:*

"...*Confírmase* el auto apelado, con la aclaración consignada en la parte motiva en lo concerniente a que Germán Franco Angulo se seguirá *considerando como sindicado,* al continuarse la investigación en lo tocante a la autoría intelectual y material de la falsificación de documento público, dentro del expediente respectivo que se forme con las copias que está ordenado compulsar..." (fl. 159).

De la lectura de las anteriores decisiones se advierte, claramente, que el Tribunal fraccionó indebidamente el hecho punible descrito en el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal, al confirmar el llamamiento a juicio del procesado por delito de uso de documento público falso y disponer que por separado se investigase su autoría material o intelectual en la falsedad material de ese mismo documento, pues que con tal determinación desplazó a dos tipos penales distintos (arts. 220 y 222 inc. 1º) lo que conforme a esa decisión solamente podía adecuarse a la descripción del inciso 2º del artículo 222, y dio vida a un nuevo proceso para que en él se investigara, como hecho punible independiente, lo que realmente era apenas un segmento jurídico de aquel complejo delito.

Porque el dilema que se planteaba al cierre de la investigación era este: o se reconocía que Franco Angulo únicamente había usado el documento público falso cuya alteración material fue obra de otra persona (el señor López que mencionara el procesado), como lo reconoció, aunque vagamente, el juzgado de primera instancia y entonces bien obró tal despacho al emitir auto de proceder contra el sindicado por haber utilizado ese documento y al disponer investigación separada para la falsedad material atribuida a López, o se aceptaba

que Franco Angulo, además de usar el certificado falso intervino en su material alteración —presupuesto del que partió el Tribunal— en cuyo caso la vía procesal no era otra que la de llamarlo a juicio por ambos hechos —subsumibles como ya se ha dicho en el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal— o sobreseerlo temporalmente si aún no emergía prueba suficiente respecto de su autoría en la alteración de aquel documento. Lo que no cabía en derecho era precisamente lo que hizo el *ad quem,* esto es, reconocer de un lado la probable intervención de Franco Angulo en la falsedad material del certificado expedido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, además del indudable uso que de él hizo para ingresar a la universidad, y decidir entonces la confirmación del auto de proceder por uso del documento público, agregando que debía vinculársele también al nuevo proceso que se iniciaría contra López, como presunto coautor de la alteración del citado documento. Por esa vía se pretermitieron ciertamente las formas propias del debido proceso, pues lo que solamente era investigable en un único proceso se bifurcó en dos, uno de los cuales llegó, como se ha visto, hasta sentencia de condena por el uso del documento falso, a tiempo que el otro puede culminar también en fallo condenatorio por la alteración material de dicho certificado, dando entonces lugar a la aberración jurídica de dos condenas por un mismo hecho.

2. La Sala, sin embargo, resta gravedad a esta ostensible violación del debido proceso y de los derechos del procesado bajo el supuesto de que la "contradictoria" determinación adoptada por el Tribunal en el auto de proceder es, apenas, "yerro" que se torna inane porque ejecutoriada esa sentencia de condena hace tránsito a cosa juzgada e impide que pueda continuar y, por ende, concluir un proceso en el que se le imputa a Franco Angulo un hecho —la falsedad en el documento expedido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca— del cual ya se le relevó de toda responsabilidad en la sentencia recurrida", solución que tampoco comparto porque dá por realizado un evento futuro, la ejecutoria de la sentencia actualmente recurrida y porque, además, invierte los términos de la casación, que estando circunscrita a la anulación del juicio indebidamente adelantado, se resuelve mediante el anticipado desconocimiento de la validez del proceso por la falsedad material o ideológica que la Corte, sin embargo, ha dejado, hasta ahora, incólume.

Por las anteriores, comedidas consideraciones, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

27 de febrero de 1984.

PROCESADO. Identidad

La tarea de identificación e individualización del autor y de los partícipes es imprescindible, porque el proceso penal tiene un destinatario que eventualmente puede sufrir las consecuencias punitivas previstas en la disposición sustancial violada y tales consecuencias sólo pueden inferirse cuando haya plena prueba de la responsabilidad, esto es, cuando exista certidumbre sobre la persona respecto de quien se formula ese juicio de responsabilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 11 de febrero 16 de 1984.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó la sentencia condenatoria que por el delito de homicidio agravado profirió el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, contra el procesado *Pedro Potes.* Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el señor Fiscal Primero de aquella Corporación, que fue concedido y luego declarado admisible por la Sala. Presentada la demanda que amplió el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se procede a decidir.

Hechos:

De acuerdo con las constancias procesales se sabe que a la cantina de propiedad de Ramón Osorio llegó un individuo que algún declarante identificó como Pedro Potes, y disparó sobre el anciano Leonidas Vallejo o Jorge Vallejo Bravo o Juan José Revelo, a quien le ocasionó la muerte. Estos hechos ocurrieron en la vereda "Alaska" del Municipio de Buga, en las horas de la tarde del diez (10) de octubre de 1949.

Actuación procesal:

La investigación se inició una semana después de la ocurrencia de los hechos y dentro de ella se practicaron algunas diligencias. Uno

de los declarantes afirmó que el autor de los disparos mortales había sido un individuo de nombre Pedro Potes; no obstante, no se aportó ningún otro elemento de juicio para individualizar al autor del ilícito, quien hasta el momento no ha sido capturado.

Años después, y luego de que el Tribunal de Buga revocó un auto que dispuso la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, el Juzgado Segundo Superior de Buga cerró la investigación el 30 de enero de 1976.

El juzgado del conocimiento dispuso nuevamente la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, en providencia del 26 de febrero de 1976, por cuanto estimó que los hechos investigados representaban un delito de homicidio voluntario. Esta providencia fue revocada por el Tribunal Superior de Buga al considerar que la acción penal no se hallaba prescrita por la concurrencia de una circunstancia de agravación en el delito de homicidio investigado.

Nuevamente, pues, se dispuso el cierre de la investigación, el 30 de abril de 1976. En esta oportunidad el Juzgado Segundo Superior de Buga sobreseyó temporalmente en favor del sindicado Pedro Potes, mediante auto de 7 de julio de 1976; no obstante, el Tribunal Superior de Buga al conocer por vía de apelación, revocó el sobreseimiento temporal y abrió causa criminal contra Pedro Potes, por el delito de homicidio.

Emplazado y declarado reo ausente el procesado, nuevamente el juzgado del conocimiento, previo concepto favorable de su colaborador fiscal, dispuso la cesación de procedimiento por prescripción, medida que fue revocada por el Tribunal cuando conoció de ella por la vía de la consulta.

La diligencia de audiencia pública se verificó el 15 de marzo de 1983. Al término de ella los miembros del jurado respondieron afirmativamente el cuestionario propuesto. El Juzgado Segundo Superior de Buga acogió el veredicto y condenó a Pedro Potes a la pena de 16 años de prisión y, finalmente, el 16 de junio de 1983, el Tribunal dictó la sentencia confirmatoria que fue recurrida en casación.

La demanda de casación:

Tres cargos distintos formula el señor Fiscal recurrente a la sentencia acusada, dos de ellos con apoyo en la causal cuarta de casación y uno con fundamento en el segundo cuerpo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

La ausencia de identificación del procesado permite al recurrente llegar a la afirmación de que el proceso está viciado de nulidad, ya que en el auto de proceder se incurrió en error relativo al nombre o apellido de la persona responsable, hecho elevado a la categoría de nulidad de carácter legal, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 5º del artículo 210 del ordenamiento procesal penal.

Luego de una referencia a la realidad probatoria llega a la conclusión de que solamente un declarante afirma que el delito fue cometido por un hombre a quien le da el nombre de "Pedro Potes", pero que ni

siquiera este declarante agrega el más leve dato para individualizar a esta persona. A más de esto han transcurrido más de treinta años desde la ocurrencia de los hechos y ninguna prueba distinta corrobora el dicho de este testigo, pues ninguno de los deponentes en la etapa sumarial logró la identificación del autor del homicidio, ni en la etapa de la causa se hizo esfuerzo alguno para lograr establecer la verdadera identidad del procesado.

En estas condiciones, anota el casacionista, se incumplió con el deber primario de establecer la identidad del procesado, impuesto a los funcionarios por el artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, lo que lleva a la conclusión de que la condena puede ser padecida por cualquier persona que lleve el nombre a que aludió el citado declarante.

El segundo motivo de nulidad que señala el actor y que a su juicio constituye violación de las formas propias del juicio con desconocimiento del derecho de defensa, lo hace consistir en el hecho de que el edicto emplazatorio fijado durante la etapa del sumario no permaneció durante diez días hábiles en la secretaría del juzgado, como lo ordena el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal pues para el término de fijación se tuvieron en cuenta los días feriados, en contra del mandato del artículo 191 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, cuando se dictó el auto de proceder el juzgado carecía de competencia para hacerlo por cuanto en ese momento nadie estaba legalmente vinculado a la investigación.

Finalmente estima que el Tribunal violó en forma indirecta la ley al considerar como válido un dictamen pericial que no cumplía con las orientaciones que el artículo 269 del Código de Procedimiento Penal, da para la intervención de los expertos. Concretamente estima que la peritación sobre indemnización de perjuicios adolece de defectos en su fundamentación y por ello no ha debido ser estimada para la condena por daños materiales y morales.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, amplió la demanda presentada por el Fiscal en cuanto al primero de los cargos planteados.

Afirma que la identificación del acusado es requisito indispensable del proceso, por cuanto los pronunciamientos judiciales deben referirse a persona determinada. Uno de los primeros deberes del instructor es la práctica de pruebas orientadas a establecer la identidad del acusado (art. 113); así mismo, para lograr ese fin se ha previsto la diligencia de reconocimiento en rueda de personas (art. 407), deber que también corresponde a las autoridades de policía judicial (numeral 12 del ordinal -c- del art. 289). La identificación del acusado es primordial en la etapa de juicio, pues por mandato legal en el auto enjuiciatorio debe hacerse una clara individualización del procesado (art. 483, numeral 1º), a más de que en la diligencia de audiencia pública debe interrogarse al procesado sobre todo lo que conduzca a revelar su

personalidad (art. 583), ya que la sentencia sólo puede recaer sobre persona perfectamente identificada (numeral 1º del art. 171).

El legislador ha elevado a causal de nulidad el error relativo al nombre o apellido de la persona acusada de cometer un delito, para evitar que la pena pueda ser aplicada a una persona inocente. Estima, sin embargo el Procurador Delegado, que la falta de clara identificación del procesado constituye violación de las formas propias del juicio y, por tanto, demanda la casación del fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

1. *Es misión fundamental de la actividad procesal en materia penal establecer si realmente se cometió un hecho punible y descubrir a los autores y partícipes. Corresponde también a los funcionarios jurisdiccionales determinar las circunstancias en que ocurrió el hecho, los motivos que tuvieron autores y partícipes para actuar y, precisar los daños que el ilícito haya ocasionado.*

La tarea de identificación e individualización del autor y de los partícipes es imprescindible, porque el proceso penal tiene un destinatario que eventualmente puede sufrir las consecuencias punitivas previstas en la disposición sustancial violada y tales consecuencias sólo pueden inferirse cuando haya plena prueba de la responsabilidad, esto es, cuando exista certidumbre sobre la persona respecto de quien se formula ese juicio de responsabilidad.

La afirmación precedente tiene respaldo en diversos cánones del Código de Procedimiento Penal. En efecto, señala el artículo 319 que la investigación penal se inicia con el auto cabeza de proceso y que ella persigue, entre otras finalidades el descubrimiento de los hechos, "...de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos, de los motivos determinantes..." A su vez el artículo 334 precisa el objeto de la investigación y determina que al instructor corresponde esclarecer "...las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales y de policía y sus condiciones de vida". El deber de proveer a la identificación del imputado corresponde también a la policía judicial tal como lo consagra el numeral 12 del literal c) del artículo 289.

A su vez el artículo 386 del Código de Procedimiento Penal, consagra las reglas para la recepción de la diligencia de indagatoria y de manera concreta ordena que al procesado se interrogue sobre todos los datos que permitan su correcta identificación. Así mismo cuando se han formulado cargos contra una persona determinada y con el objeto de individualizarla de manera inequívoca, ordena el artículo 407 que se practique diligencia de reconocimiento en fila de personas "...a fin de que no pueda dudarse cuál es la persona a quien se refiere..."

De otra parte es obvio que la etapa del juicio sólo puede iniciarse cuando no exista duda sobre la identidad del procesado, por cuanto el pliego de cargos que contiene el auto enjuiciatorio debe predicarse de una persona en concreto a fin de que ésta pueda defenderse de él dentro de la etapa de la causa. Por esta razón señala el artículo 483 que el auto de proceder deberá contener, entre otros requisitos, "una

narración sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, indicando los nombres de los procesados, sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión si fueren conocidos". En la diligencia de audiencia pública debe igualmente preguntarse al procesado acerca de sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y en general sobre todo lo que conduzca a revelar su personalidad (art. 511).

Como complemento de todo lo anterior en la sentencia deberán consignarse los nombres y apellidos de los procesados "...sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio, oficio o profesión, si fueren conocidos y las demás circunstancias con que hubieren figurado en el proceso", exigencia insoslayable cuando se trata de sentencia condenatoria para cuyo pronunciamiento es no sólo necesaria la plena prueba de la infracción, sino la plena prueba de que el procesado es responsable de ella. Y cuando se dicte sentencia condenatoria la identificación del procesado debe ser incuestionable, pues el juicio de responsabilidad penal y sus consecuencias son eminentemente personales.

2. *No se trata en el presente caso de un error relativo al nombre o apellido de la persona responsable, previsto como causal de nulidad por el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sino, como lo advierte el señor Procurador Delegado en lo Penal, del desconocimiento de formalidades propias del juicio que lo vician de nulidad de carácter constitucional. En efecto, en el caso que se estudia es posible que no se haya incurrido en error relacionado con el nombre del imputado, pues la versión del testigo que hace la acusación no está desvirtuada; se trata, en cambio, de la total ausencia de datos que permitan individualizar al sujeto respecto de quien se dictó sentencia de condena.*

Es verdad que el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, establece que la imposibilidad de identificar al procesado con sus nombres y apellidos o con sus otras generalidades no impide el adelantamiento del sumario, la tramitación del juicio o la ejecución de la sentencia, pero con la condición de que no exista duda sobre la identidad física de la persona. Por el contrario, es imposible la tramitación de la causa y la ejecución de la sentencia cuando no existe certeza sobre la identidad física del procesado, pues no se trata de enjuiciar y condenar a un nombre o a una identificación, sino a una persona concreta e individualizada.

Lo fundamental para el juzgamiento y la ejecución de la sentencia es que el autor o partícipe del hecho esté claramente individualizado, así se desconozca su nombre o se le conozca con otro u otros que no le corresponden, o sólo se le identifique con sobrenombre o con características morfológicas que impidan que se le confunda con otra persona.

Sobre el particular señaló la Sala en oportunidad precedente:

"Al decir 'identidad física' el artículo 114 se refiere a la individualización, o lo que es lo mismo, el '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 a 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 aislada, de alguien que se concreta en la afirmación: 'Esta 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 8º 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" (Casación de septiembre 25 de 1979. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

3. En el caso que ahora ocupa a la Sala no se cuenta con ningún dato atendible que permita individualizar al procesado. Sólo el declarante Rodrigo Loaiza dijo que "Pedro Potes" había sido el autor del delito; no obstante, no dio ningún elemento de convicción que pudiera concretar en alguien esa identificación; se limitó a señalar un nombre, sin determinar la filiación del sujeto nombrado, no precisó su procedencia, ni sus características morfológicas, y ni siquiera mencionó las personas que lo conocían, al punto de que declarantes que luego rindieron testimonio fueron enfáticos al afirmar que no conocían a nadie con ese nombre en la región.

En estas condiciones, como lo advierte el demandante, la homonimia podría llevar a que la pena fuera purgada por cualquier "Pedro Potes", con desconocimiento del principio de la personalidad de la pena, por razón de la violación de las formas procesales que se dejaron puntualizadas, lo que llevará a la Corte a casar el fallo acusado en atención a la nulidad constitucional de que se ha dado cuenta.

Como la nulidad que se decretará corresponde a la actuación surtida con posterioridad al auto que dispuso el cierre de la investigación, es obvio que ante la ausencia jurídica de auto de proceder, se ha producido la prescripción de la acción penal. En efecto, los hechos investigados ocurrieron el 10 de octubre de 1949, esto es, hace más de treinta y tres años, de modo que, bien sea con la aplicación del artículo 105 del Código Penal de 1936, que establecía un término máximo de prescripción de treinta años, o con sujeción a lo dispuesto por el artículo 80 de la codificación vigente que señala un término máximo de veinticuatro años para que la acción penal se extinga por prescrip-

ción, es imperativo dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y ordenar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º *Casar* la sentencia impugnada. En consecuencia se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del treinta (30) de enero de mil novecientos setenta y seis, inclusive, por medio del cual se dispuso el cierre de la investigación.

2º Declarar que la acción penal se halla prescrita y, por lo tanto, disponer la cesación de procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DEMANDA ANTITECNICA

La falta absoluta de técnica en el manejo del recurso extraordinario se presenta por cuanto el actor acusa la sentencia por violación de la ley sustancial, sin cumplir con el deber de señalar si esa violación fue directa o indirecta y sin mencionar siquiera la disposición sustancial que estime violada

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 13 de febrero 23 de 1984.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó la sentencia que profirió el Juzgado Primero Superior de esa ciudad contra los procesados *Javier Antonio Acevedo Velásquez,* por el delito de homicidio y *José Faber Aristizábal Ramírez,* por los delitos de homicidio y lesiones personales. Contra esta determinación recurrieron en casación los dos procesados; no obstante, sólo presentó demanda el representante judicial de José Faber Aristizábal Ramírez, la que se declaró ajustada a los requisitos formales previstos en la ley, a la vez que se declaró desierto el recurso extraordinario interpuesto por el otro condenado.

Hechos:

En la madrugada del 17 de octubre de 1981 salió de su casa ubicada en el Municipio de Santuario (Risaralda), Luis Alvaro González con destino a su trabajo. Al salir fue atacado por dos individuos que allí se encontraban, razón por la cual el atacado fue a refugiarse en su casa; sin embargo los atacantes hirieron a Marleny Morales Montoya, esposa del agredido, quien pretendía cerrar la puerta y penetraron a la vivienda en donde dieron muerte a González.

Luego de algunas diligencias preliminares, el Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario abrió la investigación por auto del 20 de octubre de 1981. Perfeccionado el sumario, el Juzgado Primero Superior de Pereira dispuso el cierre de la investigación el 30 de marzo de 1982.

El juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario el 13 de mayo de 1982 y en el auto correspondiente abrió causa criminal

contra Javier Antonio Acevedo Velásquez, por el delito de homicidio. Además sobreseyó temporalmente a José Faber Aristizábal Ramírez, por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Al conocer el Tribunal Superior de Pereira, por vía de apelación, del auto calificatorio, revocó el sobreseimiento temporal en favor de José Faber Aristizábal Ramírez y en su lugar lo llamó a responder en juicio criminal por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales y confirmó el llamamiento a juicio contra Javier Antonio Acevedo Velásquez por homicidio agravado, a la vez que lo sobreseyó definitivamente por el delito de lesiones personales.

Tramitada la causa se verificó la diligencia de audiencia pública el 7 de febrero de 1983. Al término de ella los jurados contestaron afirmativamente los tres cuestionarios que le fueron sometidos por el juzgado del conocimiento.

El Juzgado Primero Superior acogió la veredicción y en consecuencia, condenó a Javier Antonio Acevedo Velásquez a la pena de dieciséis años de prisión y a José Faber Aristizábal Ramírez a la pena de ciento noventa y cuatro meses de prisión, por los delitos que habían dado lugar al enjuiciamiento.

El Tribunal Superior de Pereira confirmó integralmente la sentencia en providencia del 4 de mayo de 1983.

La demanda de casación:

El representante judicial de José Faber Aristizábal Ramírez presentó un extenso escrito de demanda dedicado en su mayor parte a hacer un recuento de la actuación procesal y a comentar y criticar algunas de las pruebas practicadas. Ya en la parte final de su dilatado escrito afirma que "la sentencia no sólo fue violatoria de la ley sustancial, sino que se dio una interpretación errónea y una aplicación indebida no sólo a la ley sino también a la interpretación y valoración de las pruebas".

A renglón seguido agrega que no se cumplió con el requisito legal de la formulación separada de cuestionarios y que por ello el proceso es nulo, por cuanto no se siguieron los lineamientos del debido proceso y que "...la sanción fue sumada sin que el jurado hubiese determinado sobre el segundo cargo". Recuerda, de otra parte que toda duda debe resolverse a favor del procesado y cita varias pruebas que en su sentir favorecen a su poderdante, por lo cual a la sanción "...se le dio una interpretación indebida y en ningún momento se eliminó la duda", por cuanto uno de los jurados respondió en forma negativa al cuestionario.

Señala que "la ley sustancial se violó al someter un cuestionario a los jurados de conciencia y posteriormente dictar una sentencia por dos delitos", de donde concluye que "...la sentencia en resumen no está en consonancia con los cargos formulados"; sin embargo "...la causal fundamental invocada es la primera 'interpretación errónea' ".

Por último aporta algunas pruebas y pide la práctica de otras diligencias.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que la demanda adolece de protuberantes fallas que deben conducir a que sea desestimada. Razona así el colaborador Fiscal:

"La Procuraduría Delegada en lo Penal manifiesta que la demanda de casación presentada a nombre del condenado José Faber Aristizábal desconoce por completo la técnica propia de este recurso, señalada en los artículos 576 del Código de Procedimiento Penal y 374 del Código de Procedimiento Civil. En efecto:

"El actor dedicó 32 páginas al relato de los hechos y la actuación procesal y a folios 54 y 55 cita expresamente las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

"Los motivos de acusación no se separaron debidamente ya que uno se refería a la violación de la norma de derecho sustantivo y el otro a una causal de nulidad. El actor alegó por los dos indistintamente como si participaran de la misma naturaleza jurídica y como si las consecuencias fueran iguales, en el caso de que prosperaran

"El demandante ensaya un análisis de la prueba allegada al proceso con desconocimiento de la más antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual en los juicios en que interviene el jurado de conciencia resulta improcedente atacar los medios de convicción que éste ha evaluado y en los que se apoyó su veredicto.

"El demandante incurre en el dislate jurídico de allegar pruebas obtenidas extrajuicio con la pretensión de que la honorable Corte Suprema de Justicia las tenga en cuenta. Es sabido que en el trámite de este recurso extraordinario no existe período probatorio ni se pueden considerar elementos de juicio producidos cuando ya se ha cerrado definitivamente el proceso.

"Como motivo de nulidad se sostiene en la demanda (fl. 54) que se incumplió lo prescrito en el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal porque no se formularon cuestionarios separados por el homicidio en Luis Alvaro Alvarez y lesiones en Marleny Morales. Basta examinar los folios 361 y 362 del expediente para concluir que tal afirmación no se ajusta a la verdad".

Consideraciones de la Corte:

Reiterados y protuberantes errores en el manejo de la técnica del recurso de casación llevarán a la Sala, tal como lo solicita el Ministerio Público, a desechar la demanda que se responde.

Con desconocimiento de los lineamientos que al recurrente señala el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, el actor plantea un cargo que en forma incoherente desdobla en otros diferentes, con omisión del deber que expresamente le señala el inciso de la disposición citada, que ordena que si son varias las causales del recurso, se expondrán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una de las que hayan sido presentadas.

No se trata, sin embargo, sólo de la yuxtaposición desordenada de cargos que termina por hacer incoherente la demanda, sino que además los yerros de técnica son notorios y, en algunos casos, las afirmaciones del impugnante no corresponden a la realidad procesal. En efecto, el memorialista se dedica en gran medida a transcribir pruebas y disposiciones legales, sin que de tales transcripciones aparezca un cargo concreto y definido, pues dentro del mismo capítulo hace referencia a la violación de la ley sustancial por errónea interpretación y aplicación indebida y a la vez invoca aplicación indebida por "interpretación y valoración de las pruebas". Alude así mismo a la falta de certeza para condenar, a nulidad por violación de formas propias del juicio, a falta de consonancia entre auto de proceder, veredicto y sentencia y a la necesidad de que se estimen pruebas que aportó y pide, por último, que sean decretadas las que solicitó dentro de la demanda.

La falta absoluta de técnica en el manejo del recurso extraordinario se presenta por cuanto causa la sentencia por violación de la ley sustancial, sin cumplir con el deber de señalar si esa violación fue directa o indirecta y sin mencionar siquiera la disposición sustancial que estima violada. Si de violación directa se trata, es obvio que no pueden ser alegadas simultáneamente la interpretación errónea y la aplicación indebida, pues tales formas de violación son excluyentes habida cuenta de que en la interpretación errónea se hace una acertada escogencia de la norma incriminadora, pero se le da un alcance equivocado, mientras que la aplicación indebida parte del supuesto contrario, esto es, que se dio una defectuosa selección de la disposición sustancial aplicada.

Pero si de violación indirecta se trata, también la falla es protuberante, por cuanto de manera reiterada la jurisprudencia ha enseñado que tal forma de violación no es procedente en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, a más de que también es antitécnico alegar simultáneamente violación directa e indirecta, por cuanto ello supone violación del principio lógico de no contradicción.

El reexamen de pruebas que hace el impugnante sólo es procedente dentro de la violación indirecta, pero "ha dicho y repetido la Corte que en los juicios en que interviene el jurado no se puede invocar la violación indirecta de la ley, dada la razonable amplitud con que éste puede valorar y apreciar los elementos probatorios para fundamentar en ellos su veredicción, y, además, porque de prosperar el cargo habría que dictar el fallo que reemplaza a la sentencia casada, lo cual implicaría hacerlo sin apoyo en el veredicto, contraviniendo así la norma que demanda la concordancia entre esos dos fundamentales actos del proceso" (Casación de octubre 7 de 1980, Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria).

Ningún fundamento tiene la afirmación del actor cuando anota la pretendida falta de consonancia entre el veredicto y la sentencia. Un repaso superficial del expediente lleva a desestimar el cargo, pues el procesado a cuyo nombre actúa el impugnante fue llamado a responder en juicio criminal por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales; por esos dos delitos se le formularon cuestionarios diferentes, como lo ordena el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal; los dos cuestionarios fueron respondidos afirmativamente, por

mayoría, tal como lo permite el artículo 536 *ibídem* y, en la sentencia se acogieron los veredictos que condujeron a la condena del procesado, todo con sujeción absoluta a los mandatos de la ley procesal.

Con menor razón y fundamento pretende el actor que se le acepten las pruebas que acompañó con la demanda y que se practiquen otras que solicitó con el libelo, por cuanto la legislación procesal vigente no tiene previsto un período probatorio dentro del recurso extraordinario de casación.

En estas condiciones el cargo o los cargos presentados deberán ser desechados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar la demanda de casación presentada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira que condenó a los procesados Javier Antonio Acevedo Velásquez y José Faber Aristizábal Ramírez, por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

RECURSO DE CASACION

ADUCCION DE CAUSALES INCOMPATIBLES

El censor debe cuidarse de aducir causales que por ser incompatibles tienen el poder de anularse, porque su alegación simultánea pugna con el principio de la no contradicción ante la inutilidad de invocar una subsidiaria de pedimentos impropia del recurso extraordinario, en el cual cada causal o motivo conserva su autonomía y el condicionar la aceptación de uno al rechazo de otro denota duda y ausencia de claridad y de precisión en la proposición de la censura

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 14 de 28 de febrero de 1984.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por el procesado *Jaime de Jesús Muñoz Moreno* y sustentado mediante apoderado especial, en contra de la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo del Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad pero aumentó la pena principal a dieciocho (18) años de prisión al encontrarlo responsable de dos delitos perfectos de *homicidio agravado* en sus hijas Luz Stella y Mónica Muñoz Moreno y de *dos delitos imperfectos de homicidio agravado* en las personas de Esneda Henao de Muñoz, su cónyuge, y Jaime Alberto Muñoz Henao, su hijo.

1. Los hechos:

Se comprobó en el proceso que Jaime de Jesús Muñoz Moreno, Esneda Henao de Muñoz y sus hijos Luz Stella, Mónica María y Jaime Alberto se retiraron a sus respectivas habitaciones luego de presenciar un programa de televisión en la noche del 7 de febrero de 1980. Los esposos nombrados dormían en la planta baja y los niños en dos piezas del segundo piso. A eso de las cuatro de la mañana del día siguiente Jaime de Jesús Muñoz Moreno atacó con un hacha a su esposa mientras dormía. Al escuchar lamentos Mónica María y Jaime

Alberto acudieron y cuando procuraban ayudar a su madre fueron agredidos y heridos también. Muñoz Moreno luego de lesionar a los tres fue al segundo piso y acometió a Luz Stella que dormía. Después tomó un baño, se vistió, puso candado a la pieza en donde su esposa se desangraba y salió de la casa.

A eso de las diez de la mañana algunos vecinos que oyeron ruidos alarmantes a la madrugada y ante el hecho de que los niños no respondieron al llamado que les hicieron sus compañeros de estudio, penetraron a la casa y encontraron en la sala, bañados en sangre, a Mónica María y Jaime Alberto, después y luego de violentar el candado que aseguraba las puertas a Esneda Henao de Muñoz en las mismas condiciones. Sin vida encontraron a Luz Stella en el piso de su pieza. Trasladados los heridos al hospital Mónica María murió horas más tarde. Sobrevivieron, en precarias condiciones de salud, Jaime Alberto y su madre. Dos días después Jaime de Jesús Muñoz Moreno fue capturado en un céntrico sitio de Medellín, ciudad ésta en donde se sucedieron los hechos de sangre investigados.

2. El proceso:

Abrió la investigación el 8 de febrero de 1980 el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Medellín. El cadáver de Luz Stella fue levantado en la casa número 53-67 de la calle 12-A Sur, Barrio La Colina, y el de Mónica María en la Policlínica Infantil. Ambas murieron a consecuencia de laceraciones encefálicas de carácter mortal producidas con arma cortocontundente. Jaime de Jesús Muñoz Moreno fue capturado a la 1 y 40 p.m. del 10 de febrero. Se le sometió a indagatoria y fue detenido en providencia del día 18 siguiente (fls. 16 y ss. y 47 y ss.).

El procesado fue examinado en el Departamento de Psiquiatría del Instituto de Medicina Legal y, al final del dictamen de 2 de julio de 1980, el psiquiatra forense dijo: "En este momento no encuentro elementos para incluirlo dentro del artículo 29 del Código Penal. Recomiendo una nueva evaluación dentro de cuatro o seis meses para reunir si es posible, mayor número de elementos". Por cargos que le hicieron a su esposa al rendir indagatoria ésta fue sometida a examen psiquiátrico y se concluyó que no presentaba síntomas de grave anomalía psíquica, de enajenación mental o de intoxicación crónica antes o en el mismo momento en que ocurrieron los hechos.

El Juzgado Quinto Superior de Medellín llamó a responder en juicio ante jurado a Jaime de Jesús Muñoz Moreno en providencia del 29 de septiembre de 1980 (fls. 234 y ss.). El defensor solicitó se la practicaron los "tests" de: a) Bender, b) Rorschach, y c) MMPY (Minnesota), sugirió un posible electroencefalograma y sugirió también que dichos exámenes los practicara el doctor Pedro Pablo Vélez, psicólogo clínico de la Universidad de Lovaina, profesor en la Universidad de Antioquia y director de un curso de postgrado en la Facultad de Educación en la materia de su especialidad. A todo esto accedió el juez de la causa y el doctor Pedro Pablo Vélez (fl. 293) luego de realizar con el procesado los "test" de Rorschach, TAT, MMPY, Machaver y Bender, concluyó así: "Un hombre sereno, de buen porte, de fácil relación, cooperador, etc., signos todos indicadores de un buen

ajuste psíquico. Esta misma impresión perduró durante las demás entrevistas. En resumen: los elementos clínicamente significativos en el funcionamiento y estructuración de la personalidad de Jaime de Jesús Muñoz Moreno no son suficientes para sospechar de una anomalía o desequilibrio transitorio que pudiera explicar los graves hechos de que se le sindica". En el laboratorio de Electro-Neurofisiología Clínica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia se le practicó el electroencefalograma que resultó normal (fl. 307).

Con todo este acopio probatorio se le envió nuevamente a Medicina Legal y nuevamente fue perito el doctor Benjamín Herrera B., quien juzgó innecesario un tercer reconocimiento y dijo: "Emito mi concepto definitivo a menos que ustedes consideren que de todos modos sea necesaria la presencia del detenido. Mi conclusión definitiva es la de no encontrar elementos clínicos que den lugar a una entidad psicopatológica para ubicarlo dentro del actual artículo 31 del Código Penal". El defensor solicitó ampliación del dictamen que inicialmente se le negó y luego se le concedió. Esta vez el examen corrió a cargo del psiquiatra forense doctor Miguel Solano Diago, quien dijo: "El señor Muñoz Moreno, se halla bien orientado en todos los planos, con pensamiento coherente, de origen y contenido normal, sin ideas de matiz paranoide, suicida, obsesivo o sobrevaloradas. Afecto predominantemente aislado. Sin trastornos sensoperceptivos. Memoria y atención conservados y buen contacto con la realidad. Conceptúo que al momento de los hechos tenía capacidad de comprender su actuación y determinarse de acuerdo a esa comprensión. Sólo percibo rasgos de personalidad obsesiva en el examen".

Así las cosas el procesado fue llevado a audiencia pública el 3 de febrero de 1983. La defensa propuso que para los cuestionarios relacionados con los homicidios perfectos y agravados en Mónica María y Luz Stella se contestara: "No es responsable por falta de plena prueba". Igual cosa para el cuestionario relacionado con el homicidio imperfecto agravado en Jaime Alberto. Para el que se propuso con relación a la cónyuge solicitó se contestara "Es responsable, pero obrando dentro de la situación prevista en el artículo 29 número 4 Código Penal (legítima defensa)". Como petición subsidiaria y para todos los cuestionarios propuestos pidió se contestara: "Es responsable, pero dentro de la situación prevista en el artículo 31 del Código Penal, por no haber tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión al momento de los hechos". El jurado, para todos los cuestionarios contestó: "Sí es responsable pero sus condiciones no eran normales".

La sentencia de primera instancia que lo condenó a la pena principal total de diez y siete (17) años de prisión y al pago de perjuicios, más las sanciones accesorias de suspensión de la patria potestad por tiempo igual al de la condena e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, lleva fecha del 14 de marzo de 1983 (fls. 414 y ss.). En la segunda instancia el defensor alegó que el jurado había reconocido anomalía psíquica para el procesado y el juzgado había desconocido el veredicto y, además, solicitó la declaratoria de contraevidencia del mismo. La sentencia de segunda instancia, objeto del recurso extraordinario que ahora se resuelve, se

produjo el 27 de abril de 1983 (fls. 451 y ss.). Se confirmó la de primera con la sola modificación del aumento de pena en un (1) año más.

3. La demanda:

Dos causales de casación invoca el censor. En primer término, según el orden de la demanda, la prevista en el numeral 2º del artículo 588 del Código de Procedimiento Penal, porque, tal como alega, la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, y en segundo lugar la del numeral 3º del mismo artículo en cita, pues la sentencia, según dice, se dictó sobre la base de un veredicto contradictorio.

Por la primeramente aducida se dice que el juzgador desconoció el veredicto para imponer al procesado una pena ordinaria en lugar de una medida de seguridad. El impugnador detiene su examen para extenderse en la argumentación de la competencia del jurado para pronunciarse sobre la capacidad psíquica del procesado y termina por afirmarla. Válido el veredicto debió aceptarse que reconoció la petición subsidiaria de la defensa sobre anomalía mental del procesado. De tal manera concluye, existe una circunstancia de inimputabilidad que la sentencia no recogió para violar así el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

Por la que se aduce en segundo término se afirma que el veredicto es contradictorio porque con la contestación "Sí es responsable" se acepta un "psiquismo normal" en el procesado y con la agregación "pero sus condiciones no eran normales" se hace "cualificación" que contradice y pugna con la afirmación de "un psiquismo" normal. Concluye por afirmar que una sentencia no puede fundamentarse en un veredicto contradictorio o antitécnico o en "un acto causa inexistente".

4. Réplica del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que debe desecharse el recurso pues observa, en primer término, que existe oposición en los cargos presentados pues el primero consiste en desacuerdo de la sentencia con el veredicto, "lo cual supone que éste tiene validez, pero fue mal interpretado", y en el segundo se le niega dicha validez "en cuanto afirma que es contradictorio y por tanto inexistente".

No obstante lo dicho, conceptúa que el jurado no tiene competencia para pronunciarse sobre las condiciones psíquicas del procesado. Cita el artículo 29 del Código Penal, igual el 31 del vigente y concuerda esta disposición con el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal que excluye la intervención del jurado en los casos en que el procesado se encontrare en las condiciones del artículo 29 del Código Penal. Arguye que se trata de una materia que debe ser decidida por expertos y no puede dejarse a la decisión de ciudadanos "que si bien pueden pronunciarse sobre el hecho y sus circunstancias, no se hallan igualmente habilitados para pronunciarse sobre los aspectos dichos por las razones indicadas". Se refiere luego a las oscilaciones que sobre dicho tema ha tenido la Corte en su jurisprudencia

y reproduce en buena parte un concepto anterior emitido por la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal.

Se refiere y transcribe en parte a los dictámenes de peritos que existen en el proceso y a las solicitudes de ampliación que se hicieron y a la ausencia de objeciones para sus conclusiones, para terminar por afirmar que la respuesta del jurado no recogió la solicitud de que se colocara al procesado en las condiciones previstas en el artículo 31 del Código Penal vigente. Este mismo hecho impide que pueda considerarse como contradictorio el veredicto.

6. Los razonamientos de la Sala:

Cuando se formulan uno o varios cargos contra la sentencia bajo el amparo de idéntico motivo de casación, la elaboración de la demanda no reviste mayores dificultades si se observan a cabalidad los requisitos de forma y de fondo de que trata el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, pues basta, al menos teóricamente, con realizar un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para la infirmación del fallo con indicación clara y precisa de las normas sustanciales que se consideren infringidas.

Los problemas se presentan cuando son varios los reproches y resulta imposible agruparlos bajo el amparo del mismo motivo de impugnación toda vez que, a más de lo dicho en el párrafo anterior, el censor debe cuidarse de aducir causales que por ser incompatibles tienen el poder de anularse, porque su alegación simultánea pugna con el principio de la no contradicción ante la inutilidad de invocar una subsidiaria de pedimentos impropia del recurso extraordinario en el cual cada causal o motivo conserva su autonomía y al condicionar la aceptación de uno al rechazo de otro denota duda y ausencia de claridad y de precisión en la proposición de la censura.

En el presente caso la demanda no se acomoda a las exigencias técnicas de que tratan los dos párrafos que anteceden. Su autor pregona la validez del veredicto y el desacuerdo de la sentencia con él y, al mismo tiempo, la inexistencia del mismo veredicto porque, según dice, es contradictorio. Validez de un lado e inexistencia del otro son calidades opuestas que terminan por excluirse. Por lo primero encuadra el ataque en la causal segunda de casación y por lo segundo en la tercera. Los dos motivos son incompatibles y la Corte no puede escoger uno ya que se le veda la posibilidad de introducir enmiendas al libelo. El resaltante defecto que se indica y examina es suficiente para concluir que no prospera el recurso.

Por otra parte, se agrega, el criterio mayoritario de la Sala acerca de la incompetencia del jurado para pronunciarse sobre las hipótesis de inimputabilidad prevista en el artículo 31 del Código Penal en vigencia, y antes en el 29 del Código Penal de 1936, ha sido afirmado en providencias de 8 de julio de 1966 (G. J., CXVII, núm. 2262, pág. 368) y 14 de octubre de 1960, entre otras. Ese criterio predomina y, en consecuencia, cualquier agregado tendiente a invadir, por parte del jurado, una órbita funcional que no le corresponde puede ser desestimado por el juzgador.

En el caso de autos el veredicto dice: "Sí es responsable pero sus condiciones no eran normales", y aun en el caso de que no pudiera rechazarse el agregado que va después del claro reconocimiento de responsabilidad, ello no implica que con él los miembros del jurado se pronunciaron sobre circunstancias de inimputabilidad enclavadas en el artículo 31 del Código Penal vigente. La normalidad es una noción relativa que se refiere a los conceptos de regularidad y medida, varía con el tiempo y con los medios sociales y culturales y puede predicarse de personas y cosas. Anormalidad es, por consecuencia, la falta de regularidad, medida y ajuste pero la afirmación de su existencia no presupone la de la insanidad psíquica. Y menos en un caso como el que aquí se contempla en donde fueron abundantes los reconocimientos psiquiátricos que se practicaron con el procesado, algunos por sugerencia o petición de la propia defensa, siempre con el mismo resultado: la imposibilidad científica de hallar en el procesado una entidad psicopatológica que permitiera ubicarlo en los límites de las previsiones del artículo 31 del Código Penal.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto la reiteración de la doctrina que persiste en negarle competencia al jurado de conciencia para pronunciarse sobre las hipótesis de inimputabilidad previstas en el artículo 31 del Código Penal. Sobre este particular, en reafirmación de tesis, doy por reproducidos los conceptos indicados en el salvamento de voto que presentara en el expediente número 25943, casación de Roberto Ancízar Blandón Torres y otro, fechada el 14 de octubre de 1980, con ponencia del magistrado Alfonso Reyes Echandía.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

Bogotá, D. E., marzo 5 de 1984.

TECNICA DE CASACION

Los múltiples defectos de la demanda y la total ausencia de técnica en la sustentación del recurso hacen que éste sea nugatorio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 14 de 28 de febrero de 1984.

Vistos:

Contra la sentencia de 12 de noviembre de 1982, originaria del Tribunal Superior de Bogotá y confirmadora del fallo dictado por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado para juzgar a *Jorge Ricardo Bejarano, Jaime Ernesto Corredor Carvajal y Carlos Eduardo Tovar Rosas,* recurrieron los dos últimos en casación. El recurso fue declarado desierto para Corredor Carvajal porque no fue sustentado. La demanda presentada por el apoderado de Tovar Rosas se declaró ajustada a las exigencias legales y a ella se refiere la presente providencia. Los tres procesados nombrados aparecen condenados a la pena principal de veinticuatro (24) años de prisión como autores responsables de los delitos concursantes de homicidio agravado y secuestro extorsivo en la persona de Ricardo Mendoza.

1. Los hechos:

El menor Ricardo Mendoza fue privado de su libertad por los individuos a quien la investigación identificó como Jorge Ricardo Bejarano, Jaime Ernesto Corredor y Carlos Eduardo Tovar. Se le llevó a la casa situada en el número 127A-22 de la transversal 10A. Los autores del ilícito exigieron y obtuvieron del padre del menor la suma de $ 40.000.oo por su rescate. Días más tarde las autoridades de policía pudieron establecer en dónde se había mantenido cautivo al menor nombrado y encontraron su cadáver enterrado en el jardín. El niño murió por estrangulamiento. Los tres sindicados fueron capturados y sometidos a indagatoria. Los hechos ocurrieron en el mes de noviembre de 1978.

2. El proceso:

Abrió la investigación el Juzgado Primero de Instrucción Penal Militar y, luego de la práctica de algunas pruebas dictó auto de deten-

ción en contra de los sindicados. Mediante prueba pericial pudo establecerse que el autor del anónimo dirigido al padre del menor en solicitud de rescate fue Jorge Ricardo Bejarano Villar.

Se convocó Consejo Verbal de Guerra para el juzgamiento de los implicados y sobre la base de los veredictos de responsabilidad emitidos por los vocales se produjo la sentencia de primera instancia (4 de mayo de 1979) que fue apelada. El asunto fue al Tribunal Superior Militar en donde permaneció sin solución hasta el levantamiento del estado de sitio en el mes de junio de 1982.

Remitido el proceso al Tribunal Superior de Bogotá se confirmó el fallo de primera instancia en la sentencia que aparece como objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda:

Casi diez de las quince páginas que tiene la demanda se dedican a efectuar "un recuento sucinto de los hechos y de la investigación sumaria". Al final de la página décima transcribe el censor el texto de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y afirma que impugna la sentencia por "apreciación errónea de la prueba" y habla también de "falta de apreciación".

De allí en adelante se dedica al examen de la prueba recogida por el proceso para concluir que en contra de Carlos Tovar Rosas "sólo existen dos pruebas de cargo, que fueron tenidas en cuenta tanto en el Consejo Verbal de Guerra como por el honorable Tribunal Superior de Bogotá para condenarlo" y que tales pruebas "jamás pueden constituir las exigencias de la prueba plena que consagra el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal por lo que se ha violado este precepto", así como se violó lo relativo al principio universal del *"in dubido pro reo"* consagrado en el artículo 216 del mismo código y se desconocieron los artículos 399 del estatuto en cita porque no se hizo nada para comprobar la veracidad de la confesión de Bejarano Villar y 264 porque no se le dio a esta confesión el valor que le asigna la ley.

4. Réplica del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia impugnada porque la demanda carece de los requisitos formales y sustanciales que "constituyen condiciones imprescindibles para poder examinar la acusación". Puntualiza, de la siguiente manera, los múltiples defectos que encuentra en el libelo: a) Carencia de un resumen de los hechos pues lo que existe es una relación de pruebas; b) Simple formulación del cargo al decir que se incurrió en "apreciación errónea de la prueba", sin precisar si ello se debió a errores de derecho o a errores de hecho manifiestos; c) No se mencionan las normas legales correspondientes a cada medio de convicción cuando se citan y analizan testimonios, dictámenes periciales, indicios, etc., ni se demuestra su infracción por falta de apreciación o por errónea estimación; y d) No se citan las normas sustantivas que se estimen violadas y tampoco la forma como ello ocurrió, es decir, no se alega si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

5. Consideraciones de la Sala:

Basta el dar por reproducidas aquí las razones que aduce el Procurador Primero Delegado en lo Penal para oponerse a que se case el fallo impugnado para fundamentar perfectamente la presente providencia en orden a sostener la total ausencia de técnica en la formulación del recurso extraordinario.

Resulta incuestionable, en consecuencia, que *la demanda no reúne el primero de los requisitos exigidos por el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal porque no contiene "un resumen de los hechos debatidos en el juicio" sino una relación de las pruebas que se practicaron en el proceso y la manera como el censor considera que debieron ser apreciadas, sin la demostración de que le asiste a él la razón y no al juzgador.*

En este mismo orden de puntualizar defectos es obvio que cuando el censor se refiere a una interpretación errónea o a una falta de apreciación de la ley sustancial no se sabe si ataca la sentencia por el cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal o por el segundo, toda vez que transcribe la disposición en su totalidad. Podría pensarse, con base en el catálogo y crítica de pruebas que efectúa que lo alegado es lo relativo a una violación indirecta de dicha ley; pero acontece que, ya en este terreno, no discrimina si los vicios que de la sentencia pregona se deben a errores de derecho o a errores de hecho, manifiestos estos últimos.

También es cierto que hay profusión de citas de testimonios, dictámenes periciales, indicios, etc. "pero se desconoce la técnica propia de este recurso extraordinario, pues no se menciona la norma legal que corresponde a cada uno de estos medios de convicción y tampoco se demuestra su infracción por falta de apreciación o por errónea estimación". Y, finalmente, "no se citan las normas sustantivas violadas y tampoco la forma como ocurrió, es decir, si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea", según palabras del Procurador citado al conceptuar.

Cabe agregar, a todo lo dicho, que es jurisprudencia constante de la Sala, la de que en los juicios en que interviene el jurado, y los vocales en Consejo Verbal de Guerra lo son, no es posible alegar la causal del inciso 2º, ordinal 1º, porque aquél dispone de plena libertad para apreciar las pruebas, libertad esta que se halla subordinada únicamente a la "convicción íntima", y porque un examen probatorio por dicha vía podría conducir al desconocimiento del veredicto del jurado por contrario a la evidencia de los hechos, labor esta que es privativa de los juzgadores en las instancias y no cabe en sede de casación. La jurisprudencia sobre el particular es nutrida como puede verse de fallos tales como el de 14 de abril de 1966 (G. J. CXVI, pág. 170), 10 de junio de 1966 (G. J. CXVI, pág. 272), 12 de junio de 1966 (G. J. CXVII, pág. 387), 31 de enero de 1969 (G. J. CXXIX, pág. 142), 10 de octubre de 1969 (G. J. CXXXII, pág. 317), 11 de mayo de 1971 (G. J. CXXXVIII, pág. 548) y, más recientemente, de 15 de febrero de 1983.

En consecuencia, sea que se ubique la impugnación en el cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por posible violación directa de la ley sustantiva, sea que se ubique en el cuerpo

segundo de la misma norma por posible violación indirecta de la ley sustancial, el resultado es el mismo en este caso pues los múltiples defectos de la demanda y la total ausencia de técnica en la sustentación del recurso hacen que éste sea nugatorio.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, 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 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 de 1980), reiteran su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de normalidad, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo entendiendo por militares a quienes sirvan en el Ejército, Fuerza Aérea y Marina.

Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar, y por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (arts. 21, 166 y 157 de la C. N.; Código Nacional de Policía, arts. 1, 2, 34, 47; y Decretos 18, 35 y 1176 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.

Fecha *ut supra*.

CAUCION

PRENDARIA. JURATORIA (Ley 2ª de 1984)

SUSTITUCION

El pensamiento de los redactores del proyecto de ley fue el de reservar la caución juratoria para aquellas personas que carecieran de medios económicos para constituir la otra que se proponía, que era la prendaria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 17.

Vistos:

Martha Cecilia Barrera Tocarruncho fue condenada por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión como responsable del delito de secuestro extorsivo en la persona de Jacobo Grinwald Bacal, según hechos ocurridos el 15 de noviembre de 1979. El proceso se encuentra en la Corte en tramitación del recurso de casación interpuesto por otros de los condenados.

Mediante auto de 7 de febrero del presente año (fls. 53 a 60 del cuaderno de la Corte) se le concedió a la procesada Barrera Tocarruncho el beneficio de libertad provisional, bajo caución de veinticinco mil ($ 25.000.oo), la cual fue tasada dentro de los límites mínimo y máximo que establece la Ley 2ª de 1984 en su artículo 46, y atendiendo a los criterios reguladores del monto de la medida cautelar que consagra la misma norma.

Al ser notificada de la determinación de la Corte expresó la beneficiada su imposibilidad para constituir dicha caución, en virtud de la precariedad de su condición económica que permite que se le clasifique como "pobre de solemnidad".

Para acreditarlo pidió que se le recibiera declaración a María Teresa y Tulia Cajamarca (fl. 83 *ibídem*).

En sus testimonios, los cuales fueron recibidos por el Magistrado sustanciador, manifestaron las declarantes que conocen de tiempo

atrás a Martha Cecilia Barrera Tocarruncho; que se trata de una persona nacida y criada en una familia de origen humilde y que han vivido siempre del exiguo producto diario del trabajo de la madre, pues las hermanas son casadas y pobremente sostenidas por sus esposos y el padre murió hace unos cinco años. Informaron que Martha Cecilia, antes de ser detenida por cuenta de este proceso, trabajaba en el servicio doméstico en casas de familia, que es la misma ocupación que le conocen a la madre de ésta. Expresaron que ni a ella ni a su familia les conocen bienes de fortuna y que Martha Cecilia se encuentra, en concepto de ellas, en imposibilidad de constituir caución por ese valor.

Interrogadas acerca de si podía hacerlo por suma inferior, manifestaron que con un esfuerzo supremo de sus familiares y de sus relacionados y amigos, en el supuesto de que todos estos le colaboraran, podría llegar a reunir una suma que nunca sobrepasaría de unos cinco mil pesos (fls. 87 a 89 y 96 a 98 *ibídem*).

Se recibió también declaración bajo juramento a la Directora de la Reclusión Nacional de Mujeres, establecimiento donde se encuentra detenida Martha Cecilia Barrera, y ella coincidió con las deponentes anteriores en cuanto a la precaria situación económica de la interna. Informó que sólo eventualmente es visitada y que no recibe ayuda económica externa. Su empleo dentro del establecimiento como ayudante de cafetería del pabellón al que pertenece le produce únicamente para satisfacer sus necesidades personales, sin que le permita hacer ahorro alguno. No le conoce bienes de fortuna y es considerada dentro del establecimiento como persona carente de recursos económicos, de donde se le puede calificar como "pobre de solemnidad". Manifestó que no está enterada si presenta o no declaración de renta, pero que estima que no tiene nada que declarar por ese concepto. Dijo que la interna no se encuentra en condiciones de constituir la fianza que se le señaló y que, en caso de que se acudiera a una caución de naturaleza diferente de la pecuniaria, tenía la razonable convicción de que ésta cumpliría con los compromisos que le llegaren a ser impuestos y se comportaría correctamente en sociedad (fls. 125 a 127).

A la procesada se le escuchó también en declaración y se hizo bajo la gravedad del juramento pues, como se le advirtió, el objeto de la diligencia no se relacionaba con la investigación del delito y su vinculación al proceso en razón de ese concepto, sino que se contraía exclusivamente a establecer su capacidad económica en orden a la posibilidad de constituir la fianza que le ha sido exigida para disfrutar de su libertad provisional.

Informó la declarante que antes de ser detenida trabajaba con una señora "cuidándole un bebé y lavándole la ropa del niño"; que por esto le pagaban trescientos ($ 300.oo) diarios y el "bus aparte". Que fuera de esto no tenía ningún otro ingreso o entrada de carácter económico. Que ese dinero lo gastaba íntegramente en necesidades de la casa sin que le hubiera nunca quedado algo para ahorrar o invertir. Que no ha presentado hasta ahora declaración de renta porque no tiene nada que declarar. Que no recibe de nadie ayuda económica y que no está en condiciones de depositar el dinero que se le exige como caución, ni suma alguna pues no la posee ni cuenta con nadie que se la sumi-

nistre. Que no acude a sus compañeras de reclusión porque sabe de las dificultades que se han presentado en otras ocasiones para recolectar dineros para cubrir fianzas de quinientos o mil pesos (fls. 116 a 118 *ibídem*).

Se considera:

La norma que regulaba el tema de las cauciones en el Código de Procedimiento Penal, que era el artículo 459, fue objeto de sustanciales modificaciones en la Ley 2ª de 1984, pues no solamente redujo a dos las modalidades del afianzamiento, que son la juratoria y la prendaria, sino que respecto de esta última fijó de manera perentoria el mínimo y el máximo dentro del cual debe moverse el juez al señalar en cada caso la caución. Ese mínimo es de DOS meses de salario mínimo y el máximo es de CIEN.

La caución juratoria la reserva esta nueva ley de manera exclusiva "a quienes comprueben plenamente la imposibilidad absoluta DE CONSTITUIR CAUCION PRENDARIA".

No hace referencia la disposición a una absoluta imposibilidad económica de carácter abstracto, esto es, a la falta total de medios que le permitan depositar cualquier suma de dinero por ínfima que fuere, sino que refiere esa imposibilidad a la constitución de la caución prendaria, o sea, a aquella que oscila entre dos y cien meses de salario mínimo.

Esta tajante y expresa referencia de la ley, impide considerar la posibilidad de señalar como caución una suma inferior a los dos meses de salario mínimo, pues ello equivaldría a acudir a otra modalidad de afianzamiento que no contempla la nueva ley, o a modificar, por vía de interpretación, el expreso y claro texto de la norma, desconociendo la voluntad del legislador que parece ser la de que, en tratándose de caución prendaria, nunca sea ella inferior a dos meses de salario mínimo.

El artículo 46 de la ley dice en este punto:

"La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos (2) a cien (100) meses de salario mínimo establecido para el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible, con el cual el procesado garantiza el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Constancia de lo anterior se dejará en acta firmada por el procesado".

Entre el texto original del proyecto de ley y el que, en definitiva, fue adoptado, no existe en los aspectos que se vienen comentando otra diferencia que la consistente en la mayor exigencia que consagra el artículo aprobado en cuanto a la comprobación de la imposibilidad para constituir caución prendaria. El primero decía a este respecto: "La caución podrá ser juratoria o prendaria. La juratoria se otorgará mediante acta en que el sindicado prometa bajo juramento cumplir las condiciones impuestas. Esta caución se concederá exclusivamente a quienes comprueben, mediante cualquier forma o con dos (2) declaraciones de testigos honorables, *la imposibilidad absoluta de constituir*

caución prendaria" (Anales del Congreso - Senado de la República, año XXVI, Nº 23 del día miércoles 4 de marzo de 1983, pág. 440).

En cambio el texto aprobado en el Congreso y que corresponde al artículo 46 de la Ley 2ª de 1984, dice en ese aspecto:

"La caución podrá ser juratoria o prendaria. La juratoria se otorgará mediante acta en que el sindicado prometa bajo juramento cumplir las condiciones impuestas. Esta caución se concederá exclusivamente a quienes comprueben plenamente *la imposibilidad absoluta de constituir caución prendaria" (Ponencia para primer debate y pliego de modificaciones. Anales del Congreso. Senado de la República, año XXVI, Nº 33 del día martes 24 de mayo de 1983, pág. 599).*

En la misma forma se presentó ese texto en la ponencia para segundo debate y en su pliego de modificaciones (Anales del Congreso, año XXVI, Nº 45 del día martes 14 de junio de 1983, pág. 755).

En la exposición de motivos que acompañó el Gobierno al proyecto que se convirtió después en la Ley 2ª de 1984, se dijo solamente sobre este tema:

"Para que la vigilancia sea efectiva, debe la persona sindicada suscribir diligencia de conminación en procesos por delitos que no admiten privación de la libertad, con el fin de que comparezca cada vez que la autoridad lo requiere y en caso de incumplir cualquier citación se le impondrá sanción por el desacato en que ha incurrido".

"En tratándose de delitos que admiten la privación de libertad, pero que sea factible otorgar el beneficio de libertad condicional, se establecen cauciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a que se compromete el procesado. Estas cauciones pueden ser juratoria o prendaria, la primera queda reservada exclusivamente para aquellas personas que carecen de medios económicos" *(Anales del Congreso. Senado de la República, año XXVI, Nº 23 del día miércoles 4 de mayo de 1983, pág. 446). Las subrayas no pertenecen a los textos.*

Las expresiones empleadas por el Gobierno en la presentación del proyecto y que se dejan transcritas y subrayadas, ponen aún más en evidencia que el pensamiento de los redactores del proyecto de ley fue el de reservar la caución juratoria *para aquellas personas que carecieran de medios económicos para constituir la otra que se proponía, que era la prendaria.*

En el presente caso ha quedado comprobado plenamente, con elementos de juicio que brindan razonable convicción, que la procesada Martha Cecilia Barrera Tocarruncho está en absoluta imposibilidad de constituir la caución prendaria que se le exigió por valor de veinticinco mil pesos ($ 25.000.oo) para poder disfrutar del beneficio de libertad provisional, otorgado a ella bajo esa condición.

Y como la ley no permite, según se dejó analizado, hacer una disminución de dicha fianza por debajo del valor de los dos meses de salario mínimo, debe serle sustituida la caución prendaria por la juratoria, la que constituirá en los términos del artículo 46 de la Ley 2ª de 1984.

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

Resuelve:

Sustitúyese por una caución juratoria la caución prendaria por valor de veinticinco mil pesos ($ 25.000.oo) que se le fijó a Martha Cecilia Barrera Tocarruncho, mediante auto de 7 de febrero de 1984, para poder disfrutar de su libertad provisional en razón del presente proceso.

En consecuencia, una vez haya prestado caución en la forma dicha y haya suscrito la diligencia de compromiso (arts. 46 y 47 de la Ley 2ª de 1984), todo lo cual se llevará a cabo ante el Magistrado sustanciador, se expedirá la boleta de excarcelación, *con la advertencia de que produce sus efectos sólo en el caso de que la beneficiada no esté requerida por otra autoridad en razón de negocio diferente.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

VEREDICTO

AMINORANTE DEL ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL

Tal agregado es inane en el veredicto si no hay antecedentes atendibles en el proceso que hayan permitido su invocación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 19.

Vistos:

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Luis Rafael Larrada Sotillo* contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha el 13 de agosto de 1983, por medio de la cual, con algunas modificaciones, confirmó la de primera instancia que lo condenó a la pena privativa de la libertad personal de 40 meses de prisión y a las accesorias de ley, como autor responsable del *delito de homicidio* cometido en la persona de Juan Segundo Martínez Gómez o Gómez Martínez. La sentencia recurrida aumentó la pena principal a 120 meses de prisión.

Hechos:

Han sido resumidos así:

"Por el informativo se sabe que en esta ciudad de Riohacha en el Barrio Arriba por los lados del río Ranchería, el domingo seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) fue muerto violentamente por impacto de arma de fuego Juan Segundo Martínez (o Gámez Martínez) (sic) se sindica de este ilícito a Luis Rafael Larrada Sotillo quien ha aceptado ser el autor responsable de dicha muerte pero llevado por la ira que le produjo el hecho de que se le haya arrojado una cantidad de sopa en el rostro y haber sido víctima de insultos por parte de Juan Segundo Martínez".

La demanda:

Cargo único:

Causal segunda: No estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado.

Al amparo de esta causal de casación pide que se case la sentencia, en su lugar se restablezca la de primera instancia y como consecuencia se conceda la excarcelación al sentenciado en virtud de llevar privado de la libertad más de las dos terceras partes de la pena impuesta por el *a quo*.

El jurado popular respondió la cuestión única, así: *"Sí es responsable por el delito de homicidio voluntario, en estado de ira"*. Por unanimidad.

Alega que el veredicto reconoció la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal, porque al expediente se aportaron las pruebas para que el jurado de conciencia reconociera esta aminorante: "El procesado manifestó que reaccionó contra Juan Segundo Gómez Martínez, turbado por la ira que le ocasionó al haberle arrojado un plato de sopa sobre su cara, y al ofenderlo gravemente, golpeándolo, y amenazándolo con darle una puñalada con un cuchillo que recogió de una canoa que estaba en el río Ranchería".

Y los testimonios de José Vicente Cotes Ipuana, Giovanni Eduardo Freyle Ramos y Etilson Manuel Martínez López, afirman haber visto al encausado limpiarse la sopa que tenía en la cara, acervo probatorio de entidad suficiente para reconocer la atenuación.

En el debate público tanto el vocero como el defensor de Larrada Sotillo, expusieron estas motivaciones para solicitar veredicto condenatorio pero con el reconocimiento de aquella especial circunstancia diminuente, por lo cual ha de aceptarse, dice, que plenamente informados los integrantes del jurado popular sobre la causa que tuvo el acusado para actuar, al emitir tal veredicto, le estaba aceptando la responsabilidad atenuada de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto Penal.

Al respecto expresa:

"La sentencia acusada interpretó mal el veredicto, al desconocer que la expresión 'en estado de ira', incluida en su texto, se vincula a la circunstancia específica de atenuación punitiva del estado de ira causado por comportamiento ajeno grave e injusto. De lo cual fluye la consecuencia jurídica de que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto del jurado, desacuerdo que ha acarreado la grave consecuencia de que la pena impuesta por la sentencia de primera instancia (40 meses) fue aumentada hasta 120 meses.

El Ministerio Público:

No existen elementos de juicio atendibles para invocar la aminorante, porque al contrario, algunos acompañantes de la víctima en el almuerzo que preparaban a la orilla del río Ranchería dan cuenta "...del comportamiento provocador de Larrada Sotillo al llegar de improviso y sin ser invitado o participante en el ágape, servirse un plato de comida y ante las protestas de los paseantes, voltear de un puntapié el recipiente donde se había preparado, en actitud que obviamente debió fastidiar de manera especial al occiso por ser su pariente cercano, siendo este episodio realmente el origen de la trage-

dia. De la conducta agresiva de Larrada, en testimonios serios y desprevenidos hablaron Eliomar Martínez Pinedo y José María Sierra Pinedo, dos de los paseantes, y a éstos como a otros deponentes se refirió la fiscal del juzgado que adelantó la causa, durante la audiencia pública".

La referencia a la ofensa proviene únicamente del procesado, afirma; porque los testimonios de José Vicente Cotes y Giovanni Eduardo Freyle, citados en el debate público apenas hacen alusión a que Larrada Sotillo iba corriendo y limpiándose la cara. El de Etilson Manuel Martínez, presente en el sitio de los hechos "...guarda silencio sobre la supuesta ofensa de hecho del occiso, y apenas sí a una respuesta insinuada contesta que efectivamente Larrada tenía en su cara restos de alimentos..."

La versión del acusado en el punto controvertido, prosigue, no merece credibilidad, ya que miente sobre la forma como se hizo al revólver.

"Al respecto afirmó haberlo tomado de unas pajas entre las que lo tenía escondido a la orilla del río, cuando lo cierto fue que habiéndolo dado a guardar rato antes a su amigo Pedro Segundo Sierra, al encontrar a éste accidentalmente cuando corría en pos del occiso, le pidió el arma que le había entregado porque de manera coincidencial Sierra la portaba, y la utilizó sin reflexión ninguna".

"...No hubo injusta provocación por parte del occiso sino una exaltación de ánimo en el agresor, que apenas si constituyó el estado de ira que con acierto le reconoció el jurado de conciencia en el veredicto del que hizo correcta interpretación el juzgador de segundo grado, al atribuir al acusado el delito de homicidio simplemente voluntario..."

Solicita desechar el recurso.

Consideraciones de la Sala:

En los juicios con intervención del jurado popular la sentencia debe proferirse de acuerdo con el veredicto de éste, según lo preceptúa el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde al jurado pronunciarse sobre la responsabilidad del procesado, calificando, a través de su respuesta, los hechos que le son sometidos a su consideración por medio del cuestionario. Contestará con un SI o un NO. Pero si estima que el hecho se cometió en circunstancias diversas de las anotadas en el cuestionario, podrá expresarlo así brevemente, según lo puntualiza el artículo 535 del Código mencionado en inmediata precedencia.

Si el veredicto no se integra por afirmaciones opuestas, en cuyo caso se estaría frente a uno contradictorio; y no se halla en oposición con lo que demuestra la prueba, en cuyo evento se estaría frente a uno contraevidente, se tendría una respuesta de claridad suficiente para proferir el fallo respectivo.

No es menos cierto que el iuri *puede, válidamente, atenuar o agravar la pena a través de las causales específicas, lo cual es obvia consecuencia de las facultades que le atribuye la ley: si puede absolver o condenar no se entendería la existencia de una prohibición para morigerar o aumentar esa pena, derivada de una veredicción afirmativa de responsabilidad.*

En esta causa, el cuestionario único fue respondido por los jueces de hecho, así: "SI ES RESPONSABLE POR EL DELITO DE HOMICIDIO VOLUNTARIO, EN ESTADO DE IRA".

Se pretende deducir del agregado "...en estado de ira..." la aminorante prevista en el artículo 60 del Código Penal que dispone: "El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición".

La jurisprudencia de la Corte ha estado orientada en el sentido de que tal agregado es inane en el veredicto si no hay antecedentes atendibles en el proceso que hayan permitido su invocación.

Exige la norma que recoge la figura aminorante que se invoca, la comprobación de que existió un comportamiento grave e injusto de un tercero hacia quien reaccionó emocionalmente, en primer término; y demostrar el vínculo directo entre este estado psíquico y su causa, en segundo. Esta ha de comportar la eficacia de poder desencadenar aquel especial estado; y, la finalidad se expresa en la razonable necesidad de morigerar la pena en atención a que esa calificada emoción, sinónimo de alteración, crea una disminución de la capacidad intelectiva y volitiva del ofendido, hecho que ha de recibir de la ley, intérprete de las situaciones humanas, un especial tratamiento.

Entre el comportamiento ajeno grave e injusto y el connotado estado ya sea de ira, ya de intenso dolor moral o material ha de existir una relación directa de causalidad; aquel calificado comportamiento ha de ser su causa y hasta que sea de carácter objetivo; y la posición emocional que demanda el tratamiento legal privilegiado, por tal manera es ajena a la simple ira o dolor, aunque puedan ser intensos.

En el proceso no obra elemento de juicio atendible sobre la grave e injusta provocación por parte de la víctima; por el contrario, algunos de los acompañantes de ésta en el almuerzo que preparaban a la orilla del río Ranchería en Riohacha, dan cabal cuenta del comportamiento provocador, desafiante y pendenciero de Larrada Sotillo al llegar sorpresivamente y sin ser invitado servirse un plato de comida, intentar repetir y ante algunas protestas, a puntapiés voltear el recipiente que contenía la comida, actitud que indispuso el ánimo de su pariente Juan Segundo Martínez, quien le increpó por esa agresividad inexplicable, reclamo desechado por el ofensor, quien la emprendió a puños o golpes contra Juan Segundo, saliendo éste en carrera y perseguido por el inalterable agresor. El episodio protagonizado por el encausado fue el que dio origen al luctuoso hecho. Sobre este punto la prueba es contundente. Como se ve la relación de causalidad resultó a la inversa: el provocador fue el propio procesado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, acogiendo la opinión del Ministerio Público, sostenida en las dos instancias en todas las intervenciones, consultando por otra parte la prueba, interpretó correctamente el veredicto emitido en esta causa, y profirió la sentencia de acuerdo con éste de lo cual se sigue que no hubo falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal ni indebida aplicación del 323 del mismo estatuto, como lo señaló el casacionista.

El cargo no está llamado a prosperar.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con éste, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

LA PRENSA Y SUS RELACIONES CON LA JUSTICIA

En su labor de censor la prensa tiene imperativos éticos que le impiden llegar al extremo de interferir la soberanía de los poderes públicos. Los desvíos de los medios de comunicación en la manera de informar generan desprestigio para la administración de justicia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 31.

Vistos:

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado la solicitud de cambio de radicación del proceso que cursa en el Distrito Judicial de Montería (Córdoba) contra *Miguel Fabio Abisambra Márquez* por el posible delito de falsedad, para que esta Corporación emita concepto de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Guillermo Alvarez Machacón en su condición de apoderado de Abisambra Márquez fundamenta su petición de la siguiente manera:

"Resulta que mi defendido Miguel Fabio Abisambra Márquez, por ser sobrino del actual Procurador Regional de Montería, doctor Hernando Abisambra Pupo y mantener el mismo parentesco con el exmagistrado del Tribunal de Montería doctor José Luis Abisambra Pupo, ha sido el blanco de fuertes y continuadas censuras por la prensa hablada y escrita a nivel departamental, hasta el extremo de informarle a la opinión pública de que en razón del parentesco anterior, los jueces singulares y plurales del Distrito fallaron favorablemente este proceso, máxime cuando se agrega que el suscrito defensor tiene amplia amistad con los mismos.

"Considero que las repetidas y continuas manifestaciones de la prensa hablada y escrita, de manera dicha conllevan a un alertar a los funcionarios judiciales para que sea cual fuere el plexo probatorio recogido en los autos y sea cual fuere la tesis jurídica que exponga en defensa de mi defendido, despachen pronunciamiento des-

favorable a Miguel Fabio Abisambra Márquez, para halago y satisfacción de los periodistas..."

Al efecto se aportaron estas pruebas:

1. Certificación del Juez 16 de Instrucción Criminal y secretario encargados en la que que se da cuenta de que el doctor Alvarez Machacón es apoderado del acusado Abisambra Márquez.

2. Marconigrama dirigido por el Juez Segundo Superior de Montería en el que informa que el proceso se encuentra en la etapa sumarial y que el doctor Jorge Julio Alvarez Amarís, agente especial del Ministerio Público coadyuva el cambio de radicación.

3. Manifestación del Procurador Regional de Montería doctor Hernando Abisambra para admitir su parentesco con el doctor José Luis Abisambra Pupo y con el procesado.

4. Copia del acta de posesión del doctor José Luis Abisambra Pupo como magistrado del Tribunal Superior de Montería.

5. Certificación de que el doctor José Luis Abisambra Pupo se viene desempeñando como conjuez de la Sala Penal.

6. La edición número 326 del 17 de febrero del año en curso del semanario "Poder Costeño".

7. Declaración jurada del periodista Carlos Morón Díaz en la que presentó la edición 308 del 7 de octubre de 1983 del periódico "Poder Costeño" en cuya columna "Punto Seguido" por él escrita considera "saludable un cambio de radicación del negocio" y afirma que quieren silenciarlo.

Se considera:

De las informaciones de prensa aportadas a este incidente se infiere que la firma de un magistrado del Tribunal Superior de Montería fue, al parecer, falsificada en documentación que tramita la Seccional de la Caja Nacional de Previsión Social del Departamento de Córdoba; igualmente se deduce que quien fue víctima real o aparente de esa maniobra estuvo, en principio, inclinada a evitar la publicidad del hecho; que ha existido enfrentamiento verbal entre esta y un columnista del semanario "Poder Costeño" de apreciable circulación en Montería y el Departamento de Córdoba; y, finalmente, que dos columnas del citado semanario, "Punto Seguido" de Carlos Morón Díaz y "Se sabe, se ve y se calla" escrita bajo el seudónimo "Detector", han dado capital importancia al hecho materia de investigación poniendo en juego parentescos del sindicado con personalidades de la región influyentes por sus vinculaciones con el poder judicial, ubicando sutilmente al presunto perjudicado, actual magistrado del Tribunal, como interesado en las resultas del proceso, hasta el extremo de afirmar que éste profirió amenazas contra uno de los periodistas para intimarle silencios sobre el asunto y, por último, se insinúa por todo ello la conveniencia de que se tomen medidas de excepción en el proceso respectivo.

La Corte entiende que la misión de la prensa y de los medios de comunicación en general, no solamente es la de informar de manera seria, responsable y objetiva sino también la de denunciar situaciones que afectan la moral pública o que ponen en entredicho la convivencia social. Pero, también entiende que para el cumplimiento de estos cometidos existe un mínimo de imperativos éticos que no permiten que el papel de censor público que asume la prensa en el mundo moderno la pueda involucrar en el hecho divulgado para tomarlo como propio, conseguir beneficios particulares o llegar a sustituir al juez, magistrado o funcionario público, porque entonces equivoca su función natural para tornarse en vehículo de alarma y de inquietud sociales, en una metamorfosis indebida.

Por esta vía equivocada, los medios de comunicación compelen decisiones en asuntos cuya solución le corresponde de modo privativo a los poderes públicos, o interfieren la soberanía de éstos imponiéndoles definiciones, modos de acción, de prevención o de represión que están o pueden estar más allá de sus respectivas órbitas legales o constitucionales. Esta forma impropia de actuar no se compadece con un propósito sincero de corregir, con un ánimo de crítica sana o de cuestionamiento constructivo.

No son pocas las frustraciones de la justicia por la imprudencia de algunos medios de comunicación; muchos los malentendidos por desatinos en la información; múltiples los sinsabores por la noticia precipitada; numerosos los sobresaltos por el sensacionalismo cruel; variados los estragos por el comentario injusto; e intenso el desprestigio que se logra conformar alrededor de estos desvíos.

Se pierde así la necesaria mesura y el sentido exacto de las proporciones.

La acción perturbadora lanzada desde un periódico importante en la comarca, inspirada en parte por quien redacta bajo su responsabilidad personal la columna "Punto Seguido" del semanario tantas veces aludido, no deja de ser insólita. Para la Corte tiene la virtud de evidenciar la existencia de un enfrentamiento entre la prensa y la justicia en el que ésta puede sentirse presionada por aquella para que tome ciertas medidas y actúe en determinado sentido. Situación que deviene insostenible por la prestancia que tienen sus protagonistas y las personas que en ella se involucran. Es pues necesario y conveniente sustraer a la administración de justicia del Distrito de Montería de ese conflicto lugareño en guarda de su buen nombre y de su indubitable rectitud.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, emita *concepto favorable* al cambio de radicación solicitado.

Vuelvan estas diligencias al Ministerio de Justicia.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

SENTENCIA EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD

El no conceder la palabra al defensor en la primera de las dos ocasiones previstas por la ley (con intervención del jurado de conciencia) no está prevista como causal de nulidad en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal y si tal motivo no lesionó el derecho de defensa (art. 26 de la Constitución Nacional) tampoco se da la de origen supralegal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 33 de 8 de mayo de 1984.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Ariel González* en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a éste a la pena de diez (10) años de prisión como autor del delito de homicidio en Valentín Bautista Bejarano.

1. Los hechos:

Fueron resumidos en las instancias de la siguiente manera:

"...Ariel y Baltazar González, campesinos residentes en la finca denominada 'El Crucero', vereda de Alto Bonito de esta jurisdicción, trabajan de celadores del puesto de salud de la vereda. Entre la familia de los González y la del señor Valentín Bautista Bejarano, anciano de 68 años de edad y residente en la misma región, existían diferencias que surgieron en el uso que del servicio de agua hacía Bautista Bejarano en su predio, y que manifestaban en reiteradas provocaciones por parte de los González quienes, cuando pasaban por el predio de aquél golpeaban al perro de la familia de don Valentín. El 13 de agosto de 1982, cuando ya entraba la noche, se repitió este tipo de provocación, lo que motivó la protesta de la esposa de Valentín (Natalia Gómez de Bejarano), éste salió a enterarse de lo que allí ocurría, y Ariel González, quien portaba un revólver, le disparó por tres veces causándole la muerte de inmediato, no sin antes insultarlo y amenazarlo..."

2. El proceso:

Abrió la investigación el Juez Promiscuo Municipal de Neira (Caldas). Los hermanos González fueron indagados y detenidos. El proceso correspondió al Juzgado Primero Superior de Manizales y allí se llamó a responder en juicio al procesado Ariel González como autor de homicidio sin agravante ni atenuantes y se sobreseyó definitivamente a Baltazar. Esta providencia recibió confirmación del Tribunal y vuelto el expediente a la primera instancia se abrió el período de la causa.

Al final de la audiencia pública el jurado, por mayoría de votos, reconoció la responsabilidad del encausado. El 4 de junio de 1983 se dictó sentencia de condena para imponer al procesado la pena principal de diez (10) años de prisión más las sanciones accesorias correspondientes. También se le condenó, en forma genérica al pago de los perjuicios ocasionados. Apelada esta decisión el Tribunal Superior de Manizales la confirmó el 23 de agosto del mismo año en la sentencia que ahora es objeto del recurso.

3. La demanda:

Se apoya en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por considerar el censor que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad pues en desarrollo de la diligencia de audiencia se le concedió el derecho al uso de la palabra al defensor por una sola vez sin haber renunciado a la primera pues no estaba presente. Afirma que de tal manera se violaron los artículos 28 de la Constitución Nacional, 500, 511, 214, 218, 212 y 213 del Código de Procedimiento Penal.

Esta misma situación fue planteada en las instancias y despachada desfavorablemente por considerarse que hubo "renuncia tácita" del defensor para utilizar el primer turno en el derecho al uso de la palabra, silencio sobre el particular tanto del mismo como del vocero y porque es costumbre constante la de que los representantes de las partes renuncian en las audiencias al primer turno. El censor no está de acuerdo con esas razones y de allí que sostenga la nulidad que como causal de casación agita.

4. El Ministerio Público:

Representado esta vez por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el Ministerio Público solicita que no se case la sentencia impugnada porque, en su concepto, el no haber concedido el derecho al uso de la palabra por primera vez al defensor del procesado constituye cuando más una irregularidad que no lesionó el derecho de defensa y, por tanto, no puede alegarse como constitutivo de nulidad constitucional. Da la razón al Tribunal en lo tocante a la deducción de que el defensor dio a entender o permitió deducir que no intervendría en la primera oportunidad al no estar presente en el recinto en donde se desarrollaba la audiencia y también en el hecho de que cuando utilizó el segundo turno no presentó reclamo alguno por no habérsele concedido el derecho una primera vez.

Invoca como antecedente un caso similar resuelto por la Sala en sentencia de 2 de agosto de 1983, en proceso por homicidio seguido a Aristides Cortés.

5. *Las consideraciones de la Sala:*

El artículo 511 del Código de Procedimiento Penal regula lo relativo a la celebración de la audiencia. Entre sus preceptos se refiere con exactitud a la concesión de la palabra a las personas que intervinieron en ella y establece un orden que no puede alterarse so pena de desvirtuar el precepto que busca primero la presentación de los cargos y después la proposición de las exculpaciones. El juez, a quien corresponde la dirección de dicha diligencia, concede la palabra en primer término al agente del Ministerio Público, en segundo a la parte civil si se ha constituido en el proceso, luego al procesado o al vocero en su caso, y finalmente al defensor. En las audiencias sin intervención de jurado cada uno de los nombrados tiene una sola oportunidad para formular sus alegaciones y en aquellas que se realizan con jurado el uso de la palabra se concederá por dos ocasiones en el orden dicho.

Es incuestionable que para el caso concreto no se concedió la palabra al defensor en la primera de las dos ocasiones previstas por la ley. Se sabe por las constancias del proceso que no estaba presente en el momento en que debió el juez concedérsela y que éste, en lugar de suspender la diligencia mientras se le buscaba dispuso iniciar el segundo turno que fue utilizado por el Ministerio Público, el apoderado de la parte civil, el vocero y el defensor que para entonces sí estaba presente.

Es obvio que no puede presumirse, como lo hicieron los juzgadores en las instancias cuando se les planteó el problema de saber si dicha omisión constituía o no nulidad, la renuncia del defensor pues ésta debe ser expresa como aconteció con todas las demás personas que intervinieron. Tampoco puede invocarse para disculpar la conducta del juez una costumbre según la cual lo usual es que todos renuncien a la primera intervención pues una práctica de tal naturaleza jamás puede prevalecer sobre la ley expresa.

Sin embargo, esa censurable omisión no está prevista como causal de nulidad en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal que reglan la materia. Por tal motivo el censor pretende buscarle un origen supralegal al invocar como una de las disposiciones violadas el artículo 26 de la Constitución Nacional. Y ya en este terreno habría que comprobar que se lesionó el derecho de defensa pero ello no aparece demostrado en la demanda, excesivamente formalista si bien se la mira, ni surge de lo sucedido en el proceso pues basta revisar el acta de audiencia para saber que tanto el vocero como el defensor se refirieron con amplitud a los hechos, criticaron las pruebas en que se fundamentó el procesamiento y solicitaron un veredicto que reconociera una legítima defensa en el actuar del procesado o, al menos, un exceso en el ejercicio de tal derecho. Podría agregarse que la discrepancia de uno de los miembros del jurado, pues el veredicto se adopta por mayoría, puede hallar explicación en los esfuerzos cumplidos por la defensa.

De donde se deduce que a pesar de no haberse concedido por primera vez el uso de la palabra al defensor, éste cumplió a cabalidad con su misión en la segunda y, por tanto, no se conculcaron las garantías que rodean al procesado y la nulidad de rango constitucional que se aduce para lograr el quebrantamiento del fallo no existe. En consecuencia, no prospera el recurso.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Entre los medios de defensa a que puede acudir un procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de la investigación y su participación en él. Pero si se acude a este recurso defensivo, débese igualmente asumir los riesgos y consecuencias que de él se deriven, sin que se pueda, luego, pretender alegar como ausencia de defensa esa actitud que conscientemente se asumió

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 33.

Vistos:

Se entra a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jaime Ceballos* contra la sentencia de doce de julio de mil novecientos ochenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la proferida por el Juzgado Primero Superior de Santander de Quilichao de veintiséis de abril de ese año, en la cual se le condenó a la pena principal de quince años y seis meses de prisión por el delito de homicidio agravado cometido en persona de Adolfo León Restrepo Montoya.

El recurso fue admitido y la demanda fue tenida como ajustada a los requisitos formales que prescribe la ley (fls. 2 y 22 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

En la noche del domingo 17 de agosto de 1980 departían en el establecimiento denominado "Pentagrama Musical" de la población de Santander de Quilichao varias personas, entre ellas el sindicado y el occiso, quienes se encontraban en mesas diferentes pero próximas y en compañía cada uno de ellos de otras personas.

En un determinado momento, ya hacia las once de la noche, Adolfo León Restrepo Montoya, el occiso, quien había llegado recientemente a ese lugar acompañado del médico Jairo Astudillo, al advertir la presencia de Jaime Ceballos, el sindicado, llamó su atención pronunciando su nombre y, al no obtener respuesta, solicitó al dueño del establecimiento, José Edmundo Gironza, que atendiera por su cuenta la mesa del señor Ceballos.

Esa actitud no fue del agrado de éste, por lo cual expresó inmediatamente su rechazo, manifestando que él tenía dinero con que pagar el licor que consumiera y que no tenía necesidad de que se lo ofrecieran, menos un cismático, y que no lo humillara.

Ante esa situación y en razón de que Restrepo le contestó que entonces qué deseaba que hiciera, Jaime Ceballos se levantó de su mesa y fue hasta la de Restrepo y la golpeó con la mano, ocasionando la caída de los envases y que se regara una cerveza. Restrepo y su acompañante doctor Astudillo se levantaron para evitar, como éste lo afirma, que se les "ensuciara la ropa" con el licor vertido, y cuando esto hacían disparó Ceballos por primera vez sobre Restrepo quien cayó al suelo, para hacerle luego dos disparos más, a consecuencia de los cuales falleció en el propio lugar de los hechos.

El sindicado abandonó en esos momentos aquel sitio en compañía de las personas con quienes había llegado allí, que fueron los hermanos Lucila y Oscar Vallejo González, y en el mismo vehículo, el cual pertenecía a Oscar, quien lo conducía.

Desde entonces, hasta cuando fue capturado un año después, eludió su comparecencia ante la justicia.

La investigación la inició y perfeccionó el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Popayán, radicado en Santander de Quilichao.

De ella conviene destacar los siguientes aspectos:

1. De las personas que se encontraban en el lugar donde ocurrieron los hechos y que declararon haberse percatado de ellos, solamente Lucila Vallejo González, quien hacía compañía al sindicado, difiere de la narración que de ellos acaba de hacerse.

Según esta testigo, cuando Jaime Ceballos rechazó el ofrecimiento de Adolfo León Restrepo, y a raíz de las palabras que ambos se cruzaron, éste desafió a aquél para que salieran a la calle a "darse bala", y al levantarse ambos de sus asientos, Restrepo "se llevó la mano a la cintura", momento en el cual Ceballos "le quemó tres tiros" (fls. 45 a 47 del cuaderno principal).

Los otros deponentes, Raúl Caicedo Diago, Everlín Castillo Velásquez, Humberto Antonio Santacruz, Jaime Valencia, José Edmundo Gironza Otero, Jairo Astudillo Rodríguez, Carlos Julio Ramírez Zúñiga y María Teresa Rojas de Belalcázar, coinciden, en lo sustancial, con aquel otro relato (fls. 55 a 57, 60 a 62, 69 a 70 vto., 71 a 72 vto., 74 a 76, 81 a 84 vto., 100 a 101 vto. y 149 vto. a 150 vto. *ibídem*). Los que de ellos fueron confrontados con la declarante Lucila Vallejo González

sostienen en su presencia la misma versión (fls. 126 a 128, 130 a 132, 132 vto. a 134 y 156 a 158). En el careo con el médico Jairo Astudillo Rodríguez, acompañante del occiso, la testigo, después de escuchar su relato y ser preguntada por el juez acerca de lo que deseara expresar, dijo: "Nada, todo lo que él manifiesta es la verdad".

Y lo que el doctor Astudillo declaró y que mereció, como acaba de anotarse, el asentimiento de la testigo Vallejo González, fue lo siguiente:

"Nosotros habíamos pasado por el Pentagrama Musical más o menos a eso de las diez de la noche a traer una plata para un cheque, entonces uno de los músicos de ese sitio es amigo de nosotros nos saludó y nos invitó a entrar, entonces el compañero mío (se refiere al occiso, aclara la Sala) dijo que necesitaba una serenata para la mujer y entonces le dijo que ahora veníamos que íbamos de afán y ya fuimos y entregamos la plata y nos demoraríamos más o menos una media hora y volvimos nuevamente al establecimiento, entonces solicitamos al señor Gironza (dueño del local, aclara la Sala) una mesa porque no había dónde sentarnos y nos acomodó una mesa al lado de los músicos más o menos en el centro del salón inmediatamente pedimos dos cervezas y Adolfo se dirigió a los músicos para ofrecerles algo que tomaran había unos cuatro músicos y el señor Notario Raúl Caicedo y les preguntó qué querían tomar y pidieron aguardiente y don Raúl creo que pidió una cerveza, entonces comenzaron a tocar los músicos y todo mundo estaba contento en ese sitio inclusive varios amigos que llegaron de paso saludaron a Adolfo, en medio de la alegría de todos los que estábamos ahí presentes, se oyó de pronto un disparo al aire y todos se aterraron al oír el disparo y lógicamente que todos miraron a ver quién había sido, en ese momento me di cuenta que ahí estaba el señor Jaime Ceballos y que era quien había hecho el disparo y que estaba guardando el revólver en la cintura, al poco rato parece que el pánico cedió y se volvió a escuchar de nuevo música y en ese momento yo estaba tocando las maracas, una vez terminada una de las piezas el señor Adolfo llamó al señor Jaime tres veces por su nombre le dijo 'Jaime-Jaime-Jaime' y llamó también al señor Gironza para decirle que le atendiera la mesa del señor Jaime, entonces le preguntó que qué estaban tomando y este señor le dijo que estaban tomando whiski y dijo no importa sírvales y yo creo que el señor Gironza fue a la mesa de don Jaime y creo que el señor Jaime le dijo que él no necesitaba que le ofrecieran trago que él también podía comprar, que él no quería que lo humillaran y menos de un cismático, creo que dijo dos veces la palabra cismático, entonces el señor Adolfo le dijo 'que quiere que haga', en ese momento el señor Jaime se levantó de la mesa e invitó al señor Adolfo a que se fueran a dar bala a la calle y creo que se dijeron otras palabras pero no alcanzo a recordar, los músicos en ese momento para distraer la atención comenzaron a tocar, cuando yo sentí fue que el señor Jaime se vino y manoteó o mejor golpió la mesa donde estábamos así (el declarante muestra con la mano la forma como hizo el sindicado), tanto así que se alcanzaron a caer algunos envases, regándose de algunos de ellos el contenido sobre la mesa, al instante del golpe nosotros nos levantamos de la mesa, yo sinceramente me asusté y además porque se derramó ese líquido, el compañero Adolfo estaba en esos momentos fumándose un cigarrillo

lo tenía en la mano derecha y nos levantamos lógicamente con las manos en alto tratando de defender, en ese momento parece se alteró un poco el orden en la Sala, y escuché un tiro que hacía impacto en el cuerpo del compañero mío o sea Adolfo, lógicamente ejecutado por el señor Jaime, todo mundo corría y vi que Adolfo se desplomaba casi sobre la mesa, yo en ese momento tiré a salir sobre la puerta lateral que da hacia la calle, al poco instante sonó otro tiro, cuando el compañero caía, y luego sonó otro tiro también cuando oí que alguien dijo 'lo mató lo mató', en ese momento volví a entrar al establecimiento y vi a mi compañero tendido boca abajo y vi que el señor Jaime estaba saliendo del establecimiento por la puerta que da a la calle once (11) montándose a un camión por la puerta del lado derecho, habiéndose pasado por delante del camión, una vez adentro del camión salió a una gran velocidad" (fls. 130 vto., 131 y 131 vto. *ibídem*).

A una pregunta del representante de la parte civil en cuanto a si había visto cuando Ceballos disparó el tiro, contestó el testigo Astudillo "sí señor yo vi cuando él Ceballos disparó el revólver contra el compañero Adolfo y vi cuando se desplomó" (fls. 131 vto. y 132 *ibídem*).

2. Al disparo hecho por Jaime Ceballos antes de que se presentara el incidente con Adolfo León Restrepo se refieren igualmente otros testigos además del doctor Astudillo, entre ellos la propia Lucila Vallejo y su hermano Oscar, quienes se encontraban en la mesa del sindicado (fl. 12 del cuaderno de la parte civil y 120 vto. del cuaderno principal).

El motivo para hacer este primer disparo fue, según la declarante Vallejo González el ruido que estaba haciendo uno de los contertulios contra una de las puertas de la cantina, llevando de esa forma el ritmo de las canciones. Para otros de los testigos, ello se debió a la euforia que le causó a Ceballos una pieza musical alegre y movida que se estaba ejecutando en ese momento. De todas maneras este hecho es claramente indicativo del temperamento impulsivo o incontrolable del sindicado, o, en todo caso, irresponsable.

Se refieren a este primer tiro, además de los citados, Raúl Caicedo Diago, Everlín Castillo, Humberto Antonio Santacruz, Jaime Valencia, José Edmundo Gironza, Carlos Julio Ramírez, Sonia Guevara de Gironza y María Teresa Rojas (fls. 55 vto., 61 vto., 70, 72, 74, 100, 137 vto. y 149 vto. del cuaderno principal). Los peritos que actuaron en la diligencia de inspección judicial que se practicó en el lugar donde sucedieron los hechos, dijeron en su concepto sobre este aspecto: "Hemos constatado que en la parte alta del sitio donde se encontraba sentado libando el señor Jaime Ceballos y sus acompañantes, en la pared, se aprecia un raspón que al parecer es de impacto de arma de fuego" (fl. 166 *ibídem*).

3. Se acompañó al expediente copia de la parte resolutiva de las sentencias de primera y segunda instancias proferidas el 6 de mayo y el 25 de noviembre de 1967 por el Juzgado Superior de Santander de Quilichao y el Tribunal Superior que allí funcionó y mediante las cuales se condenó a Jaime Ceballos a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio cometido en persona de Emilio Gerardo Aguilar (fls. 278 y vto. *ibídem*).

4. Ninguno de los testigos afirma que entre sindicado y occiso hubiese existido alguna enemistad. Al contrario, casi todos ellos dicen que eran amigos y los demás manifiestan que no les consta que fuesen enemigos. Predican la amistad: El padre del occiso, Lucila Vallejo, precisamente la única declarante que presenta una versión de los hechos favorables para el procesado, Nelson Capote Solarte, Raúl Caicedo Diago y Jairo Astudillo Rodríguez (fls. 1 vto., 46, 48, 56 vto. y 83 vto. del cuaderno principal). De los testimonios de Everlín Castillo y José Edmundo Gironza se infiere también la existencia de esa amistad, pues el primero dice que los comentarios la afirmaban y el segundo informa que sindicado y occiso siempre andaban juntos y que hacía como un mes habían estado los dos allí mismo en su establecimiento (fls. 61 y 75 vto. *ibídem*).

5. Fuera de Lucila Vallejo González quien, como se dijo acompañaba a Jaime Ceballos esa noche, y que presenta la versión que podría dar piso a una presunta justificación del comportamiento del procesado, los otros testigos manifiestan que no le vieron hacer al occiso ademán indicativo de sacar arma, ni se dieron cuenta de que éste hubiese desafiado o insultado al sindicado (fls. 56 vto., 61, 61 vto., 69 vto., 71 vto., 83 y 150 *ibídem*). Es más, el propio Oscar Vallejo González, hermano de Lucila, y quien junto con ésta hacía compañía a Jaime Ceballos esa noche en su mesa, dijo a este respecto: "No señor, a la mesa a donde estábamos no fue nadie a ofenderlo (se refiere al sindicado, aclara la Sala) y tampoco desde las otras mesas nadie lo ofendió, tampoco a mi hermana ni a mí" (fl. 120 vto. *ibídem*).

6. Nadie le vio arma en el momento del incidente al occiso y ni siquiera la declarante Lucila Vallejo pudo decir lo contrario en forma explícita (fls. 46, 53 vto., 61, 69 vto., 71 vto., 75, 83, 100 vto. y 150 *ibídem*).

Jairo Astudillo alude a que Restrepo estaba en esos momentos fumándose un cigarrillo que tenía sostenido en su mano derecha (fls. 82 vto. y 131 *ibídem*) y tanto la circunstancia anterior (ausencia de arma) como esta del cigarrillo quedaron corroboradas con la diligencia de levantamiento del cadáver y la de necropsia, pues en la primera de ellas no se relacionó nada al respecto y el inspector que la practicó expresó en su declaración bajo juramento que no se le encontró arma (fls. 13 vto. y 14 y 143 vto.), y en la segunda se anotó "se encuentra quemadura en el espacio interdigital dedos índice y medio de la mano derecha" (fl. 77 *ibídem*).

Sobre este punto se interrogó de la siguiente manera al inspector: "Como dentro de la presente investigación en su calidad de Inspector de Policía le correspondió practicar la diligencia de levantamiento del cadáver del señor Adolfo León Restrepo, en la cual actuó también el médico Jairo Astudillo Rodríguez, díganos si es verdad que el citado médico le mostró a usted que el occiso había estado fumando, y que incluso el cigarrillo le había quemado los dedos de la mano, donde portaba el cigarrillo? Contestó: Sí señor juez, eso es cierto, lo que pasa que fue un detalle que se me escapó, por la carrera, nosotros sí le vimos que el finado Adolfo León Restrepo tenía entre los dedos de la mano derecha (índice y corazón), una colilla de cigarrillo bien apreda (sic) y le había quemado los dedos donde se encontraba" (fls.

143 y vto. *ibídem*). La presencia del resto del cigarrillo entre los dedos de la mano derecha del occiso lo confirma también Everlín Castillo.

Hay testigos que dicen que Restrepo se levantó con los brazos en alto cuando Ceballos golpeó la mesa y regó la cerveza que sobre ella había, tratando por ese modo de esquivar el líquido vertido, y que fue entonces, cuando le fue hecho el primer disparo (fls. 61, 69 vto., 71 vto., 75, 82, 100 vto. y 150 *ibídem*).

7. Los testigos informaron que esa noche el establecimiento estaba debidamente iluminado y los peritos que actuaron en la diligencia judicial que después se practicó allí afirman también este hecho y se refieren a las condiciones favorables de visibilidad y audibilidad (fls. 61 vto., 79 vto., 72, 75 vto., 84, 128, 148 vto. y 150 vto. *ibídem* y 166 y vto.).

8. Aunque está acreditado que Jaime Ceballos estaba tomando licor esa noche, solamente su acompañante Oscar Vallejo y María Teresa Rojas dicen que estaba borracho. Otros se refieren a cierto grado de embriaguez, pero no como para pensar que no se diera cuenta de nada (fls. 46, 56 vto., 61, 75, 120 y 150 *ibídem*).

9. Como el sindicado desapareció desde el momento en que ocurrieron los hechos hubo necesidad de emplazarlo tanto para efectos de oírlo en indagatoria como para notificarle el auto de proceder. Una vez declarado reo ausente, se le nombró en ambas ocasiones al mismo profesional como defensor de oficio (fls. 98, 99, 103 y vto., y 222 a 224 *ibídem*).

10. Cerrada la investigación fue llamado Jaime Ceballos a responder en juicio por el delito de homicidio con el agravante derivado de las condiciones de indefensión de la víctima y en ese mismo proveído se dispuso su detención preventiva, se sobreseyó definitivamente a Oscar Vallejo González a quien se había vinculado a la investigación, al parecer en calidad de encubridor, y se ordenó compulsar copias con destino al Juez de Circuito para que se investigara el presunto delito de falso testimonio en que pudiera haber incurrido la testigo Lucila Vallejo González. Esta providencia calificatoria no fue recurrida por ninguna de las partes (fls. 204 a 215 del cuaderno principal).

11. En el período probatorio de la causa no fue solicitada ni practicada prueba alguna.

Hecho el sorteo de jurados, fue capturado el procesado, y puesto a disposición del juez del conocimiento, nombró defensor de confianza a quien se le reconoció como tal y se le dio posesión (fls. 230 a 237 *ibídem*).

Posteriormente se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública y el defensor de Ceballos pidió que se decretara la nulidad de la actuación por estimar que éste no había sido notificado en debida forma del auto de proceder pues, en su opinión, el edicto emplazatorio no había estado fijado durante diez días como lo dispone la ley (art. 484 del C. de P. C.), sino por nueve solamente. Esta apreciación la apoyaba, según se desprende de su memorial, en su convencimiento de que los diez días de fijación del edicto empiezan a contarse no el mismo día en que esto se hace sino al siguiente.

El juzgado denegó la petición de nulidad por cuanto el edicto permaneció efectivamente fijado durante los diez días que prescribe la ley, ya que se le fijó el 2 de junio de 1981 y se le desfijó el trece del mismo mes a las ocho de la mañana. La decisión fue recurrida y el Tribunal la confirmó, como se imponía hacerlo, pues los diez días de fijación incluyen el primero en que ello se hace, como se colige claramente del texto de la norma en que el defensor fundamentó la apreciación contraria (fls. 222 y vto., 240, 242 y vto., 252 a 256 *ibídem*).

12. Fijada nuevamente fecha para la audiencia, se llevó a cabo ésta y los jurados respondieron afirmativamente el cuestionario que el juez sometió a su consideración, en el cual se indagó por la responsabilidad del sindicado en los siguientes términos:

"El procesado Jaime Ceballos, es responsable sí o no, conforme a los cargos que le aparecen en el auto de proceder, de haber causado la muerte con intención de matar a Adolfo León Restrepo Montoya, colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación, produciéndole las siguientes heridas descritas en la diligencia de necropsia, así...' según hechos sucedidos el día domingo diecisiete de agosto de mil novecientos ochenta (1980), en el establecimiento de cantina 'El Pentagrama' dentro de esta ciudad de Santander Cauca?" (fls. 311 a 313 *ibídem*).

Entre los concurrentes a la vista pública estuvo el abogado de confianza que designó el propio procesado para que asumiera su defensa.

13. En la audiencia ocurrió que, al proponerse el juez recibirle indagatoria al procesado ya que era esa la oportunidad que le quedaba para explicar su conducta, pues voluntariamente se mantuvo ausente de la investigación que no ignoraba que se le adelantaba, éste se limitó a suministrar las informaciones de tipo personal, pero respecto de los hechos y cómo ocurrieron y por qué actuó así, se refugió en un consciente silencio pretextando que no había tenido defensa adecuada. Así recoge el acta esta actitud de Jaime Ceballos: "Ya que nos acaba de manifestar que sabe el motivo de su indagatoria, sírvase hacernos un relato de ese motivo. Contestó: En este momento no hago ningún relato doctor, y no hago ningún relato porque he sido juzgado sin defensa de ninguna especie. Preguntado: Díganos cuál es el motivo para negarse a responder y a narrar cómo sucedieron los hechos? Contestó: Porque yo he sido juzgado sin defensa, no he tenido defensor de ninguna especie, me nombraron un apoderado de oficio y no hizo absolutamente ninguna defensa, no hay un alegato en el expediente, por lo tanto me niego a responder sobre lo sucedido. Preguntado: Entonces se niega a responder el interrogatorio? Contestó: Sí me niego a responder y cuando se me juzgue legalmente entonces diré quién era el muerto, cuando tenga un defensor que sí me defienda, cuando me nombraron, me nombraron fue un defensor de oficio y no presentó alegato de ninguna clase. Inmediatamente el señor Presidente de la audiencia ordena al procesado Jaime Ceballos se siente y ordena que por la secretaría se dé lectura al auto de proceder del juzgado y al cuestionario propuesto por el juzgado, lo que así se hizo. En seguida

el señor Presidente de la audiencia solicitó a las partes si querían se diera lectura a alguna pieza procesal, manifestando que no. El señor Presidente de la audiencia le concede el uso de la palabra por primera vez al encausado Jaime Ceballos para si es su deseo hablar lo haga y pida lo que desee, manifestando el señor Ceballos lo siguiente 'señor juez yo hablo cuando en realidad tenga un abogado que me defienda, cuando tenga un apoderado legalmente digo quién era el muerto, eso es todo' ".

El Fiscal manifestó: "Yo insisto señor juez antes de seguir adelante en esta audiencia y antes de yo hacer uso de la palabra por primera vez que se tenga en cuenta el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal, que al señor Ceballos se le interrogue por sus nombres y apellidos, se le escudriñe su personalidad, que nos diga personalmente si quiere o no contestar, pero que se lleve a cabo la diligencia que ordena el artículo 511, para que después no se diga que no se le dio oportunidad para defenderse. Inmediatamente el señor Presidente de la causa procede a interrogar al encausado tal como lo ordena el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal, manifestando el señor Jaime Ceballos que hasta que no se le nombre un apoderado legalmente que lo defienda se niega a contestar y a decidir quién era el muerto. El señor juez y Presidente de la causa deja constancia que el procesado Jaime Ceballos se negó a responder el interrogatorio" (fls. 281 y 282 del cuaderno principal).

Al hablar por primera vez el Fiscal informó al jurado acerca de los pasos que se dan en una investigación penal en orden al esclarecimiento de los hechos, de sus autores, y de su responsabilidad. Explicó el procedimiento para emplazar en caso de que no se presenten a responder por sus actos y se refirió a las formas de calificar el mérito del sumario y a los momentos procesales para aducir pruebas en la etapa del juicio. Aludió a los esfuerzos de las autoridades para localizar al procesado y concluyó sus explicaciones, en esta primera ocasión, de la siguiente manera: "Finalmente la gran oportunidad (se refiere a la audiencia pública) que hoy le brindaba el señor juez a Jaime Ceballos de que explicara ante nosotros su actitud o su proceder que nosotros hemos juzgado a través del proceso, como abierta, franca y gravísimamente delictiva, entonces señores jueces de conciencia no aparece por parte alguna que se haya violado la ley penal, pero en esta parte cortísima de mi intervención voy a asumir la defensa oficiosa de ese abogado que fue nombrado como defensor de oficio del sindicado y del cual el señor Ceballos se refiere con palabras un poco inaceptables; quienes como yo, aparte de haber sido jueces de la República y Agentes del Ministerio Público por muchos años, también por varios tiempos hemos sido defensores, vemos que a veces la mejor defensa es no presentar ningún memorial sobre todo en aquellos casos en que se vé que realmente toda la prueba abruma a una persona y cuando se es honesto naturalmente porque siempre cabe la oportunidad de ir a buscar los testigos que son conocidos y llamados ya por todos los que trajinan con cuestiones jurídicas como paracaidistas, entonces digo que a veces la mejor defensa es no alegar y esperar la diligencia de audiencia y un posterior final alegato en última instancia que es el honorable Tribunal Superior" (fls. 281 vto. a 282 vto. *ibídem*).

Al hacer uso del derecho a la palabra por segunda vez, analizó objetiva y detalladamente los elementos de juicio que obran en el proceso para terminar pidiendo una respuesta afirmativa de responsabilidad al cuestionario formulado por el juez (fls. 283 a 290 *ibídem*).

También el representante de la parte civil analizó detenidamente la realidad probatoria y solicitó igual pronunciamiento de responsabilidad (fls. 280 a 299 vto. *ibídem*).

El defensor orientó toda su intervención a crear en los jurados el convencimiento de que Jaime Ceballos careció en absoluto de defensa a lo largo del proceso.

No descendió al análisis en concreto de la prueba, ni suministró en ningún momento explicación alguna acerca del comportamiento de su poderdante, aunque de manera tangencial trató de descalificar algunas pruebas, como el dictamen de los peritos que actuaron en la diligencia de inspección judicial practicada en el lugar de los hechos, del cual dijo que era "risible", y que su conclusión en cuanto a que la testigo Lucila no podía ver los ademanes del occiso antes de ser herido, era "lo más absurdo que había visto", que se le pedía calificar de "estupidez" (fl. 303 *ibídem*). También reprochó el que se hubiese tratado de hacer perder su mérito a las declaraciones de Lucila Vallejo González y de su hermano Oscar, al ordenar capturar a la primera y disponer luego que se la investigara por el delito de falso testimonio, y al haber indagado al segundo por una posible participación en los hechos, o, al menos, por un posible delito de encubrimiento, al considerársele como quien facilitó la huida de Ceballos del lugar de los hechos, ya que en su carro se alejó éste de allí para mantenerse escondido hasta ser capturado un año después.

De igual manera dio a entender que si se reabriera la investigación podría llegarse a comprobar que al sindicado le asistían motivos para proceder en la forma en que lo hizo esa noche, y que éste los expondría ante la justicia.

Los aspectos centrales de su intervención, que duró hora y media según se desprende del acta, fueron recogidos por ésta de la siguiente manera:

"Vengo a defender al hombre y más aún, ni siquiera vengo a defender al hombre, vengo a defender el principio, el principio de la legalidad, el principio de la justicia, el principio de la ley, vengo a defender la ley que olvidaron con Jaime Ceballos, esa es mi defensa ...y mi deber es defender la ley, porque no creo que podamos hablar de juzgamiento justo" ..."en este debate yo pregunto si a Jaime Ceballos se le juzga en debida forma, si los señores miembros del jurado encuentran una coma de los apoderados en la etapa del sumario o en la del juicio, retiro mis palabras y pido que lo condenen, con una coma, una sola, o que haya siquiera una diligencia o que haya pasado un memorial o que haya intervenido o que haya hecho algo, nada, absolutamente nada" ..."entonces creo señores miembros del jurado que frente a una defensa de la ley, porque les repito no estoy defendiendo a un procesado, sino que estoy defendiendo la ley ante todo, se precisa que en este debate se pronuncie un veredicto positivo, por

qué? Porque ha sido injustamente procesado porque va un veredicto positivo y ya, ante el artículo 26 de la Constitución Nacional, no se porqué les da temor que se reabra la investigación, que se le permita a Jaime en un debate puro y limpio asistido por un abogado, decir la verdad, permítanos eso, la ley nos dice eso, acatemos la ley y hagamos un debate, vamos a ver qué fue lo que ocurrió, porque nos han mostrado la cara de una medalla y sabemos que las medallas tienen dos caras y la otra no la conocemos, lo único que conocemos es que fue juzgado ilegalmente, dejémoslo que hable, que diga qué sucedio, cuál era la amistad, cuál fue el motivo, por qué la reacción, porque me ha llamado la atención que dizque lo mató porque era íntimo amigo, si precisamente la falta de motivación en cualquier delito nos lleva necesariamente a duda porque no hay un acto injurídico contra la vida y la honra de las personas sin que haya un motivo, no hay delitos gratuitos a excepción cuando se padece de una grave anomalía síquica, sabemos la amistad de ellos, qué había entre ellos, si esa amistad era la visible o había otra motivación de orden invisible, no lo sabemos, eso está en el interrogante" ..."la nulidad comenzaría desde el auto del cierre, se reabriría la investigación, escucharíamos a Jaime, escucharíamos los descargos, lo cariaríamos con todo mundo, rebatiríamos los téstigos, rebatiríamos los cargos, rebatiríamos los peritos y veremos qué queda de este debate penal" ..."Yo les pido a los señores miembros del jurado que contesteis con un *'no'*, *'un no'* porque no ha habido un enjuiciamiento legal, no hablo de un *'no'* por la prueba, sino porque no se ha juzgado al procesado de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional, ya habéis oído leer cómo la Corte decreta nulidad, como la cuarta causal de casación por haberse tramitado el proceso estando viciado de nulidad, entonces sí podemos aplicar el remedio ahora, para que lo vamos a aplicar dentro de seis meses, un año, si precisamente podemos ganar ese tiempo" (fls. 299, 305, 307 vto., 308 y 308 vto. del cuaderno principal). Su explicación la matizó con lecturas de sentencias de la Corte sobre casos en que se decretó la nulidad por ausencia de defensa real de los procesados.

14. El juez acogió la veredicción y, con apoyo en ella, profirió el fallo que, apelado por el defensor, fue confirmado en su integridad por el Tribunal mediante la sentencia objeto del recurso que ahora se decide.

Para fundamentar la apelación sostuvo el impugnante las mismas razones que al presente se alegan como motivos para impetrar la casación, a saber: Falta absoluta de defensa y violación del principio de favorabilidad por haberse enjuiciado y condenado a Ceballos de acuerdo con las normas del nuevo Código Penal y no del anterior que era el que regía cuando ocurrieron los hechos (fls. 343 y 344 del cuaderno principal).

El Tribunal, por estar de acuerdo con los planteamientos de su colaborador Fiscal, insertó en el fallo los siguientes apartes de su concepto:

"Conviene referirse a la nulidad planteada por la defensa de Ceballos tanto en la audiencia pública como en el alegato de segunda instancia. Es una realidad que Ceballos cometido el crimen huyó, y en ningún momento en forma voluntaria se presentó ante el funcio-

nario que investigaba tal acontecer. Se necesitó su captura después de mucho tiempo para que se enterara de las decisiones tomadas en su contra. Le fue nombrado defensor de oficio de acuerdo con las exigencias legales y en cada paso de sus actuaciones los juzgadores velaron porque sus derechos le fueran observados, y es así como no solamente abundan en el expediente las pruebas de cargo sino que hay probanzas que tienen la intención de favorecer al procesado. Se ha cumplido así la institución del artículo 355 (sic) del Código de Procedimiento Penal. Naturalmente que ante la rebeldía o contumacia del sindicado, su defensa se tornaba esquiva al no tener el defensor oficioso la versión de su defendido y los informes de éste para en esa forma encauzar una defensa adecuada. Pero esta circunstancia no justifica un olvido del derecho de defensa, pues en verdad una falla del procesado no le puede ser imputable a los dispensadores de justicia. En otras palabras pretender que la huida o no comparecencia de un incriminado al proceso, es razón válida para construir una causal de nulidad, es argumento que ataca la dinámica y estabilidad mismas de la actividad procesal. Una rebeldía no se puede premiar con una sanción de nulidad".

En cuanto al otro motivo de invalidación, dijo la Corporación, también en transcripción del concepto del Fiscal:

"Al respecto cabe decir que si bien en el auto referenciado (se refiere al de proceder, se aclara) se invocaron las disposiciones del nuevo Código Penal, esta cuestión en nada afecta el proceso toda vez que los artículos 323 y 324, numeral 7º, de esa obra describen comportamientos idénticos a los contemplados en los artículos 362 y 363 numeral 5º del Código Penal de 1936. Unicamente difieren en la penalidad. Pero este último aspecto fue perfectamente considerado en la sentencia, en la cual se aplicaron las disposiciones del código derogado por ser más favorables al condenado. Así las cosas en nada se afectó el debido proceso" (fls. 362, 363, 364 y 365 *ibídem*).

La demanda:

Con invocación de la causal cuarta (art. 580 del Código de Procedimiento Penal, numeral 4º), presenta el impugnante dos cargos contra la sentencia recurrida, para solicitar que sea infirmada por haberse proferido dentro de un juicio viciado de nulidad.

Primer motivo de censura:

Carencia absoluta de defensa del procesado, con lo cual se causó quebranto a las normas que regulan el debido proceso.

Para fundamentar el cargo transcribe y cita pronunciamientos de la Corte, mediante los cuales ha decretado la invalidación de las respectivas actuaciones frente a casos de inexistencia total de defensa.

Estima aplicables esas doctrinas a la situación que enfrentó su poderdante, pues quienes llevaron su representación judicial en el sumario y en la causa en realidad no lo defendieron.

Respecto del apoderado de oficio manifiesta que no se enteró de las diferentes decisiones que se fueron profiriendo en su contra; que no asistió a los cargos con la testigo que denomina "de descargo", señora Lucila Vallejo; que no concurrió a la inspección judicial que se practicó en el lugar donde sucedieron los hechos; que no se enteró del dictamen pericial y desaprovechó, por tanto, la oportunidad legal para objetarlo, solicitar su explicación o ampliación o pedir que se rindiera con mayor claridad; que no presentó alegato una vez cerrada la investigación; que no interpuso recurso alguno contra el auto de llamamiento a juicio no obstante que está fundamentado en normas menos favorables que las que se pudieron haber hecho valer para mejorar la situación procesal del enjuiciado y que, finalmente, no solicitó prueba alguna durante el período probatorio de la causa.

Dicho resumen de inactividad del profesional que tuvo bajo su cuidado la asistencia legal del sindicado en esa etapa procesal, le sirve de base al censor para afirmar lo siguiente:

"Ese desdén por la defensa a él encargada fue muy grave desde cualquier punto de vista que se le contemple, pero en el caso a estudio mucho más protuberante si se tiene en cuenta la presencia permanente del señor representante de la parte civil quien, prácticamente, se apoderó de toda la investigación y logró, inclusive, la captura e indagatoria de otro de los testigos en favor del señor encausado (fls. 110 y 113) acápite 5º, con el pretexto de un delito de encubrimiento inexistente y por ello, naturalmente, sobreseído definitivamente (fl. 215)".

Respecto del abogado que llevó la representación del procesado en la audiencia pública expresa que, ante el comportamiento de quien lo antecedió en la defensa, no le quedaba otro recurso que el que asumió durante la vista pública, consistente en limitarse a solicitar una nulidad dejando, en la práctica, por tal circunstancia, huérfano también de defensa al sindicado en el momento culminante del juicio.

Sobre este punto expresa el recurrente:

"Tal conducta (se refiere a la del apoderado de oficio, se aclara) cerró las posibilidades a cualquier otro defensor que hubiese tenido que enfrentar la audiencia, como le acaeció al doctor Elipzzon Vásquez Pinzón, y por ello la única alternativa fue la asumida por él en el sentido de solicitar en dicho acto público la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que cerró la investigación pues era menester tratar de enmendar en algo la plana solicitando la realización legal de todos y cada uno de los careos que hubo con la señora Vallejo máxime que ninguna de esas diligencias es válida por ausencia del apoderado del sindicado según lo tiene enseñado la honorable Corte de tiempo atrás...

"No halló, insisto, el mencionado abogado otra salida al haber encontrado, cuando tuvo acceso al juicio, periclitada toda oportunidad para la solicitud con éxito de prueba, y por ello tampoco defendió en el acto público de juzgamiento al señor Ceballos limitándose, como lo dejó demostrado, a solicitar del juri una definición sobre la legalidad o no del juicio pero no sobre la prueba y por ende sobre la responsabilidad o inocencia del señor encausado lo cual es reconocido por el señor agente del Ministerio Público (fl. 348) en los siguientes términos:

'...pero en su intervención no hace defensa alguna de Ceballos, ya sea criticando la prueba de cargo para demeritarla sustentando alguna atenuación o alguna causal de inimputabilidad, justificación o culpabilidad...' y (fl. 350) en estos otros: 'Como se ve, tal profesional ha descuidado la defensa del enjuiciado...' "

Concluye este primer cargo de la siguiente manera:

"En síntesis, don Jaime Ceballos no fue defendido en ningún momento y por ello la sentencia con la cual se lo condenó fue proferida indudablemente en un juicio viciado de nulidad".

Segundo motivo de censura:

Aplicación al caso juzgado de normas posteriores desfavorables para el procesado.

Como fundamento de esta segunda crítica a la sentencia pone de presente que en el auto de proceder, al señalarse el delito por el cual se llamó a responder en juicio a Jaime Ceballos se le ubicó en las normas del nuevo Código Penal y no en las del anterior, como era lo procedente, no sólo porque eran las vigentes al momento de comisión del hecho (17 de agosto de 1980), sino también porque la forma como estaba descrita en las anteriores la circunstancia de agravación que se imputó a Ceballos permitía unas mayores posibilidades de éxito en la defensa que las que ofrece el actual enunciado de la misma.

Se refiere concretamente al motivo de agravación del delito de homicidio que contemplaba de la siguiente manera el Código Penal de 1936 en su artículo 363, numeral 5º: "Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento", y que ahora se encuentra descrita de esta forma en el nuevo ordenamiento: "Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación" (art. 324, numeral 7º).

Aunque acepta, que en relación con la pena sí se aplicó la más favorable que es la del Código que dejó de regir (quince a veinticuatro años), y no la del actual (dieciséis a treinta), insiste en el anotado motivo de favorabilidad deducido de la diferente descripción de la circunstancia de agravación punitiva en uno y otro códigos.

Para respaldar su planteamiento transcribe, en lo pertinente, una sentencia de la Corte de 9 de noviembre de 1960, en la que se establece la distinción entre las agravantes del delito de homicidio por indefensión que, separadamente, consagraba el anterior estatuto según se tratara de *crear* esa situación desfavorable para la víctima o de *aprovecharla* no habiendo sido el autor de ella (numerales 5º y 6º del art. 363), y concluye la censura en la siguiente forma:

"Si se ritúa como debe ser el proceso, al defensor, insisto, queda más fácil convencer al Tribunal Popular que el señor Ceballos en ningún momento procuró o buscó colocar al señor Restrepo en condiciones de inferioridad o indefensión. Es decir y más claro aún, si la honorable Corte se vio forzada a esclarecer el problema suscitado con las dos circunstancias de agravación punitiva, y por ello, andando el

tiempo, en el nuevo ordenamiento jurídico penal, se las fundió en el numeral 7º, quiere ello significar que tengo razón en cuanto a mis afirmaciones de que al redactarse en el cuestionario la causal 5ª del Código de 1936 que era el que regía para la época de comisión del ilícito, tal redacción beneficia al señor Ceballos y, por el contrario, la redacción como en definitiva apareció, con una norma proferida después de haber sucedido los hechos, lo perjudica, vale significar que el sentenciador de segunda instancia al confirmar el fallo del Juzgado Superior, aplicó al caso juzgado normas posteriores desfavorables y dejó de aplicar las disposiciones legales que le resultaban más favorables al señor Ceballos desconociendo de modo manifiesto el principio de favorabilidad de la ley penal consagrada en el artículo 26 de la Carta Política y reproducida en los artículos 6º del Código Penal y de Procedimiento Penal e incurriendo por lo mismo en una de las causales de nulidad de origen constitucional, por ello llamadas supralegales".

Pide que se case la sentencia y se precise en qué estado queda el proceso.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case el fallo impugnado pues ninguno de los cargos que se le formulan revisten la eficacia necesaria para afectar su validez.

Empieza el Colaborador Fiscal por reconocer como rigurosamente cierta la afirmación del recurrente en cuanto a la pasiva posición que asumió el apoderado de oficio de Jaime Ceballos, doctor Arnaldo Idrobo, frente a la defensa de éste, aunque le encuentra explicación atendible en el hecho de que el procesado desapareció desde la misma noche de los acontecimientos, habiendo privado, con dicha actitud, a su representante judicial de elementos de juicio indispensables para explicar su conducta.

Esa situación negativa de defensa, agrega el Procurador, pudo haber variado fundamentalmente en favor del sindicado cuando fue capturado el 25 de agosto de 1981 y nombró como defensor al doctor Elipzzo Vásquez, quien lo asistió a partir de ese momento, inclusive en la audiencia pública.

No obstante ello, aparte de la solicitud que este profesional del derecho presentó con miras a obtener la invalidación de las actuaciones relativas a la notificación del auto de proceder, por estimar que el edicto emplazatorio solamente permaneció fijado en la Secretaría durante nueve días y no por diez como lo ordena la ley, petición que fue negada por el juzgado en decisión que confirmó el Tribunal, se refugió, al igual que su acudido en una posición eminentemente negativa, orientada a predicar únicamente que se estaba actuando en un proceso viciado de nulidad por carencia anterior de defensa.

Fue así como desaprovechó las oportunidades procesales que le brinda la ley para solicitar la práctica de pruebas durante la audiencia y para pedir en el decurso de ésta al juez que las ordene (arts. 512 y 513 del C. de P. P.), y en su intervención en la vista pública ignoró por

completo los hechos y persistió en su táctica de seguir pregonando la susodicha nulidad. También el sindicado se abstuvo de explicar su comportamiento, amparado en el mismo planteamiento de orfandad defensiva en que se había visto situado a lo largo de la investigación.

Frente a esa postura destaca el Procurador la adoptada por el Fiscal quien, de manera amplia y objetiva, analizó la realidad procesal, para que, por ese modo, los jueces de conciencia tuvieran los elementos de juicio necesarios para valorar la conducta del procesado.

Los apartes centrales del concepto del procurador en cuanto a este primer cargo son los siguientes:

"Es deber de la Procuraduría Delegada destacar la magnífica intervención que tuvo en la audiencia el señor fiscal del Juzgado Primero Superior de Santander de Quilichao pues expuso ante el jurado en forma detallada e imparcial el desarrollo de los acontecimientos, analizó a fondo los testimonios de quienes estaban presentes en el momento de los hechos, e insistió ante el juez que presidía el acto público para que el acusado Jaime Ceballos ofreciera la versión de los acontecimientos. Además, la Secretaría de ese despacho judicial recogió con toda fidelidad las intervenciones de la audiencia, en prolija acta de 60 páginas que ilustran sobre manera el acto del juzgamiento".

"En resumen, es cierto que en la etapa investigativa el apoderado de oficio de Jaime Ceballos no tuvo ninguna intervención pero también lo es que el acusado eludió la acción de la justicia desde la misma noche de los acontecimientos, colocando al abogado Idrobo en la imposibilidad de actuar en forma efectiva en su favor por desconocimiento de sus explicaciones sobre lo acontecido. Además, como lo recabó el agente del Ministerio Público en la audiencia, la prueba en contra de Ceballos es realmente abrumadora e incontrastable no sólo en cuanto a la objetividad del homicidio sino también en relación con la culpabilidad".

"Pero como ya se dejó plenamente demostrado, el acusado Jaime Ceballos y su defensor en el juicio tuvieron varias oportunidades para controvertir la prueba de cargo y prefirieron guardar absoluto silencio. Aquél ni siquiera contestó las preguntas que le formuló el juez superior en cumplimiento del artículo 511 del estatuto procesal y su defensor tampoco se refirió a los hechos en la audiencia".

"En consecuencia, el motivo de acusación invocado está llamado a fracasar porque no es suficiente afirmar que no se practicaron pruebas o no se alegó en derecho en favor del acusado sino que es absolutamente indispensable señalar en concreto cuáles elementos de convicción debieron allegarse y cuáles los motivos jurídicos que excusaban la responsabilidad penal del acusado o al menos la atenuaban. El silencio y la inercia adoptados deliberadamente por acusado y defensor en la causa, en manera alguna fundamentan la impugnación propuesta en la demanda de casación". (fls. 32 y 33 *ibídem*).

En relación con el segundo cargo que el censor formula a la sentencia recurrida anota el procurador que éste pierde su consistencia si se observa, como puede comprobarse con la lectura de los folios 326, 327, 367 y 368, correspondientes a apartes de los fallos en

las instancias, que la pena impuesta al acusado se tasó con apoyo en el artículo 363 del Código Penal de 1936, y no con base en el nuevo estatuto. Por eso se partió del mínimo de quince años y el incremento de los seis meses obedece a que ya había sido condenado con anterioridad por otro delito de homicidio.

Además, aunque al jurado se le preguntó si el acusado había colocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o si se había aprovechado de esta situación, es claro que no se dedujeron en su contra ambas circunstancias de agravación, sino lo referente al aprovechamiento de las condiciones de indefensión que presentaba la víctima. Así debe entenderse la respuesta afirmativa del jurado, pues los juzgadores de instancia impusieron simplemente el mínimo de la pena (quince años); el aumento de los seis meses provino del anterior delito de homicidio, y no de otra circunstancia.

De esas consideraciones deduce que el cuestionario no produjo perplejidad ni ambigüedad en la defensa, la que, de otro lado, ni siquiera se refirió a los hechos.

Consideraciones de la Corte:

Cargo primero:

Nulidad por violación del debido proceso en razón de la carencia de defensa.

Se debe empezar por reconocer que durante la etapa sumarial el apoderado de oficio que le fue nombrado al sindicado no hizo cosa diferente de posesionarse, actitud que, como la han entendido los funcionarios en las instancias y el propio procurador ahora en la etapa del recurso, obedeció a la ausencia del sindicado quien no compareció un solo momento ante la justicia, lo que le impidió contar con elementos de juicio diferentes de los que ofrecía el expediente para poder suministrar una versión distinta de los hechos, y quizás a la táctica defensiva de prescindir de solicitar pruebas o interponer recursos que tal vez hubiesen consolidado aún más esa situación ya de suyo adversa al procesado.

En la causa procedió de igual forma el defensor de oficio, que fue el mismo del sumario, y fue así como ni apeló del auto de proceder ni solicitó pruebas.

Esa fue la situación que encontró el defensor de confianza que nombró el procesado al ser capturado, y, aunque tuvo oportunidad de modificarla si hubiese querido, pues podía acudir a la facultad que le otorga el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal para hacer comparecer a la audiencia pública a los testigos y peritos que habían declarado y actuado en el sumario, prefirió mantenerla, pues en virtud de lo comprometedora que aparecía la prueba recogida era preferible no correr el riesgo de resultar acentuándola en su grado de convicción.

Conviene recordar que con los testimonios de los que presenciaron los hechos quedó acreditado que fue Jaime Ceballos quien, ante el fútil motivo de sentirse molesto porque el occiso ordenó para él y sus acompañantes un servicio del licor que estaban tomando, vino

hasta la mesa de éste y la golpeó, lo retó a darse bala y le disparó cuando Restrepo, indefenso, se levantaba con los brazos en alto para evitar que el trago regado mojara su ropa. La única persona que dio una versión diferente no sólo fue desmentida por los otros declarantes y por las conclusiones de los peritos que intervinieron en la inspección judicial que se practicó en el lugar donde ocurrieron los hechos (fls. 166 y vto.), sino que, por aparecer que había faltado a la verdad, terminó vinculada a una investigación penal ordenada para esclarecer su conducta.

En presencia de una situación tan adversa a los intereses de su patrocinado, advirtió con claridad el apoderado que la única forma posible de encauzar su defensa era la de conservar intacta la realidad que ofrecía el proceso para alegar luego, en contra de ésta, la carencia de oportunidad para controvertirla en que se encontró el sindicado.

Solamente así puede entenderse que ni el defensor ni el procesado hubiesen solicitado que se le escuchara en declaración indagatoria, siendo que el Código de Procedimiento Penal lo autoriza en su artículo 384, y cuando lo natural y lo que hace toda persona vinculada a un proceso penal es pedir que se oiga su versión de los hechos y la explicación de su conducta, máxime si ha transcurrido el lapso de la investigación sin su presencia.

Unicamente así puede comprenderse la renuencia de Ceballos a hablar ante el juez y los jurados sobre los hechos y su participación en ellos, y la posición conscientemente asumida por el defensor de ignorar la realidad probatoria, a tal punto que ni siquiera pidió en la audiencia la lectura del testimonio de quien daba la versión que favorecía a su acudido (Lucila Vallejo González), para orientar toda su intervención hacia la nulidad de la actuación por ausencia absoluta de defensa para Ceballos.

Por ello puede afirmarse que si el proceso no ofrece enfoque diferente en cuanto a los acontecimientos y la responsabilidad del sindicado en los mismos, esto obedece a que ni Ceballos ni su defensor lo suministraron, al encerrarse aquél en su voluntario silencio y al ignorar éste en forma consciente al acervo probatorio, en calculado y acorde plan defensivo, pues no de otra manera pueden entenderse lógicamente esas respectivas actitudes.

Tal vez así se explique también por qué el defensor que nombró el sindicado, no pidió, cuando hizo su solicitud de invalidación de lo actuado por indebida notificación del auto de proceder, igualmente la nulidad de todo el proceso por ausencia de defensa en la etapa sumarial, siendo que esta última solicitud, dada la amplitud de sus efectos, hacía innecesaria la que sí formuló.

Pudo haberlo hecho en esa ocasión, pero habría dejado sin piso el plan que se había trazado como el más indicado que encontraba para defender a Ceballos, en consideración al peso de la prueba y al

obstáculo defensivo que había representado su ausencia a lo largo de todo el período de la instrucción.

Hablando del derecho de defensa dijo recientemente la Sala:

"El *'ius puniendi'* como potestad del Estado supone en éste el poder de adelantar, por intermedio del órgano competente, todas las diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho presuntamente delictuoso en orden a establecer si en verdad existió, si entraña ilicitud sancionable penalmente, quién lo cometió y en qué circunstancias, todo con miras a imponer al responsable la condigna pena por su conducta reprochable.

"Por su parte el sindicado tiene derecho a explicar su comportamiento y a que le sea valorado de acuerdo con la realidad procesal y dentro de los estrictos límites de lo justo.

"Su defensa debe tener, entonces, fundamentalmente ese objetivo, pudiendo aprovechar en su favor las deficiencias de la investigación y guardar silencio, si lo prefiere, o manifestar que ignora los hechos o que no le constan, pero no desorientar maliciosamente la averiguación o tergiversar sus resultados" (sentencia de 12 de abril de 1984).

Luego, *entre los medios de defensa a que puede acudir un procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de investigación y su participación en él. Pero si se acude a este recurso defensivo, débese igualmente asumir los riesgos y consecuencias que de él se deriven, sin que se pueda, luego, pretender alegar como ausencia de defensa esa actitud que conscientemente se asumió.*

En el caso que se analiza, la justicia no le negó a Jaime Ceballos las oportunidades para explicar su conducta. En primer lugar, hizo todo lo posible por localizarlo, ya que él desapareció desde el momento en que quedaron consumados los hechos y no quiso concurrir voluntariamente ante las autoridades. El expediente es pródigo en constancias sobre ese esfuerzo del juez y de las demás autoridades por no adelantar un proceso sin la presencia del sindicado. Así puede comprobarse si se observan los folios 16 a 33, 35, 37 a 44, 63 a 65, 67, 68, 73, 85, 86, 89, 91, 95, 97, 105, 106 a 109, 112, 135, 172, 179, 191, 225, 228, 229 y 231, los cuales se refieren a órdenes de captura, a reiteración de las mismas, a requerimientos e informes sobre resultados y a allanamientos. Posteriormente hubo de ser emplazado tanto en la etapa del sumario como en la del juicio y fue declarado reo ausente y provisto de defensor de oficio.

De suerte que la justicia no se desentendió de él y estuvo siempre pendiente de su comparecencia para escucharle la explicación acerca de su conducta.

A todas las personas que se encontraban esa noche en el establecimiento donde se cometió el homicidio se les llamó a declarar, y no para que lo hicieran en un determinado sentido, sino para que refirieran la forma en que éste acaeció, de acuerdo con lo que les constara. Al advertirse la discrepancia entre estos testimonios y el de Lucila Vallejo González, persona que compartía con Jaime Ceballos su mesa de diversión, se ordenaron y practicaron los careos respec-

tivos. Finalmente, para dar piso objetivo o restárselo a todas esas declaraciones, se dispuso y se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial de reconstrucción de la forma como ocurrieron los hechos, y el correspondiente dictamen fue puesto en conocimiento de las partes.

No hubo, por tanto, interés el más mínimo de parte de los funcionarios que conocieron de esta investigación por dejarla en mitad del camino sobre el fácil presupuesto de la ausencia del sindicado, sino que se realizó cuanto esfuerzo fue posible por llevar al expediente todos los elementos de juicio que permitieran explicar como ocurrieron los hechos y cuál y de qué modo fue la participación en ellos de sus principales protagonistas, esto es, procesado y occiso.

Por manera que la pasividad del apoderado de oficio no empeoró o agravó la situación de Ceballos, ni la hizo más difícil de explicar. Fueron los hechos, en la forma como se sucedieron, y los testigos, al refrendarlos con sus afirmaciones, los que constituyeron esa dura realidad procesal, en verdad muy comprometedora, prácticamente imposible de variar.

Por eso, todo tiende a indicar que el defensor de confianza designado por el sindicado, consciente de esa insoslayable situación, optó por no hacer uso de oportunidades procesales de que aún disponía para controvertir la prueba, como la petición de hacer comparecer a testigos y peritos a la audiencia pública, y auspició la actitud negativa que asumió Ceballos ante sus jueces en la vista pública, porque allí radicaba la defensa posible de éste, en presencia de la abrumadora carga de convicción de la prueba en su contra.

Tan convenida estaba entre ambos esta táctica defensiva que el apoderado no tuvo inconveniente, sabiendo que en parte lo comprendía también a él, de plantear su reto al jurado de que conderan a su poderdante si encontraban siquiera "una sola coma" alegada en su favor de parte de quienes lo asistieron en el sumario y en el juicio (fl. 305 del cuaderno principal).

Tan era una forma de defensa, mutuamente acordada, esa de refugiarse el uno en su silencio y el otro en el desconocimiento de la realidad procesal, que el apoderado pudo decir al concluir su actuación en la audiencia:

"Señor Jaime Ceballos le agradezco mucho que usted me hubiera permitido *asumir su defensa,* para mí ha sido una profunda satisfacción poder una vez más ponerme de parte de la ley, porque vuelvo y repito que los abogados somos la ley en pie de guerra y este es un reto que lo damos a cualquiera, estamos dispuestos a coger banderas, pero este reto de que somos la guerra no lo voy a entregar fácilmente, porque mientras piense que la ley esté de mi parte no arreo banderas, no acostumbro a arrear banderas bajo ningún aspecto mientras tanto que la bandera de la legalidad, de la ley, de la honestidad y de la verdad sea siempre izada en los más altos pabellones de la inteligencia" (fl. 309 *ibídem.* Subrayas fuera de texto).

Luego, entendió que había cumplido con lo acordado; que había defendido en la forma viable que había encontrado para hacerlo. Por-

que no otra cosa puede significar asumir la defensa de alguien. Esto es, tomarla a su cargo, bajo su cuidado, en una palabra: ejercerla.

A través de ese planteamiento, en apariencia negativo, pretendió llevar a la mente de los jurados el convencimiento de que no existía prueba válida dentro del proceso para condenar a Ceballos, pues las que en él obraban carecían de eficacia legal por haberse practicado sin oportunidad de controversia por parte del acusado.

Ese tiene que ser el verdadero sentido que ha de darse al "NO" que impetró de los jueces de conciencia, para el cuestionario, así lo hubiese referido a la ausencia de enjuiciamiento legítimo, pues no cabe pensar que estuviese, por ese modo, buscando un pronunciamiento de nulidad, pues no podía escapar a su conocimiento que esa no es función ni atribución del jurado.

Pero como a los jueces de conciencia no les faltaron los elementos de juicio requeridos para valorar la conducta sometida a su consideración, pues el fiscal analizó amplia, objetiva e imparcialmente la realidad probatoria que recogía el proceso; y como ellos conocieron, por ese estudio que se les hizo del expediente, la contumacia de Jaime Ceballos para concurrir ante la justicia a explicar su comportamiento, sin que pudiera alegar ignorancia en cuanto a la necesidad de su presencia, dada su participación en los hechos; y como, igualmente, les correspondió contemplar la reiteración de su actitud renuente al negarse a hablar ante ellos, afirmaron su responsabilidad, en clara respuesta a una posición defensiva conscientemente adoptada por el procesado y su representante judicial.

Es cierto que el derecho de defensa debe estar presente y hacerse actuante a lo largo de toda la investigación, pero su primordial manifestación, o sea aquella sin la cual tendría que hablarse de nulidad por conculcamiento del debido proceso, como que aquel constituye uno de sus insustituibles presupuestos, es la de la causa o período del juicio, por ser entonces cuando se tiene en frente un cargo concreto formulado por el Estado, y del cual debe responder el acusado.

Y en esa oportunidad procesal tuvo defensa Jaime Ceballos, concebida, como se ha dicho repetidas veces en esta providencia, en la única forma viable que encontraron él y su abogado para tratar de obtener de los jueces de conciencia una respuesta negativa al cuestionario, como fruto de la convicción que aspiraron a crear en ellos de una ausencia total de pruebas válidas, por no haber sido controvertidas por el sindicado.

Fue un recurso defensivo al que podían acudir, sólo que no les produjo el efecto buscado, como pudo haber sucedido frente a cualquier otro enfoque que hubiesen hecho de la defensa. Pero no es de recibo emplear el medio y luego, ante sus resultados adversos, erigirlo, a su vez, en causa de ausencia de defensa para fundamentar también en esto la pretendida nulidad.

Sobre la amplitud del ejercicio del derecho de defensa dijo la Sala en sentencia de 23 de enero de 1975:

"La actividad de la defensa dentro del proceso penal supone un plan preordenado dentro del cual el abogado ejerce cabalmente su

función, bien sea interponiendo recursos o absteniéndose de hacerlo; planteando determinadas tesis en el acto de la audiencia o propugnando por otras; solicitando la práctica de pruebas o asumiendo una actitud pasiva sobre este particular.

"La forma cómo se ejerce la defensa en las diversas etapas del proceso es compleja, y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados. Sostener que se violó el derecho de defensa consagrado en la Constitución por la sola circunstancia de no haber logrado las pretensiones de las partes a pesar de la actividad desplegada para imponerlas, es peligroso criterio que socava las bases jurídicas del juzgamiento, y deja desprotegida a la sociedad" (*Gaceta Judicial*, Tomo CLI, número 2392, enero a diciembre de 1975, págs. 12 y 13).

Como final consideración para desestimar este cargo conviene recordar, con el colaborador fiscal de la Sala, que cuando se alega una nulidad como la analizada en este caso, para que pueda prosperar no es suficiente "afirmar que no se practicaron pruebas o no se alegó en derecho en favor del acusado, sino que es absolutamente indispensable señalar en concreto cuáles elementos de convicción debieron allegarse y cuáles los motivos jurídicos que excusaban la responsabilidad penal del acusado o al menos la atenuaban".

La censura no prospera.

Segundo cargo:

Aplicación de normas posteriores a la ocurrencia de los hechos y menos favorables.

Para el impugnante, según se desprende de su argumentación al sustentar esta censura a la sentencia, se desmejoraron las condiciones de la defensa al no haber formulado el cuestionario, en lo que a agravaciones respecta, con fundamento en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal de 1936 (poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad), y haberlo hecho en cambio con apoyo en el numeral 7º del nuevo estatuto penal (colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación).

Esas afirmaciones obedecen a los siguientes supuestos: 1º) Que el juez aludió en la parte motiva del auto de enjuiciamiento al numeral 5º del artículo 363 del Código Penal derogado, de donde parece deducir el recurrente la intención del funcionario de ubicar la agravación de la conducta del procesado no en el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, sino en la creación de tal situación por parte del sindicado, circunstancia que no reflejó luego el cuestionario, pues las consideró ambas. 2º) Que resulta más expedito para la defensa llevar al convencimiento del jurado que el agente no fue el autor de la circunstancia desfavorable, que tenerle que comprobar el aspecto contrario, o sea que no la aprovechó.

En cuanto al primer punto cabe observar que si el juez citó en la parte expositiva de su auto calificatorio el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal de 1936 lo hizo para establecer, con jurisprudencia

que transcribió de la Corte, las diferencias existentes entre los conceptos de indefensión e inferioridad, concebido aquél como la carencia absoluta de defensa, y éste como la desigualdad entre los medios empleados por el homicida y aquellos de que disponía la víctima para repeler la agresión. Esto, para deducir, como hay que colegirlo del contexto del proveído, que Restrepo se encontraba en un verdadero estado de indefensión y no simplemente en circunstancia de inferioridad. Pero en cuanto a si Ceballos creó o usufructuó esa condición de indefensión, el juez entendió que se trataba del segundo aspecto, como claramente se desprende del siguiente párrafo del auto enjuiciatorio:

"Fue la futilidad del motivo por el cual reaccionó Jaime Ceballos, la manera como atentó contra la vida de un ciudadano y las circunstancias en que éste se encontraba, las que llevan al juzgado a pregonar que fue éste, el homicidio aquí perpretado. La víctima en ese momento se encontraba en estado de indefensión, fue cogida desprevenida, todo esto comprobado, no sólo por las declaraciones recibidas, sino también por el estado en que se encontraba el cadáver, esto es, sin ningún arma, tan desprevenido se encontraba de que fuera a ser víctima de este atropello que fue encontrado entre sus dedos, la colilla del cigarrillo que consumía, cuando se le segó la vida" (fls. 212 vto., del cuaderno principal).

Así lo entendió también el propio representante de la parte civil según lo dejó consignado en el alegato que presentó al cierre de la investigación (fls. 184 y 186 *ibídem*).

En cuanto al segundo aspecto, cabe anotar que no es propiamente la forma como esté redactada una norma lo que facilita la defensa, sino principalmente las pruebas existentes y la interpretación que se haga de la manera como ocurrieron los hechos. Tan factible resulta acreditar que el sindicado no creó el factor de indefensión, como comprobar que no lo aprovechó, siempre que los elementos de juicio permitan hacerlo. Se trae esta consideración para responder la censura, pues esa situación no interesó a la defensa, ni limitó sus oportunidades de éxito, ya que no fue el del análisis de la realidad procesal el camino escogido por el abogado como medio o recurso defensivo.

No existe diferencia sustancial, aparte de la pena, en la manera como describen el Código anterior y el actual tanto el tipo básico del homicidio como su forma agravada. En aquél se excluyó la alusión al propósito de matar, pues él va ínsito en el dolo, y en éste se suprimió la expresión asesinato, pues como la misma norma lo decía se trataba de una simple denominación.

En cuanto a las circunstancias de agravación por la indefensión o la inferioridad de la víctima, el nuevo estatuto no hizo cosa diferente de ubicarlas en un mismo numeral con prescindencia de ejemplos, reconociendo por ese modo lo que ya la jurisprudencia y la doctrina habían entendido, o sea, que aunque no es lo mismo colocar a una persona en situación de desventaja para su defensa que usufructuar esa circunstancia no habiéndola creado, sí es idéntica la gravedad del comportamiento, pues en ambos casos se expresa la insensibilidad con que puede el agente y el ánimo cobarde y ventajoso que exhibe al actuar a cubierto de cualquier riesgo, desencadenándolos todos, en cambio, sobre la víctima.

El aspecto sí preocupante desde el punto de vista de la favorabilidad, que es el de la pena, quedó a salvo, pues desde el momento mismo de la calificación había dado la voz de alerta el fiscal en su concepto (fls. 198 vto., 199 *ibídem*), y se procedió en la forma indicada por él, pues si bien se enjuició con fundamento en el nuevo Código, por estar vigente para esa época (2 de mayo de 1981, fls. 204 a 215 vto. *ibídem*), y por ser substancialmente igual en ambos estatutos la figura delictiva por la que se llamaba a juicio, se impuso en cambio, al proferir sentencia, la pena que establecía el anterior por ser más benigna. Por eso se partió del mínimo de quince años y no del de dieciséis, que es el que contempla el nuevo Código en su artículo 324. Los seis meses de aumento obedecieron al antecedente que le resultaba del anterior homicidio, tomado no como reincidencia sino como factor de individualización de la pena, al tenor de lo qué dispone el artículo 61 (fl. 326 vto., cuaderno principal).

Este punto lo analiza con toda claridad el Tribunal en el fallo recurrido (fls. 364 a 365 *ibídem*).

Por estas razones y también porque la censura en la forma como está propuesta, constituye más una tacha por violación directa de la ley sustancial en razón de aplicación indebida que una nulidad, lo que implicaría falta de técnica pues no se propuso dentro de la órbita de la causal primera, habrá de desestimarse.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, 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.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DEFENSOR DE OFICIO
INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION

Es de su competencia representativa introducir alegación en la segunda instancia y ejercer la impugnación extraordinaria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 33 de 8 de mayo de 1984.

Vistos:

Sintetizándose el contenido y trámite de los numerosos incidentes a que se refieren estas copias, expedidas para surtir un recurso de hecho presentado por el procesado *Hugo Fernando Ospina Gaitán,* se tiene:

1. El Juzgado Doce Superior de Bogotá, por el delito de "falsedad en documentos privados", impuso (noviembre 22 de 1982) a Hugo Fernando Ospina Gaitán, dieciocho meses de prisión;

2. Por *"apelación interpuesta por el defensor de oficio",* conoció la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que tiene como sustanciadora a la magistrada Edilma Celly de Suárez, la cual en sentencia de 12 de abril de 1983 (fls. 1 a 17), confirmó el mencionado fallo;

3. En tiempo oportuno el mismo defensor de oficio manifestó que recurría en casación (fl. 20). La ponente, en auto de 3 de junio, por existir constancia de pertenecer el defensor de oficio al "Consultorio Jurídico de la Universidad Nacional de Bogotá, situación que lo imposibilitaría conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 196 de 1971, para interponer el recurso extraordinario de casación", exigió que presentara la correspondiente tarjeta profesional. Como el requerido no pudo cumplir este requisito, el Tribunal, en proveído de 15 de junio, negó la concesión del ameritado recurso (fls. 24 y 25);

4. En decisión de 22 de julio, aludiéndose además el artículo 31 del citado Decreto 196 de 1971, no se repuso el auto de 15 de junio. Allí se dijo: "...Por consiguiente, como el recurrente, señor Carlos Julio Roa Hernández, no está habilitado para actuar en segunda instancia, en el presente caso ante el Tribunal, menos para interponer el recurso extraordinario de casación, la Sala de Decisión, no accederá a reponer su providencia del quince de junio del presente año";

5. Invocando el sentenciado la no ejecutoria de las precedentes resoluciones, por suspensión de términos en el Tribunal (18 de julio a 18 de agosto), introdujo él mismo el recurso de casación (fl. 34);

6. El *a quo* (febrero 9 de 1984, fls. 84 a 89) afirmó que los acuerdos del Tribunal, en cuanto a la suspensión de los términos, dejaron a salvo los procesos "que se encuentran a despacho de los magistrados para decisión o trámite, los cuales pueden ser evacuados dentro de los días señalados". De allí que era factible dictar la providencia censurada, pero no podía surtirse su notificación por la Secretaría, y como consta que este enteramiento se efectuó "en los días 27 y 29 de julio la notificación del auto de 22 del mismo mes, esa actuación es inexistente y por lo tanto se revocará la primera parte del numeral primero del auto apelado (octubre 25 de 1983) y en donde el *a quo* negó la devolución del expediente para ese efecto". También se dice que, en cuanto a la sentencia que se trata de impugnar, se encuentra debidamente notificada (abril, al fiscal y mayo, por edicto, a las demás partes), ya que "la ley prevé la notificación personal al 'procesado que estuviere detenido' y en este caso, cuando se profirió la sentencia acabada de mencionar, Hugo Fernando Ospina Gaitán no estaba privado de libertad por esta causa criminal, ni la Sala tuvo conocimiento que lo estuviera y sólo lo supo el 4 de octubre de 1983 cuando la Secretaría recibió el oficio visible a folio 492 del cuaderno principal, por medio del cual fue puesto a disposición del Tribunal en la Cárcel Nacional Modelo. Para esa fecha la sentencia de segundo grado ya estaba ejecutoriada e inclusive resuelta la reposición propuesta contra el auto de junio 15 del mismo año, por medio del cual se negó el recurso de casación. En estas condiciones no había manera legal de notificarle personalmente las providencias mencionadas ni ahora puede retrotraerse la actuación ante la tardía aparición del sentenciado Ospina Gaitán, quien bien sabía sobre la existencia de este proceso"; y, finalmente,

7. El Tribunal, en auto de 24 de marzo de 1984, dijo:

"...A. Dispone el inciso final del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, que:

"'...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 APELACION, la consulta o el recurso de hecho NO PROCEDE RECURSO ALGUNO' (mayúsculas de la Sala).

"Y como en los tres primeros numerales del auto de febrero 9 del año en curso se decidió la impugnación que el mismo procesado presentó contra el auto de octubre 25 de 1983 dictado por el Juzgado Doce Superior de Bogotá, por mandato expreso de la norma transcrita, contra él no procede recurso alguno y por lo tanto, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento al respecto.

"B. En relación a lo ordenado en el punto cuarto de la misma parte resolutiva del auto de febrero 9 y que toca con el no otorgamiento del recurso extraordinario de casación por extemporáneo, contra la sentencia de abril 13 de 1983 proferida por el Tribunal, no se revocará lo allí dispuesto, pues la argumentación que trae el recurren-

te Ospina Gaitán no se ajusta a la realidad, ya que de la observación de las constancias secretariales que obran al folio 31 del cuaderno del Tribunal, el término previsto por el artículo 573 del Código de Procedimiento Penal para interponer el recurso extraordinario de casación transcurrió entre el 10 y el 27 de mayo de 1983 y dentro de él el sentenciado no lo interpuso.

"Es bueno recordar que dicho recurso fue presentado dentro del término por el señor Carlos Arturo Roa Hernández, pero al carecer éste del *ius postulandi* por mandato del Decreto 196 de 1971, se le negó con auto de junio 15 y al haberse interpuesto contra ésta decisión el recurso de reposición, por providencia de julio 22 se mantuvo la determinación.

"Ahora bien: como Ospina Gaitán manifiesta que en el evento de que dicho numeral cuarto no se revoque, '...subsidiariamente pide que se me expida copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes del proceso, que en este caso, sería todo lo actuado después de la sentencia de segunda instancia, incluida ésta...' para llenar la ritualidad prevista en el artículo 204 de Código de Procedimiento Penal, lo que significa que interpone el recurso de *Hecho* para ante la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, el Tribunal al considerar que tal pedimento se formuló dentro de la notificación del auto de julio 22 de 1983 y teniéndolo como complementario al recurso de reposición (fl. 40 del cdno. del Tribunal) que se interpuso contra la providencia de junio 15 del mismo año, que negó la concesión del recurso extraordinario de casación, accederá a expedir las copias, lo que se hará, conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 204 ya citado, dentro del término improrrogable de cinco (5) días, las que serán enviadas inmediatamente al Superior. Dichas copias comprenderán desde la sentencia de abril 13 de 1983 inclusive y de allí en adelante, teniendo en cuenta que la actuación obra tanto en el cuaderno principal como en el de segunda instancia..."

De ahí, entonces, que negara la reposición del auto de 9 de febrero de 1984.

Para resolver la Sala considera:

La interpretación de los artículos 30 y 31 del Decreto 196 de 1971, resultaría válida, en la restrictiva interpretación que le otorga el Tribunal, si la misma correspondiera a una invariable línea de conducta aplicada a todo el trámite de la segunda instancia del proceso seguido a Ospina Gaitán. Pero si por el contrario, es decisión final que trata de sofocar irregularidades cumplidas por la propia autoridad judicial en detrimento de los derechos del sentenciado, entonces esa restringida solución no puede merecer acogida y respaldo. En efecto, no es posible aceptar que el trámite de segunda instancia, en cuanto a la asistencia de un apoderado con todas sus atribuciones, se cumplió satisfactoriamente, hasta el punto de no quebrantar el derecho de defensa (debido proceso); pero luego cuando se trata de la interposición del recurso de casación, se diga, por el propio Tribunal, que ese apoderado apenas podía actuar en la celebración de la audiencia de primera instancia, sin que fuera de su competencia representativa in-

troducir alegación alguna en la segunda y menos impugnar en la forma como lo hizo tal defensor de oficio, nombrado por el Juzgado Doce Superior de Bogotá. En este reconocimiento se evidencia una contradicción imperdonable, que resulta tanto más criticable cuanto que a expensas de la misma se trata de restarle definitivos derechos de impugnación al procesado. Cabría preguntar, entonces, por qué el Tribunal conoció de la apelación interpuesta por el defensor de oficio, si éste limitaba su actuación a funciones propias y exclusivas de audiencia?; y con cuál apoderado se surtieron las notificaciones de rigor, en el trámite de segunda instancia, si en el juzgado superior ya había terminado su posible intervención? Lo menos que pudo hacer el Tribunal, para enmendar tamaños errores y agravios, si quería persistir en su tozuda posición, era ordenar un nombramiento de apoderado de confianza o de oficio, para surtir con éste la notificación de la sentencia o, mejor, permitir la impugnación extraordinaria, porque si ésta podía realizarla el procesado, en atribución que nadie osa negar, también podía hacerla el que tenía la condición no infirmada de defensor de oficio, asistente como tal a toda la tramitación de la segunda instancia.

El apego a la ley no puede ser fraccionario para imponer consecuencias segmentadas, más cuando de esa valoración la parte de los perjuicios y desfavorabilidades se impone como carga al procesado. El rigor interpretativo está bien cuando el mismo impregna y orienta toda la valoración y no involucra errores, omisiones, contrasentidos o desconocimientos de la ley por parte del funcionario, los cuales se dejan de escrutar y sopesar en el cálculo completo del análisis jurídico.

Aceptar la tesis del Tribunal lleva a gravar a Ospina Gaitán con desvíos que no fueron obra propia, ni estuvo en su voluntad remediarlos y a dejarle, en este plano, mermados sus derechos y garantías que, de prosperar la tesis del Tribunal, no encontraían posibilidad alguna de enmienda.

En efecto, *dar por cabal la tramitación de segunda instancia, en cuanto a la existencia de apoderado o defensores, y luego rechazar este mandato cuando se trata de oír impugnaciones, equivale a excluir el único medio que se tiene para censurar lo que ha sido fundamento de la negativa a conceder el recurso interpuesto. Es, ni más ni menos, que estimar simultáneamente que se tiene y no se tiene apoderado o defensor, cuando el procedimiento exige, perentoriamente, su participación.*

Lo lógico y consecuente es advertir, en esta consideración general del trámite cumplido, que Ospina Gaitán estuvo debidamente asistido y, en consecuencia, aceptar que su defensor de oficio podía interponer el recurso de casación indebidamente rechazado.

Otro aspecto incorrectamente evaluado por el Tribunal y que le ha llevado a desentenderse del recurso de casación interpuesto por el sentenciado (noviembre 14 de 1983), es el considerar que, a pesar de la privación de libertad que padecía Ospina Gaitán, por otro negocio y por otra autoridad, el Tribunal, que ignoraba esta situación, debía inaplicar el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal. Pero, este desconocimiento de una situación personal que refluye en aspectos

procesales de esencia, puede explicar la iniciación o cumplimiento de una actuación, mas no fundamentar su mantenimiento, así se crea que ha surgido el fenómeno de la ejecutoria. Este no puede darse cuando se conoce una situación que lo afecta y hace inoperante. Debió reconocerse así y evitar este conflicto con soluciones repetidamente inadecuadas.

A la ley de procedimiento penal no le interesa por cuenta de quién se halle privado de libertad un procesado, sino la verificación del hecho que le impide al interesado en escuchar una notificación acudir a recibirla o, al menos, estar en posibilidad de asumir el efecto de los enteramientos denominados fictos (estados, edictos). Tampoco fija la ley, como factor de aplicación del artículo 184 citado, que el procesado debe dar cuenta oportuna de su encarcelamiento, ni que la omisión de este aviso por quien realmente tiene esta obligación, o su tardía aparición, le afecte en sus derechos. Cuando se llega a conocer estos sucesos, corresponde derivar todas sus consecuencias, mas en el caso examinado en el cual la noticia pertinente se produjo cuando todavía se controvertía la procedencia del recurso de casación interpuesto.

Lo dicho es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelva revocar la decisión del Tribunal y conceder el recurso de casación que fuera interpuesto en favor del procesado Hugo Fernando Ospina Gaitán. Se ordena remitir el mencionado expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAUSAL 3ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

VEREDICTO POR MAYORIA POR UNANIMIDAD

Esto no quiere decir que cada jurado no pueda señalar individualmente su respuesta, quitándole al juez, en estos casos, la valoración definitiva de esa múltiple contestación, para ver si las mismas expresan un criterio concordante sin excepciones o por el contrario deduce más bien, una admisible respuesta de mayoría

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 34 de mayo 15 de 1984.

Vistos:

En auto de 26 de octubre de 1983, se admitió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Omar de Jesús Arango Muñoz,* a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (julio 5 de 1983), impuso, por el delito de homicidio en Francisco José Montoya Monsalve, diez (10) años de prisión.

Luego (febrero 7 de 1984) se declaró ajustada a las formalidades de la ley, la correspondiente demanda.

Se define el recurso.

Los hechos tuvieron ocurrencia en las horas de la mañana del día 8 de mayo de 1982, y la muerte de Montoya se produjo como consecuencia de los dos disparos de revólver que le hiciera Arango Muñoz. La investigación fue avocada por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Pereira, siendo calificado este comportamiento de homicidio simplemente voluntario, por el Juzgado 4º Superior de Pereira (agosto 19 de 1982).

La respuesta del jurado (fl. 138) aparece redactada así:

"Sí es responsable. Sí es responsable en exceso de legítima defensa. Sí es responsable", luego de lo cual aparecen las firmas de los tres jurados de conciencia.

El Acta de Audiencia determina (fl. 151) que, una vez terminada la deliberación, "...hicieron entrega del cuestionario con las siguientes respuestas: 'Sí es responsable' por mayoría y 'Sí es responsable en exceso de legítima defensa' contestó el tercero. Leído al público en alta voz el veredicto por la Presidencia, el señor defensor, con la venia del juez y en presencia de las demás partes, solicitó al jurado una aclaración; uno de ellos respondió que el veredicto era bien claro: Dos contestaron 'sí es responsable' y el tercero dijo: 'Sí es responsable en exceso de legítima defensa'. De esta manera se dio por terminada la audiencia..."

El juzgado en mención encontró procedente e indubitable esta respuesta y profirió la correspondiente sentencia condenatoria (diez años de prisión), que lleva fecha de 28 de abril de 1983.

La demanda:

Al amparo del numeral 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formula un único cargo y que consiste en advertir que la sentencia proferida se apoya en una veredicción contradictoria.

El censor anota textualmente: "...Del examen atento y adecuado, esto es, que no pierda de vista la necesaria *finalidad de las leyes*, de los artículos 535 y 536 del estatuto procesal penal se sigue que, consideradas aquellas dos sucesivas etapas de la función del jurado, *deliberación* y *veredicto*, aquella *debe* siempre ser *colectiva*; mientras éste *podrá* formularse así mismo, o sea, *colectivamente (unanimidad)*, o *individualmente*, cuando suscrita aparte cada respuesta por el respectivo juez de hecho, la decisión *(o veredicto)* llegue a *adoptarse por mayoría de votos*. No parece caber otra forma de *exégesis* (mera exégesis, y respeto a la ley) ante esos imperativos procesales. Porque, el *veredicto* no es voto o expresión de uno o varios de los miembros del jurado, *sino de éste integral*, ora unánime, ora mayoritariamente. En el presente caso, la interpretación del texto escrito de la respuesta al cuestionario, de los jurados, que aparece al folio 138 original del cuaderno principal del expediente, como pronunciamiento *mayoritario* del *iuri*, es ostensiblemente improcedente, aún arbitrario, pues no resulta en su presencia ranozable encontrar en el mismo un tríptico de cada uno de cuyos elementos se hubiese responsabilizado el respectivo miembro del tribunal popular, en lugar, como debió ser, de una compleja proposición anfibológica, que definitivamente se incorporó en los autos. Es verdad que al folio 161 *ibídem*, el funcionario del conocimiento apunta, 1º, 2º, para refutar la inexistencia de pluralidad de veredictos (de votos, diríase) alegado por el señor defensor durante su actuación, que las respuestas no están separadas por puntos, y que el jurado respondió estableciendo un veredicto mayoritario de responsabilidad a la inquietud del juez sobre el sentido de la formulación escrita del *iuri*, conocida a folio 138 del expediente. Pero, el realmente intrascendente detalle de la puntuación, allí es poco menos que imperceptible; y la mayoría de votos no puede sostenerse, según lo expuesto, y porque a folio 151 del expediente original (Acta de la audiencia pública), se aprecia claramente que quien interrogó al jurado, así fuese

con la venia del juez, *fue el señor defensor*, solicitando una *aclaración, y la respuesta provino de uno (1) de los miembros del jurado (!).*

"Falta agregar que, conceptual y ontológicamente, como lo predican autorizados y eminentes doctrinantes de nuestra jurisprudencia penal, lo *contradictorio*, para aludir a los veredictos determinantes de esta la causal tercera de casación del Código Procesal Penal, no es meramente lo intrínseca o esencialmente conflictivo en los términos de aquel saludable y universal principio, según el cual nunca una cosa puede ser y no ser a un mismo tiempo; *sino también lo inexistente* es decir, aquello que, por absurdo *o por confuso* no llega a nacer como calificativo de una determinada conducta en el ámbito jurisdiccional para referirnos concretamente a este caso. La razón axial de este criterio diáfano, no es solamente que desde un punto de vista procesal lo inexistente resulta apenas una especie de lo contradictorio, que sería un género, sino que los dos términos, en el ámbito de la institucionalidad, y de las civiles garantías, y de los predicados de la misma Constitución, expresan una tangible y soberana *equivalencia*, de imposible desacato y olvido..."

Termina diciendo que "en el caso de la supuesta *mayoría* de votos en el jurado, dónde se individualizaron esas respuestas?".

De ahí que se demanda la aplicación del artículo 583, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto de la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal:

En su aparte esencial, se indica: "...Resulta claro que los tres jurados resolvieron escribir cada uno sus respuestas a la cuestión que les propuso el juez superior. Ellas están separadas por puntos y dos coinciden exactamente, constituyendo así veredicto de mayoría: 'Sí es responsable'. La otra contestación reconoce la legítima defensa pero en exceso. El defensor solicitó aclaración antes de terminar el acto público y uno de los jurados le contestó 'que el veredicto era bien claro' pues dos respondieron 'sí es responsable' y el tercero dijo 'sí es responsable en exceso de legítima defensa'. Quien propuso la inquietud suscribió el acta sin objeciones.

"Más tarde, el defensor de Arango Muñoz resolvió plantear la contradicción del veredicto sin éxito pues los juzgadores de instancia interpretaron correctamente las tres respuestas de los tres jurados. Resulta claro que la defensa ensayó un recurso extremo en orden a favorecer al acusado cuya responsabilidad penal admitió el jurado por mayoría.

"El Ministerio Público comparte los comentarios que sobre el veredicto aparecen en los fallos de instancia.

"La responsabilidad de Omar de Jesús Arango se declaró por dos jurados y el tercero se inclinó por una de las respuestas que le sugirió el defensor en el acto público.

"En estas condiciones aparece evidente que se trató de un veredicto de mayoría pues de los tres jurados de conciencia dos recono-

cieron la responsabilidad penal del procesado y el tercero admitió una causa de justificación pero en exceso.

"No está por demás agregar que en opinión del Ministerio Público la contestación mayoritaria se ajusta a la verdad procesal..."

Consideraciones de la Sala:

Los comentarios de la delegada, que acaban de transcribirse, constituyen una interpretación fiel y rotundamente admisible tanto de los aspectos probatorios existentes como del valor jurídico de los mismos y del alcance de la impugnación estudiada. En su concepto, tan exacto como breve, se encuentra la debida solución de la cuestión debatida no sólo en las instancias, sino ante la Corte. De ahí que la Sala prohije, por entero esta opinión y se limita a agregar unas sucintas consideraciones.

Usualmente, tal vez siguiéndose la orientación general que señalan los artículos 535 y 536 del Código de Procedimiento Penal, la respuesta coincidente, adoptada por unanimidad o por mayoría, se redacta en forma unitaria para una u otra eventualidad. Pero esto no quiere decir que cada jurado no pueda señalar individualmente su respuesta, quedándole al juez, en estos casos, la valoración definitiva de esa múltiple contestación, para ver si las mismas expresan un criterio concordante sin excepciones, o por el contrario deduce, más bien una, admisible respuesta de mayoría. El artículo 536 citado, aparenta un mandato distinto, al punto de pensarse, sugestivamente, que la decisión mayoritaria debe escribirse de modo único y firmarse en forma conjunta por quienes la respaldan. Pero este precepto no tiene esta restrictiva trascendencia. Lo que ella impone es la deliberación colectiva y la adopción, en privado, de la conclusión que pueda tenerse como respuesta del cuestionario, al menos por dos de los tres integrantes del jurado.

En el caso examinado hay tres afirmaciones que, por la forma de su presentación, corresponde cada una de ellas a cada uno de los tres jurados intervinientes. Las tres tienen de común que afirman la responsabilidad del enjuiciado; dos de ellas son exactamente iguales ("sí es responsable") y comportan una declaración de plena responsabilidad del procesado; y, la tercera, atenúa ésta con la adición del exceso en la legítima defensa.

Si el veredicto tuviera esta aislada presentación, bien podría el juez de derecho, en primera o segunda instancia o en sede de casación, deducir que las dos respuestas totalmente coincidentes traducen la expresión del querer mayoritario, de valor prevalente y por lo mismo el único llamado a servir de soporte a la sentencia. Esto implicaría una deducción lógica, en forma alguna extraña a la labor del juez del proceso y sí propia de sus atribuciones judiciales. No representaría una situación conceptual dudosa sobre lo que quiso la mayoría del jurado de conciencia. Menos se estaría ante una ausencia de veredicto o ante una de carácter relativamente contradictorio por involucrar nociones de plena y atenuada responsabilidad, o si se precisa mejor, de respuestas que establecían innegable reconocimiento de responsabilidad aunque de diferente resonancia en cuanto a la pena imponible.

Pero si esto es así, todavía es más procedente la decisión tomada por el Tribunal cuando se observa la forma como oportunamente fue esclarecida la veredicción redactada en forma múltiple. A instancias del defensor se dilucidó la lejana duda e imprecisión que podía suscitar este veredicto. Enfáticamente, sin que nadie, ni el defensor, ni el fiscal, ni los jurados, protestaran por esta aclaración, se dijo que "dos contestaron" "sí es responsable" y el tercero dijo: "Sí es responsable en exceso de legítima defensa". Y no es que se contrariara, con esta actuación final, la preceptiva jurídica del artículo 535 ibídem, *porque la deliberación conjunta ya se había sucedido y las respuestas también se habían adoptado en privado. Esta última manifestación, promovida con todo derecho por el defensor y tinosamente aceptada por el señor juez, equivalía a la suma de votos y de pareceres, en otras palabras, su conjugación oral, con el respaldo de lo escrito inicialmente, tenía el mismo mérito y significación que, si en este postrer diligenciamiento, se hubiera anotado en nuevo escrito: "Sí es responsable", por mayoría.*

La objeción no prospera.

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

No casar, como en efecto *no casa*, el fallo indicado ya en su fecha, origen y naturaleza.

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

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Hugo Humberto Rodríguez Cortés, Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

FACTORES QUE PUEDEN AFECTAR LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

La exacerbación partidista, ciertamente, es uno de los factores que más pueden afectar la correcta administración de justicia y que menos se corrige con medidas meramente procesales, cuando la intervención judicial se mantiene en el propio ámbito de la agitación banderiza

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 34 de mayo 15 de 1984.

Vistos:

El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, sin adicionar en lo más mínimo la documentación presentada por el apoderado de la parte civil constituida a nombre de *Jorge Luis Hoyos Usta,* da cuenta de la pretensión de este profesional del derecho, en el sentido de obtener el cambio de radicación del proceso que, por "prevaricato y abuso de autoridad", se adelanta en el Juzgado 3º Penal del Circuito de Montería, contra varios diputados de la Asamblea Departamental de Córdoba.

La investigación tiene por origen la destitución, el 1º de octubre de 1983, de los doctores Jorge Luis Hoyos Usta y Edelberto de la Ossa, Contralor y Contralor Auxiliar del Departamento, respectivamente, quienes habían empezado período de dos años, el 1º de julio de 1983.

El solicitante afirma en respaldo de su pedimento: "...correspondió el negocio al Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Montería, quien luego de practicar varias diligencias y recibir la última indagatoria, se vio obligado a impedirse, por el hecho que la señora Soledad Otero de Espinosa, uno de los sindicados, le otorgó poder al doctor Mariano Ojeda Castillo, quien se encuentra dentro de los grados de consanguinidad establecido por la ley como causal de impedimento, con relación al Juez 14 de Instrucción Criminal;

"c) Por el motivo anterior el proceso le correspondió al Juzgado 3º Penal del Circuito de Montería, que actualmente lo tramita, puesto que se encuentra aún en la etapa sumarial, a pesar de haber sido

denunciados los hechos delictuosos a mediados del mes de octubre de 1983;

"d) La gran mayoría de los diputados denunciados son personas que gozan de gran influencia política y social en el Departamento de Córdoba y en general en la Costa Atlántica: Muchos de ellos son abogados, inclusive, el sindicado doctor Felipe Herrera Ríos fue Magistrado del Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, por muchos años, e igualmente fue Secretario de Gobierno y Contralor Departamental de Córdoba. De tal manera que se presume que el proceso va a seguir sufriendo impedimentos, puesto que el negocio al subir al Tribunal, le tocará decidir sobre él a excompañeros de Sala o de Magistrados que anteriormente fueron jueces en el Distrito Judicial de Córdoba, donde intervino en sus nombramientos como tales el Exmagistrado aludido;

"e) No es ningún secreto que la política ha logrado infiltrarse en la Rama Judicial a través de las recomendaciones que hacen los políticos para el nombramiento de jueces y subalternos.

"Así las cosas, señor Ministro, no puede esperarse en el caso de autos, una recta, pronta y cumplida administración de justicia..."

La Sala considera:

La exacerbación partidista, ciertamente, es uno de los factores que más pueden afectar la correcta administración de justicia y que menos se corrige con medidas meramente procesales, cuando la intervención judicial se mantiene en el propio ámbito de la agitación banderiza. Su presencia obstaculiza la labor forense por todos los medios disponibles, sean estos lícitos o se caractericen de ilegítimos. Penetra su malsano efecto hasta las fuentes mismas de información de la verdad, hasta convertirlas, por su contaminación, en cosa ineficaz; impide y retarda la actuación de los funcionarios; y, por último, trata y hasta consigue deteriorar la decisión adoptada así sea ésta la más acertada y justa. Esta situación empeora cuando el medio en que estas fuerzas se desatan, se muestra provinciano, simple o fácil a la labor proselitista que amenaza o recompensa, y cuando carece de un desarrollo cultural, económico, religioso, crítico, policlasista, o muestra insuficiente auge de los medios de comunicación, que contrarreste su nociva influencia. La complejidad del asunto, que varía en naturaleza, forma, intensidad y alcance, recomienda alejarse de criterios estáticos o generales, al punto de constituir apreciaciones invariables para todos los casos y para todas las épocas. Unos y otras, por sus especiales peculiaridades, pueden llevar a introducir modificaciones o variantes en valoraciones que, en apariencia, podrían, tomarse como reglas inflexibles para resolver cuestiones afines o similares. De ahí que lo más prudente, como pauta para la Corte, sea examinar el caso concreto, con todos sus perfiles circunstanciales (características de los hechos, estado del proceso, condiciones personales de los funcionarios, ambiente, posición de las partes y contrapartes, calidades de los medios de comunicación, etc.) para no fundar la opinión en conceptos demasiado amplios o demasiado severos, cerradamente tradicionales o insólitamente innovadores, que, por uno u otro aspecto, malinter-

pretan la realidad, en vez de acompasarse con éste. No debe mirarse como desvío conceptual, como traición reprochable a juicios consagrados, como desorientación y anarquía de pensamiento, lo que aparenta ser variación y cambio de parecer, cuando se trata de un estudio más particularizante y profundo de los hechos y, por ello con más entidad y esencia.

Esto indica, además, que la interpretación que en un momento dado tomó la Sala sobre esta clase de cuestiones, al principio de la instrucción o en las primeras fases de juzgamiento, bien puede y debe mudarse si con el adelantamiento del proceso devienen circunstancias que permitan advertir no sólo la necesidad sino la conveniencia de sustituir a los jueces llamados a conocer del asunto, por razón territorial o geográfica, en guarda de la eficacia, buen nombre e independencia de la administración de justicia, tan amenazados cuando se trata de sopesar la resonancia de la pasión política.

En el caso *sub examine* se anuncia el conflicto político que anima a los hechos y que impregna la actuación de las personas en contienda. Pero, todavía, no se alcanza a vislumbrar su reflejo en la intervención del instructor, del juez de conocimiento (unipersonal o colegiado), o del Ministerio Público. No es dable advertir, por lo aportado, un condicionamiento de estos organismos a la controversia grupal que genera los hechos investigados y que repercutirá, sin saberse por ahora su alcance, en las actuaciones futuras. Todavía el medio social no aparece escindido en irreconciliables y beligerantes bandos, ni los administradores de justicia aparecen como objetivo de esas fuerzas para obtener su adhesión o para desacreditarlos. Apenas se ha cumplido un incidente, muy natural y común por cierto, cual ha sido el impedimento del instructor, aspecto que no inhabilita a los demás funcionarios y que pudo encontrar adecuado correctivo en la previsión del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil.

De ahí entonces, que conforme a lo demostrado en autos y en la situación actual de la investigación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *conceptuó desfavorablemente* al cambio de radicación solicitado.

Envíese este concepto, junto con el expediente, a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y déjese copia del mismo para el archivo de la Sala.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

Artículo 580 2ª 4ª CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, ley de la República, instituye que esa jurisdicción conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior

Corte Suprema de Justicia.— Salá de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Aprobado: Acta número 36.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar mediante sentencia de 5 de mayo del año pasado, confirmó la de primer grado proferida por la Presidencia del Consejo Ordinario de Guerra convocado para juzgar al Cabo 1º *Juan Gómez Durán,* acusado de la comisión del delito de homicidio, quien había sido condenado en primera instancia a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión y a varias accesorias, entre ellas la referente a su separación absoluta de las Fuerzas Militares, que fue revocada.

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

Resultando:

I. Los hechos fundamentales aparecen correctamente señalados en la providencia recurrida, que se estiman ajustados a la realidad procesal:

"...El 7 de agosto de 1981, a eso de las ocho de la noche, el Cabo Primero Juan Gómez Durán que vestía traje de civil y estaba haciendo uso de un permiso, luego de haber ingerido bebidas embriagantes en algunos establecimientos de la población de Tibú, llegó a la cantina

'El Dragón Dorado' en compañía del soldado Arnulfo Ortiz Rodríguez. Casi simultáneamente también arribaron a ella el Cabo Primero Efraín Guávita Cubillos, único que portaba el uniforme militar, y el soldado Orlando Cotrina Bautista. El primero de los nombrados hizo servir media botella de aguardiente y luego de algunas pocas libaciones se dirigió a una pieza acompañado de la mujer Alina Cecilia Ortega que con Luz Marina Rodríguez Torres fue llamada a la misma mesa y de quien pretendía conseguir sus favores sexuales. De regreso al salón, ya sus compañeros habían salido, primeramente Guávita Cubillos, y al pedir la cuenta el cantinero Dios Hemel Barbosa le hizo saber que su importe era de $ 800.oo, suma que consideró excesiva y después de anunciarle que no le pagaba y que iría a quejarse a la policía, salió y con sus contertulios se encaminó a otro lugar. Cuando habían avanzado un buen trecho fueron alcanzados por el cantinero, quien airadamente le reclamó a Gómez Durán el pago de la cuenta y como se mantuviera en la negativa, aquél lo golpeó en la cara lanzándolo al suelo; el mismo Barbosa las arremetió contra el soldado Ortiz Rodríguez quien recibió un golpe en la nariz. Las citadas mujeres que habían seguido al cantinero intervinieron para evitar que continuara la reyerta y Gómez Durán siguió con los dos soldados, según su dicho, con el ánimo de demandar la intervención de la policía. En el recorrido se encontró de nuevo con Guávita Cubillos a quien le pidió que lo acompañara por estar uniformado y de regreso a 'El Dragón Dorado', tan pronto hizo su entrada y llevando en su mano derecha una pistola de su pertenencia, la disparó sucesivamente contra el cantinero por nueve veces, alcanzándolo con los proyectiles en diferentes partes del cuerpo y causándole la muerte en forma instantánea..." (fls. 337 a 338).

II. La sentencia ha sido impugnada con apoyo en las causales 4ª y 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan sendos cargos a saber:

Causal cuarta.

Cargo único:

"....."

"...Quinto. El procesado en diversos actos procesales confesó la autoría del hecho punible, explicando circunstanciadamente cómo el día del hecho se encontraba con permiso, sin misión relacionada con sus funciones, y sin portar arma, bien de dotación oficial o bien de su propiedad..."

"...Sexto. Bien cierto es que el hecho se efectuó el día 7 de agosto de 1981, fecha para la cual el país se encontraba en estado de sitio o turbación del orden público, en virtud del Decreto 2131 de 1976 pero bien cierto es también que para la época de proferirse la sentencia de segunda instancia por el honorable Tribunal Superior Militar, esto es, el día cinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983) el país había vuelto a la normalidad institucional, puesto que mediante Decreto número 1674 de 20 de junio de 1982, se había levantado la medida de excepción..."

"...*estas circunstancias*, honorables Magistrados, permiten concluir que la Justicia Penal Militar carecía de competencia para juzgar los delitos comunes cometidos por los militares por fuera del servicio, como efectivamente ocurrió en el caso precedente, permitiendo predicar que se ha vulnerado la norma constitucional, artículos 26, por cuanto el honorable Tribunal Militar carecía de competencia para fallar el presente proceso. En reciente fallo que por economía procesal no transcribo, esa honorable Corte Suprema de Justicia, fue enfática en así consignarlo, en providencia de fecha 30 de septiembre de 198, (sic) siendo ponente el honorable Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo..."

"...Séptimo. Estima esa alta Corporación que el hecho sobreviviente del levantamiento del estado de sitio obligaba al cambio de competencia razón por la cual la causal que invoco tiene respaldo absoluto, de donde impetro se reponga la actuación por el juez competente ordenando el sorteo de jurados para verificar la audiencia pública, habida consideración que sólo el día noviembre veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y dos se convocó al Consejo de Guerra..."

"...Octavo. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral primero, acuso la sentencia de nulidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, que consagra en su texto: Capítulo VI "son causales de nulidad: En los procesos penales militares: 1. No tener competencia o jurisdicción..." (fls. 12 a 13).

Causal segunda.

Cargo único:

"...En el caso concreto, se observa y es una verdad procesal, cómo el juez de primera instancia en su providencia de fecha noviembre veintisiete de mil novecientos ochenta y dos, llamó a Juan Gómez Durán a responder en juicio por la comisión de homicidio agotado en la persona de Dios Hemel Barbosa, sin consignar ninguna causal de agravación, de donde se infiere que la causal consignada por el *a quo* de 'sevicia' vulnera, rompe, la necesaria conjunción que debe existir entre el auto de proceder, el cuestionario para el jurado o vocales en el caso precedente y la sentencia..."

"...Esta causal, en mi criterio, está plenamente demostrada, no obstante el esfuerzo dialéctico del honorable Tribunal Superior Militar, que en extenso discurrir trata de adecuar la actuación irregular a los hechos consignados en el proceso..."

"...En providencia de abril 15 de 1931, dijo la honorable Corte: 'El auto de enjuiciamiento constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado, para que se defienda'..."

"...En el *sub examen*, en manera alguna se consignó el auto de proceder en forma concreta, específica, nítida, ninguna causal de agravación del homicidio agotado en Dios Hemel Barbosa. Si ello es una axioma procesal, el honorable Tribunal Superior Militar ha debido

decretar la nulidad que hoy invoco de la honorable Corte Suprema de Justicia, y con ello el daño causado al sindicado no tendría, como hoy las tiene notables repercusiones de orden moral y material. Porque no basta que el honorable Tribunal Superior Militar consigne que se habló (sic) de la forma de la ejecución del hecho, bien por el contrario, ha debido decretar oficiosamente la nulidad que advertía, sin tratar de aumentar las causales de agravación como lo intuye el fallo que comento, al resaltar la agravación por indefensión y premeditación..." (fl. 14).

III. El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con base en las consideraciones a que se referirá la Corte en el estudio de cada uno de los cargos correspondientes.

Considerando:

Causal cuarta.

Cargo único:

El proceso es nulo, sostiene el casacionista, porque aun cuando el hecho fue cometido por el procesado hallándose turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, lo que daba competencia para el juzgamiento a la Justicia Penal Militar, al declararse restablecida la normalidad y levantado el estado de emergencia, esa jurisdicción especial perdió la potestad para el juzgamiento, que debió asumir de inmediato la ordinaria, por referirse el proceso a un delito común, cometido por un militar en servicio activo, pero sin relación con el mismo.

El señor Procurador Delegado estima, por el contrario, que determinado el factor de competencia al momento de la comisión del hecho y no al producirse el juzgamiento o al proferirse la sentencia, la competencia inicialmente adquirida resulta irrevocable e inmodificable:

"...por cuanto, como figura en autos, el hecho delictivo se cometió por parte del procesado cuando el país se encontraba en estado de anormalidad institucional, resultando claro que es a la jurisdicción militar a la que corresponde su conocimiento ya que el factor competencia lo da, no el momento en que pudiera verificarse el juzgamiento sino aquel en que se cometió el hecho, vale decir, cuando imperaba el estado de sitio, y así lo ha sostenido esta Procuraduría en los conceptos emitidos anteriormente, teniendo como fundamento la sentencia de Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de octubre de 1971, cuando al resolver sobre una demanda de inexequibilidad, de algunas disposiciones del Código Penal Militar, entre ellas el artículo 308.2, la declaró exequible, dándole con ello más fuerza de ley..." (fls. 23 a 24).

Se responde:

El ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, ley de la República, instituye que esa jurisdicción conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por mili-

tares en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación de orden público o conmoción interior, de manera que si bien la disposición se remite a la existencia de una situación transitoria de anormalidad, que puede o no darse en un momento determinado y que presentada, puede ser más tarde conjurada, la decisión legal que determina la competencia para el juzgamiento en tales condiciones es norma permanente, independiente de los factores que en ella se indican y cuya vigencia, por consiguiente, ni se modifica ni se altera antes, ni durante, ni al término de la guerra, de la turbación de orden público o de la conmoción interior.

Ocurre, respecto de esta norma, lo que con las demás que determinan un fuero especial para el juzgamiento, como la del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el conocimiento se adquiere desde el momento en el que los funcionarios cometen el delito en ejercicio de sus cargos o por razón de ellos, sin que la circunstancia posterior de que dejen de ejercerlos o abandonen el empleo modifique, en modo alguno, la competencia inicialmente establecida para el juzgamiento posterior.

Esta fue la razón por la cual, previo estudio de los conceptos gramaticales solicitados por la Corte a los académicos de la lengua, la Corporación, reiteró, en sentencia de 4 de noviembre de 1970, la tesis que al respecto había sentado en providencia de 30 de octubre del mismo año, conforme a las cuales:

"...Encuentra la Corte, según lo anotado, que lo único que determina la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, es la circunstancia de que el hecho se cometa cuando el país se encuentre en estado de guerra, turbación del orden público o conmoción interior. Y esa competencia se mantiene, así dejen de tenerse tales circunstancias..." (Providencia de 30 de octubre de 1970).

"......"

"...La Sala acoge el razonado estudio de los académicos de la lengua, y recoge en consecuencia la interpretación diferente que, por el aspecto gramatical, había dado al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, entre otros autos, en los de 14 de febrero y 22 de agosto de 1969 y 11 de septiembre de 1970. De conformidad con aquel concepto de autoridad, que la Corte adopta sin ninguna reserva, compete a la justicia castrense el conocimiento de los delitos previstos en el Código Penal ordinario y en las leyes que lo adicionan cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente..."

"...Aquella exégesis de la norma es también, dicho sea, la que mejor se aviene con la institución jurídica de los fueros, que por regla general actúan en razón de circunstancias concurrentes al momento de la comisión de la infracción y determinan de modo inequívoco e invariable la competencia para el juzgamiento, no obstante que con

posterioridad a la fecha de la ejecución del delito se pierda la calidad oficial del agente o desaparezca el factor especial deteminante del fuero...” (G. J. CXXXVI, págs. 280 y 281).

No prospera el cargo.

Causal segunda.

Cargo único:

La sentencia acusada, dice el recurrente, no está en consonancia con los cargos formulados al procesado en el auto de proceder en el que no se consignó ninguna causal de agravación del delito, sin embargo de lo cual una de estas se incluyó en los cuestionarios, rompiéndose la necesaria conjunción que debe existir entre ellos y el auto de proceder.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares sostiene, por el contrario, que si bien no se hizo una concreta referencia en el auto de proceder sobre la modalidad de la agravación, si se consignó expresamente que los hechos fueron cometidos “en forma deliberada e inhumana (para) aumentar el sufrimiento de (la) indefensa víctima”, afirmación que está suficientemente establecida en el acervo probatorio y con fundamento en la cual los jueces de conciencia emitieron el veredicto condenatorio.

Se considera:

En el auto de proceder, en efecto, proferido por el Comando del Grupo de Caballería Mecanizado Nº 5 (MAZA), Juez del conocimiento, se establecieron las siguientes circunstancias conocidas que especificaban el delito:

“...Gómez Durán actuó sin motivo justo, utilizando un arma idónea para dar muerte a Dios Hemel Barbosa, propósito que exteriorizó a través de su comportamiento, es más, su conducta a este respecto quedó clara en tal sentido observándose que no sólo disparó ni una ni dos veces, sino hasta la saciedad tal como lo demuestran los testimonios de quienes presenciaron los hechos y el propio sindicado cuando dice que primero hizo dos disparos y luego otros seis, confirmándose aún más tales versiones con la diligencia de necropsia y el acta de levantamiento del cadáver en la que señala una cantidad aproximada de ocho impactos encontrados en la humanidad de Barbosa, notándose claramente la frialdad con que procedió Gómez Durán a buscar en forma deliberada e inhumana a aumentar el sufrimiento de su indefensa víctima...”

“...Razones sí asisten al señor Fiscal de solicitar el llamamiento a juicio del sindicado, por cuanto que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 539 del Código de Justicia Penal Militar, que fija los requisitos sustanciales para dictar auto de proceder, estas se dan a satisfacción en el proceso, por ello pidió llamar a responder en juicio criminal a Juan Gómez Durán por el delito de homicidio de propósito con las circunstancias de agravación. En efecto, el elemento material está

suficientemente comprobado y se ha establecido que con el comportamiento de Gómez Durán surge un hecho típico y punible, siendo del caso responsabilizarlo no sólo por las características del hecho mismo, sino porque aparecen declaraciones que ofrecen serios motivos de credibilidad y demás pruebas, las cuales lo señalan con precisión y claridad como la persona que causó a Dios Hemel Barbosa en las circunstancias ya conocidas..." (fl. 278, cuaderno principal).

Significa lo anterior que el auto de proceder se ciñó estrictamente a las exigencias del literal c) del artículo 540 del Código de Justicia Penal Militar, conforme al cual la parte motiva del auto de proceder debe contener la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, "con las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

La parte resolutiva, a su turno, fue redactada de acuerdo con las prescripciones del inciso final de la misma disposición:

"...*Primero: Llamar* a responder en juicio por la vía ordinaria del Consejo de Guerra al Cabo Primero Juan Gómez Durán conocido de autos por el delito de *homicidio* de que trata el Código Penal en su libro segundo, Título XIII, Capítulo I, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidas en la parte motiva de esta providencia conforme se deja allí expuesto..." (fl. 279).

Significa lo anterior, que, igualmente, la parte resolutiva del auto de proceder se redactó de acuerdo con la ley, esto es, mediante "el llamamiento a juicio del sindicado por el delito correspondiente, el que se determinará con la denominación genérica que le dé el Código en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título o capítulo, sin determinar dentro del género de delitos la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere violado".

Tampoco prospera el cargo.

Por lo brevemente 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.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

AUTO INHIBITORIO

El recurso de hecho no sólo faculta al superior del funcionario que ha negado el de apelación para concederlo en su lugar, sino, además, para determinar el efecto en que debe serlo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Aprobado: Acta número 39.

Vistos:

Practicadas las pruebas oportunamente dispuestas por la Corte dentro de esta indagación preliminar, corresponde a la Sala decidir si como resultado de ellas debe iniciar investigación penal o, por el contrario, abstenerse de abrir sumario contra el doctor *Edgardo Pupo Pupo,* en relación con la denuncia formulada en su contra por el abogado Fabio Mendoza Nobles, quien le sindica de haber incurrido en uno de los delitos de prevaricato, fraude procesal o abuso de autoridad en ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento del Cesar, causa de haber solicitado éste, mediante oficio, el aplazamiento de la ejecución de una diligencia de lanzamiento que debía realizar la Inspección Primera de Policía de Valledupar, en un predio rural, por comisión del alcalde del lugar.

Para resolver, la Sala tendrá en cuenta los siguientes hechos debidamente acreditados en la actuación y las consideraciones que de ellos se desprenden, a saber:

Resultando:

1. Dentro de una querella policiva instaurada por la señora Sonia Campo de Cuello contra el señor Alberto Betancour Cadavid, por perturbación en terrenos de una finca rural, el alcalde *ad hoc* de Valledupar, luego de numerosas incidencias, concluyó la actuación mediante sentencia de 21 de abril del año pasado, en la cual, entre otras decisiones, ordenó el lanzamiento del demandado, restableció la situación existente antes de producirse la perturbación, previno a quien la había ocasionado que se abstuviera de nuevos actos que atentaran contra la posesión material del inmueble so pena de multa hasta por cinco mil pesos ($ 5.000.oo) diarios y comisionó al Inspector Primero de Policía del lugar para que llevara a cabo el lanzamiento (fls. 81 a 88 anexo).

2. La providencia anterior fue notificada personalmente al apoderado del demandado el 28 de los mismos mes y año (fl. 88 vto.) y recurrida por éste en apelación el día 2 de mayo siguiente (fl. 89) y al señor Procurador Agrario para el Departamento del Cesar, también personalmente, el 6 de ese mes, quien allí mismo indicó que presentaría escrito solicitando la nulidad de la actuación (fl. 92 vto.), lo que hizo, en efecto, el mismo día, señalando que de no acogerse su solicitud, interponía el recurso de apelación ante el superior (fls. 94 a 96 vto.).

3. La alcaldía, por medio de autos de 6 y 17 de mayo (fls. 93 y 98 a 102), negó la apelación interpuesta por el apoderado del demandado y la nulidad y la apelación subsidiaria solicitadas por el Procurador Agrario, respectivamente, por lo que éste, al notificarse de la decisión, pidió que se le expidiera copia de ella (fl. 103), que se ordenó entregarle, (fl. 103 vto.) y con apoyo en la cual y en otras piezas procesales, ocurrió de hecho ante el gobernador del departamento, de conformidad con lo "previsto en el artículo 677 del Código de Policía del Magdalena, vigente en el Cesar", para que este funcionario, como superior jerárquico, decidiera que era admisible y concediera la apelación que el recurrente había interpuesto y le había sido negada por la Alcaldía de Valledupar (fl. 1, anexo 2).

4. El escrito correspondiente fue recibido en la Oficina Jurídica de la Gobernación el día 24 de mayo, también del año pasado (fl. 2) y el 30 de ese mes el jefe de aquella dependencia pasó el asunto al despacho del gobernador, con indicación de que se hallaba "vencido el término de traslado del escrito en el que se (había) formulado el recurso de hecho" y que, en consecuencia, debía procederse a decidir sobre la petición impetrada (fl. 11).

5. El mismo día 30, el Gobernador expidió el oficio número DG-0063 dirigido al Inspector Primero de Policía de Valledupar, encargado de la ejecución de la sentencia recurrida, en el cual aquel funcionario le pedía aplazar la diligencia de lanzamiento dispuesta en la decisión recurrida de hecho por el Procurador Agrario, indicándole que para esa fecha "el referido recurso de hecho se (encontraba) sufriendo los trámites de rigor" y que era, por consiguiente, "pertinente esperar un pronunciamiento sobre el mismo" (fl. 107 anexo).

6. No fue atendida la solicitud del Gobernador, sin embargo, y el día y hora previamente señalados tuvo lugar la diligencia de lanzamiento (fls. 109 a 117).

7. El primero de junio siguiente, se concedió la apelación y el Gobernador Pupo Pupo remitió nuevo oficio, esta vez al alcalde, dándole cuenta que su despacho la había concedido en el efecto suspensivo, y que, en consecuencia, debía proceder a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil (fls. 12 anexo 2 y 124 anexo).

8. Esta comunicación y la anterior y el correspondiente auto concediendo la apelación en el efecto suspensivo, éste con las firmas del secretario de gobierno y del jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, fueron las únicas actuaciones cumplidas por el entonces Gobernador doctor Edgardo Pupo Pupo, pues la decisión final, dictada

dentro del asunto el 26 de diciembre del año pasado, por medio de la cual, como lo había solicitado oportunamente el Procurador Agrario, se declaró "la nulidad de lo actuado en (el) proceso, a partir del auto admisorio de la querella" (fls. 37 a 43 anexo 2), fue providencia proferida por otro funcionario, el para entonces gobernador del Departamento del Cesar, doctor Luis Rodríguez Valera (fl. 43, *id.*).

Considerando:

No fue la formulada por el Gobernador Pupo Pupo, como acaba de verse, solicitud infundada o caprichosa ni a la postre inconducente, ni usurpó con ella el funcionario acusado jurisdicción de otra autoridad, ni su contenido era contrario a la ley, ni era petición que pudiera causar agravio o perjuicio a persona alguna, ni lo ocasionó tampoco.

Las pruebas de la indagación preliminar, particularmente la copia íntegra del proceso policivo civil adelantado por la Alcaldía de Valledupar, demuestran inequívocamente el absoluto buen juicio y la prudencia del gobernador al expedir el oficio DG-0063 de 30 de mayo del año pasado.

El recurso de hecho, o de queja, como lo denomina el procedimiento civil, no sólo faculta al superior del funcionario que ha negado el de apelación para concederlo en su lugar, sino, además, para determinar el efecto en el que debe serlo, de manera que no solamente queda sujeta a su determinación la impugnación contra la decisión de primera instancia, sino la potestad de decidir si se suspende o no la jurisdicción de quien lo ha negado, lo que significa, en suma, que quien tiene la autoridad de adoptar tales disposiciones, bien puede, presentada ante él la queja, resolver si la providencia recurrida debe o no ejecutarse y, con mayor razón, por supuesto, solicitar al que la ha proferido o al encargado de cumplirla que sus efectos se aplacen prudentemente mientras se resuelve si es o no admisible el recurso y, en caso de serlo, en cuál debe concederse.

Aún sin manifestación alguna del superior, la providencia de primera instancia no causa ejecutoria y no puede por tanto considerarse en firme, si contra ella se ha interpuesto algún recurso, como aquí ocurrió con el de hecho o de queja, según lo establece el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, la posterior culminación del proceso mediante providencia dictada por quien reemplazó al doctor Pupo Pupo en el cargo de Gobernador del Departamento del Cesar, conforme a la cual, admitido el recurso mal denegado y resuelta la apelación, el nuevo funcionario declaró que se habían "transgredido normas jurisdiccionales y procedimentales de derecho cuya inobservancia constituye vicio de nulidad al tenor de lo dispuesto en los numerales 2 y 5 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil y de la Legislación Agraria, que regula la materia del Proceso Policivo en Materia Rural", fue determinación que ratificó procesalmente la solicitud del Gobernador Pupo Pupo tendiente a aplazar la práctica de una diligencia que a la postre se realizó con quebrantamiento de las normas legales y que, de haberse accedido su comedida petición, habría evi-

tado que se produjera su posterior anulación, con el consiguiente innecesario ejercicio de la jurisdicción y, por lo tanto, con la pérdida de tiempo y con el correspondiente perjuicio para los funcionarios y personas que concurrieron a ella.

Estas breves consideraciones son suficientes para estimar que el hecho atribuido al doctor Edgardo Pupo Pupo no constituyó infracción alguna a la ley penal.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— *Se abstiene* de iniciar sumario contra el doctor Edgardo Pupo Pupo por los hechos que, en su condición de Gobernador del Departamento del Cesar, le atribuyó el denunciante doctor Fabio Mendoza Nobles.

Notifíquese y archívese la actuación.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

La formación profesional del juez debe constituirlo en persona apta para afrontar riesgos y vicisitudes en la delicada misión de administrar justicia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 42 de junio 5 de 1984.

Vistos:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla conoce, actualmente, de un proceso contra *Alberto Adarme Muñoz* y otros, por el supuesto delito de "hurto agravado", cometido en perjuicio de la compañía Industrial Colombia, ignorándose a la fecha su estado procesal.

El juez aludido pretende el cambio de radicación por estos motivos:

a) Uno de los sindicados, Alberto Adarme Muñoz, enfrenta otro sumario en la ciudad de San Gil, proceso en el cual el juez Ernesto de Francisco M. "solicitó cambio de radicación y según información el Tribunal de San Gil está atendiendo aquella solicitud, en razón a que ha sido amenazado en materia grave"; y,

b) Porque se le han hecho al Juez Quinto Penal de Circuito de Barranquilla "llamadas telefónicas... con amenazas de muerte".

Sobre este último particular comentan sus subalternos que, ciertamente, a mediados de febrero del año en curso, el doctor René Antonio Martínez Jaime comentó que mediante llamada telefónica se le dijo que "si ya estaba listo para el entierro", "suponiéndonos que se trataba de una amenaza de muerte en relación a un negocio que se tramita contra Alberto Adarme" y otros; también que en su despacho apareció un sujeto, haciéndose pasar por detective, requiriendo por el juez.

La fiscal del Juzgado Tercero Penal de Circuito, estima conveniente el cambio impetrado por "las precarias condiciones en que se encuentra el estado anímico del juez" y éste, en abril 25, buscaba acelerar el trámite ante el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, para "procurar terminar con la incertidumbre en que vivo",

la cual "se proyecta a mi modesta familia que depende exclusivamente de mi trabajo, pues la paz y el sosiego hogareño es un derecho al que podemos nuevamente aspirar".

Para resolver, la Sala considera:

1. En el caso mencionado, por el peticionario, actualmente en curso en el Juzgado Primero Penal de Circuito de San Gil, la Corte apoyó su opinión adversa en las siguientes apreciaciones, las mismas que *mutatis mutandi,* se pueden aplicar al proceso examinado:

"...El tiempo transcurrido desde la fecha en la que se presentó la alarmante situación que dio origen a la petición del señor fiscal de los Juzgados del Circuito de San Gil, hace tres (3) meses, sin que los temores respecto de la inminente ejecución de los designios criminales que entonces se creía que amenazaban seriamente la vida de las personas del juez del conocimiento, de un comerciante de la localidad y de un agente del F-2 de la Policía Nacional, con ocasión del adelantamiento del juicio contra los procesados, demuestra inequívocamente que, o bien las amenazas que se cernían contra éstos no eran tan serias como se suponía o bien, lo que parece más probable, que las medidas policivas adoptadas para proteger las vidas de unos y otros resultaron por ventura, de gran eficacia disuasiva, de modo que los hechos que en febrero de este año podrían explicar la solicitud del cambio de radicación, carecen ahora de tal justificación.

"De otra parte, como ya se ha tenido ocasión de manifestarlo la Corte, las solas declaraciones de retaliación o de venganza hechas contra los funcionarios, los testigos o peritos, las partes en el proceso o los miembros de los cuerpos auxiliares de la justicia, que pueden impedirse lo mismo en cualquier otro distrito del país que en el que actualmente se adelanta el proceso, no ponen en entredicho en modo alguno el valor, la rectitud y la imparcialidad de los jueces y no requieren otro remedio, donde quiera que se presenten como ha ocurrido en este asunto, que el de una adecuada protección policiva que asegure que tales situaciones irregulares, de presentarse han de ser fácilmente controladas.

"Conviene recordar, además, como también lo ha dicho la Corte en ocasiones anteriores, que la actitud que debe adoptarse cuando han sido amenazados o se ha intentado ejercer venganza contra los funcionarios o los intervinientes en los procesos penales mediante el anuncio de la comisión de futuros hechos delictuosos contra aquellos no es, en modo alguno, la de ir cambiando de radicación al proceso correspondiente, hasta lograr situarlo en un sitio donde reina la paz y la tranquilidad dentro del territorio nacional, como se solicita ahora, sino, como aparece que ya se hizo en este asunto, la de demandar la eficaz protección que el Estado está obligado a otorgar a todas las personas residentes en Colombia, donde quiera que se hallen, como lo ordena perentoriamente el artículo 16 de la Constitución Política del país.

"La Corte no puede admitir, por ser una de las autoridades a que se refiere la norma constitucional que acaba de indicarse, que el Estado colombiano sea incapaz de cumplir los fines fundamentales

para los cuales fue creado ni admitir, tampoco, que hay actualmente una región del territorio nacional donde no son ni la Constitución ni las leyes las que imperan, sino la voluntad de los violentos".

2. La formación profesional del juez debe constituirle en persona apta para afrontar riesgos y vicisitudes en la delicada misión de administrar justicia. Es cierto que la doctrina de la Corte no exige excepcionales sacrificios ni singulares actos de heroísmo, pero no es menos exacto que tampoco puede admitir que todo intento intimidatorio, todo brote de violencia, o todo amago de venganza, deba comportar un desplazamiento del funcionario amenazado o agredido. Si así fuera, se estaría estimulando el auge de acciones tan bajas como disolventes, pues el éxito obtenido con un juez o magistrado, en la tarea de impedirle el cabal ejercicio de sus legales atribuciones, se trasladaría de uno a otro, hasta asegurar la impunidad. Tampoco es justo que la fragilidad de carácter de un funcionario, sea motivo para recargar a otros con la asunción de nuevos riesgos, pues la función jurisdiccional se orienta no a sustraerse de las propias responsabilidades sino a encararlas con exigible coraje. La aspiración debe ser la de aportar esfuerzos contra el delito y los delincuentes y no la de facilitar a estos sus oscuros propósitos, por falta de decisión en sus juzgadores.

El peticionario debe identificar, de una vez, la dimensión espiritual de ser juez de la República, que no es tarea para sosiegos, tranquilidades y pacífico discurrir. Implica constantemente, y más hoy en día, un voto de padecimientos y abnegaciones. El país demanda de todos sus funcionarios unidad y resolución y repudia las deserciones, así estas se revistan de motivos aparentemente legales. Cuando esto último acontece, tanto la Corte como los Tribunales y la Procuraduría, deben tomar conciencia del fenómeno para aportar las soluciones convenientes, entre ellas la de falicitar el retiro del servicio público de quienes se muestran incapaces para atenderlo eficientemente.

No hay razones plausibles para atender la solicitud analizada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—, conceptúa *desfavorablemente* al cambio de radicación solicitado por el Juez Quinto Penal de Circuito de Barranquilla, doctor René Antonio Martínez Jaime.

Cópiese y devuélvase la actuación a la oficina de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º DELITOS PRETERINTENCIONALES DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO DIFERENCIAS

Las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, éste no adquiere tal carácter sino que es apenas, una consecuencia del hecho inicial que merece un mayor reproche, por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho. La diferencia específica estriba en el hecho de que en los primeros el segundo resultado, aun cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el delito, mientras que en los otros ese segundo resultado pasa a ser la conducta punible en la norma penal

2º DELITO PRETERINTENCIONAL NUEVO CODIGO PENAL

Son elementos del delito preterintencional:

a) El propósito de cometer un delito; b) La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente, que le pueda ser atribuido a título de dolo indirecto o eventual o, según algunos a título de culpa; c) La existencia de una perfecta relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido; d) Que el objeto material sobre el cual se realiza la conducta sea el mismo objeto material que padece el resultado mayor; e) La expresa consagración legal de la figura

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Aprobado: Acta número 26.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior

de esa ciudad en virtud de la cual condenó a *Conrado de Jesús Noreña Tamayo* a la pena de cinco años de prisión y a las correspondientes accesorias, por el delito de homicidio preterintencional, a la vez que absolvió a *Aldemar González Montoya.* Contra esta determinación interpuso el defensor del condenado el recurso extraordinario de casación, el que oportunamente fue concedido y luego declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a las prescripciones formales previstas en el ordenamiento procesal, se procede a resolver.

Resultando:

I. Se sindicó al farmacéutico Conrado de Jesús Noreña Tamayo de haber realizado maniobras abortivas en Carmen Eugenia Salazar González. Esta enfermó luego de dichas maniobras, motivo por el cual fue llevada a un centro hospitalario en donde falleció al siguiente día. Los hechos tuvieron ocurrencia en Manizales en el mes de agosto de 1981.

Con fundamento en los anteriores hechos el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal dispuso la apertura de la investigación por medio de auto del 17 de agosto de 1981.

El Juzgado de Instrucción recibió las diligencias de indagatoria de los sindicados Aldemar González Montoya, novio de la víctima y del farmacéutico Conrado de Jesús Noreña Tamayo el 20 de agosto de 1981. Este mismo despacho judicial dictó auto de detención en contra de los citados sindicados, el 25 de los mismos mes y año.

El Juzgado Primero Superior de Manizales dispuso la clausura de la etapa investigativa el 27 de noviembre de 1981. El 25 de enero de 1982 este juzgado calificó el mérito del sumario al disponer el enjuiciamiento de Conrado de Jesús Noreña Tamayo y de Aldemar González Montoya por el delito de homicidio preterintencional, en calidad de autor y cómplice, respectivamente.

Apelado el auto de proceder fue confirmado en forma integral por el Tribunal Superior de Manizales en providencia fechada el 21 de abril de 1982.

Tramitada la causa y verificada la diligencia de audiencia pública el 7 de julio de 1982, el jurado de conciencia afirmó la responsabilidad de Conrado de Jesús Noreña Tamayo y declaró que Aldemar González Montoya no era responsable por el delito que había dado lugar al enjuiciamiento. El juez del conocimiento acogió el veredicto del jurado y en la sentencia del 13 de julio de 1982 condenó a Noreña Tamayo a la pena de cinco años de prisión y las accesorias correspondientes como autor del delito de homicidio preterintencional en la persona de Carmen Eugenia Salazar González; así mismo absolvió al procesado Aldemar González Montoya.

El Tribunal Superior de Manizales al revisar la sentencia aludida por cuanto contra ella se interpuso el recurso de apelación, la confirmó en su integridad el 23 de septiembre de 1982.

II. En la demanda el señor representante judicial del condenado invoca la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que el aborto seguido de la muerte de la mujer no puede calificarse como homicidio, sino como aborto sin que tal calificación descarte su probable concurso con el homicidio, en la medida en que este hecho pueda imputarse culpablemente a su autor.

El Código Penal de 1936 al tipificar el aborto seguido de muerte se remitió, pero sólo para los efectos de la determinación de la pena, a la disposición legal que consagraba el homicidio preterintencional; no obstante esta remisión tenía el limitado alcance señalado, pues sustancialmente las figuras del homicidio preterintencional y del aborto seguido de muerte eran diversas, pues aun cuando el resultado en las dos previsiones legales era la muerte, el propósito en cada una de esas infracciones era diverso: Animo de ocasionar lesiones personales en el homicidio preterintencional, intención de interrumpir el proceso de la gestación en el aborto.

El nuevo estatuto penal, dice el censor, modificó el criterio de la responsabilidad objetiva que para el homicidio preterintencional consagraba la anterior legislación, ya que en la codificación vigente el resultado antijurídico mayor —la muerte— no puede atribuirse al agente por su simple acaecimiento, sino en cuanto le hubiese sido previsible al momento de cometer las lesiones que intencionalmente quiso causar.

No es pues acertado decir que el aborto seguido de muerte constituya en la actualidad un homicidio preterintencional, pues a diferencia de otras legislaciones en las cuales el resultado mayor no querido pero previsible da lugar a que el hecho se califique siempre como preterintencional, en la legislación colombiana la preterintención es una de las tres formas de la culpabilidad que no tiene alcance general, sino que opera sólo en los casos expresamente determinados por la ley, conforme lo tiene consagrado el artículo 39 del Código Penal.

Considera equivocada la apreciación que se hizo en la sentencia que impugna en el sentido de que desaparecida la figura del aborto seguido de muerte, tal hecho queda ahora recogido por el homicidio preterintencional, pues tal postulado llevaría a la tesis generalizante, pero inaceptable, de que siempre que el resultado mayor sea la muerte de una persona, sería aplicable el artículo 325 del nuevo ordenamiento. La muerte como segundo resultado podría presentarse en los casos de incendio, artículo 189; daño en obras de defensa común, artículo 190; provocación de inundación o derrumbe, artículo 191; siniestro o daño de nave, artículo 193; pánico, artículo 194, disparo de arma de fuego contra vehículo, artículo 195; tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos, artículo 197; obstrucción de obras de defensa o de asistencia, artículo 200; violación de medidas sanitarias, artículo 203; propagación de epidemia, artículo 204; contaminación de aguas, artículo 205; corrupción de alimentos y medicinas, artículo 106; contaminación ambiental, artículo 247; secuestro extorsivo, artículo 268, entre otros. En estos casos nadie osaría calificar como homicidio ultraintencional la muerte resultante, aún bajo las condiciones gené-

ricas del artículo 38; en estos eventos, el segundo hecho podría atribuirse a título de culpa, siempre que estén demostrados los elementos de esta forma de culpabilidad.

Afirma que el nuevo código al definir la preterintención en el artículo 38 y señalar como único evento preterintencional el homicidio contemplado en el artículo 325, no modificó la esencia del homicidio preterintencional, sino la esencia misma de la preterintención, pues esta forma de delito contra la vida sólo tiene cabida cuando la muerte ocurre como consecuencia de un delito de lesiones personales, tal como ocurría al amparo de la derogada legislación.

Si la esencia del homicidio preterintencional no ha variado mal puede deducirse esta infracción a quien no ha tenido el propósito de ocasionar lesiones personales. Si sólo se tuvo la intención de ocasionar un aborto, la imputación debe hacerse por este delito y el resultado más grave que supera la intención del agente deberá analizarse a la luz de las normas generales de la culpabilidad, de modo que si resulta probada alguna de las formas de la culpa, el homicidio resultante deberá atribuirse a este título. Si ninguna modalidad de la culpa se estructura, la responsabilidad quedará limitada al aborto.

Como el proceso fue calificado por el delito de homicidio ultraintencional con desconocimiento del delito de aborto, así este haya concurrido con un homicidio culposo, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente solicita que se acoja la interpretación más benigna para el procesado dando aplicación al artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que dispone que los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna y que, en caso de que prospere la acusación, se conceda a su cliente el beneficio de libertad provisional.

III. En su respuesta a los cargos de la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de precisar el alcance del delito preterintencional, sostiene que en materia de delitos agravados por el resultado, el nuevo código adoptó varios criterios de acuerdo con la naturaleza del primero. Así el homicidio preterintencional que se tipifica no sólo cuando el agente quiere lesionar y ocasionar la muerte, sino cuando este resultado ocurre como consecuencia de maniobras abortivas; en otros casos opta por el concurso de delitos; en otros remite la pena a la consecuencia punitiva más gravosa, en algunos eventos se orienta por un tratamiento más benigno para el procesado.

El aborto seguido de la muerte de la mujer está comprendido en forma exacta en el artículo 325 del Código Penal, no sólo por la específica supresión del artículo 387 del Código Penal de 1936, sino porque en este caso se dan todos los elementos del homicidio preterintencional; además, si el legislador hubiese querido dar un tratamiento particular al aborto seguido de muerte, lo habría hecho en forma expresa.

La nueva forma como está concebido el homicidio preterintencional recoge el caso ahora planteado, pues el sujeto tuvo la intención

de realizar un hecho punible, se produjo un resultado típico más grave, los bienes jurídicos tutelados son homogéneos y entre el delito querido y el resultado producido existe el necesario nexo causal. Se trata en este caso justamente de uno de los eventos consagrados expresamente como preterintencionales, pues el homicidio preterintencional tiene un radio de acción más amplio en la nueva codificación. No se da un concurso de infracciones por cuanto por mandato legal los dos hechos se integraron en una sola figura delictiva.

Señala que no hay lugar a la aplicación de la norma legal más favorable porque la situación fáctica se acomoda sin duda a la previsión del artículo 325 del Código Penal. Además, en caso de que se aceptara el planteamiento del recurrente, no cambiaría la genérica denominación jurídica de la infracción, pues igualmente es homicidio el culposo como el preterintencional. Pide, en consecuencia, que no se case el fallo recurrido.

Considerando:

1. *La demanda de casación presentada plantea el tema de los delitos preterintencionales y los delitos calificados por el resultado, cuya clara delimitación ha sido empeño no siempre logrado en el campo doctrinal. Destácase que entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de un hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, éste no adquiere tal carácter sino que es, apenas, una consecuencia del hecho inicial, que merece un mayor reproche por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho.*

Como ejemplos de delitos calificados por el resultado podrían citarse los siguientes: La hostilidad militar, *que se agrava cuando como consecuencia de la conducta se pone en peligro la seguridad de la Nación o sufren perjuicios sus bienes o las Fuerzas Armadas (art. 112);* la traición diplomática, *que contempla un incremento punitivo cuando su comisión produce perjuicio (art. 113);* la instigación a la guerra, *que da lugar a pena mayor cuando se producen las hostilidades (art. 114);* el abuso de autoridad por revelación de secretos, *que contempla consecuencia punitiva mayor cuando de la revelación resulta perjuicio (art. 154);* el pánico económico, *reprimido con más severidad cuando se da la producción de los resultados previstos (art. 232);* la violación de reserva industrial, *sancionada más rigurosamente cuando se obtiene provecho propio o de tercero (art. 238);* la violación de la libertad de trabajo y el sabotaje *que dan lugar a aumento de pena cuando como consecuencia de esas conductas sobreviene la suspensión o cesación colectiva del trabajo (arts. 290 y 291);* los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, *que se agravan cuando como consecuencia de ellos la víctima queda embarazada o se produce contaminación venérea*

(art. 306 numerales 3º y 4º); las lesiones personales, *cuya pena se incrementa cuando dan lugar a parto prematuro o aborto (art. 338) y,* el abuso de circunstancias de inferioridad, *que se sanciona con pena más severa cuando se ocasiona perjuicio (art. 360).*

Los hechos anteriormente relacionados a más de estar expresamente contemplados en la ley, tienen en común la descripción de una conducta reprimida penalmente que se agrava cuando se presenta un segundo resultado, sin que, por sobrevenir éste, la adecuación típica de la conducta sufra modificación alguna, pues sigue siendo la misma aun cuando mayormente sancionada.

En el plano de la culpabilidad y habida cuenta de que el artículo 5º del ordenamiento penal proscribió toda forma de responsabilidad objetiva, es evidente que el segundo resultado ha debido ser querido o por lo menos ser considerado como posible para el agente, pues si se presenta de manera fortuita, no le será imputable.

2. *El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales; no obstante, la doctrina ha señalado que estas son características del delito preterintencional: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado delictivo mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.*

De lo anterior resulta, como ya se ha advertido, que la diferencia específica entre los delitos calificados por el resultado y los delitos ultraintencionales, estriba en el hecho de que en los primeros el segundo resultado, aun cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el ilícito, mientras que en los otros ese segundo resultado pasa a ser la conducta punible en la norma penal.

Son muchas las respuestas que la doctrina ha dado sobre la culpabilidad en el delito preterintencional, pues mientras algunos teorizantes estiman que el segundo resultado debe imputarse a título de responsabilidad objetiva, otros consideran que el delito preterintencional debe atribuirse a título de dolo, bien sea indirecto o eventual; algunos afirman que el delito preterintencional constituye una forma especial de la culpa, mientras que hay quienes, siguiendo la concepción carrariana, consideran que en esta clase de delitos se presenta una mezcla de dolo y culpa.

El vigente ordenamiento penal colombiano permite al intérprete escoger entre dos de las anteriores variadas concepciones doctrinarias, al señalar que el resultado final que excede la intención del agente debe ser previsible consecuencia de la conducta inicial, de manera, pues, que es necesario que respecto del ilícito querido por aquél se establezca su actuar doloso directo y que con relación al resultado se pueda afirmar, bien su proceder doloso indirecto o eventual, *ya* una actividad culposa.

3. *Se prohíje una u otra tesis, lo cierto es, sin embargo, que no existe diferencia sustancial en el tratamiento que al delito preterintencional dieron los Códigos Penales de 1936 y el Decreto 100 de 1980, que rige en la actualidad, salvo en que la derogada legislación penal no empleó en parte alguna la expresión con que doctrinariamente se conoce esta clase de conductas punibles y, por lo tanto, no existía de ella una definición legal.*

La doctrina, empero, dio una noción del delito preterintencional, determinó sus elementos y señaló los casos en que tenían ocurrencia tales infracciones. Concretamente se señalaron como formas preterintencionales el homicidio ultraintencional (art. 365), el aborto seguido de muerte (art. 387) y el abandono y exposición de niños seguido de muerte (art. 396), si bien la única que reunía todos los presupuestos exigidos por la ley y por la propia doctrina era la de lesiones seguidas de la muerte como resultado de ellas.

Como puede observarse de la anterior relación, sólo en dos de los delitos calificados como preterintencionales por la doctrina el segundo resultado era la muerte del sujeto pasivo, que a la vez era objeto material de la conducta y, por ende, del resultado ilícito finalmente producido (la muerte del mismo lesionado, la del propio abandonado o expuesto), pues en el aborto el segundo resultado no era la muerte del sujeto pasivo, el embrión, sino la de la madre y no era ésta, tampoco, sino el hijo, el objeto material de la conducta.

Cabe observar, sin embargo, que durante la vigencia de la anterior codificación penal, por homicidio preterintencional sólo era considerado el comportamiento de quien pretendía ocasionar lesiones personales, incluidas como tales las maniobras violentas abortivas, si como resultado de ellas se producía la muerte, que por esta consecuencia la conducta era descrita en el Capítulo I, del Título XV del Libro 2º ("Delitos contra la vida").

4. *El nuevo Código Penal no da tratamiento diverso a la entidad jurídica que se estudia, salvo por cuanto da de ella una noción jurídica y establece, de otra parte, que el delito preterintencional requiere consagración expresa.*

Un repaso cuidadoso de la parte especial del ordenamiento penal lleva a la conclusión de que solamente en el artículo 325 se hace alusión a un delito preterintencional y concretamente al homicidio preterintencional. Debe por tanto, establecerse si en esta fórmula legal cabe únicamente el tradicional homicidio ultraintencional o si, por el contrario, este precepto tiene un campo de acción menos limitado. En otras palabras, si la disposición hoy vigente contempla sólo el caso de quien con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de alguien, o si también se refiere a la realización de otros comportamientos delictivos que conducen a la muerte de la víctima.

Para resolver la cuestión basta considerar que, siguiendo los mandatos de la vigente codificación, los elementos del delito preterintencional son los siguientes:

a) El propósito de cometer un delito determinado. *Este aspecto no ofrece controversia alguna; no obstante, permite ratificar que la*

inicial conducta del agente debe estar tipificada en la ley y realizarse dolosamente (propósito de lesionar, de interrumpir el desarrollo de la vida embrionaria, de abandonar o de exponer al desvalido a su propia suerte);

b) La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente, que le pueda ser atribuido a título de dolo indirecto o eventual o, según algunos, a título de culpa. *Se trata, en consecuencia, de la producción de un resultado mayor, que es el contemplado en la ley como delito, lo que se repite, permite diferenciar al delito preterintencional de los delitos de doble resultado o delitos calificados por el resultado (homicidio del lesionado, de la madre, de la persona desvalida);*

c) La existencia de una perfecta relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido. *Este aspecto tampoco ha dado lugar a controversia (relación lesiones-muerte, abandono o exposición-muerte); por ello debe precisarse que la ruptura de tal nexo impediría la atribución al agente del final evento, que en tal caso, antes que de la conducta del sujeto, sería consecuencia de lo fortuito y advertirse, además, que la ocurrencia de una relación indirecta, como en el aborto (relación maniobras abortivas-expulsión del feto-muerte de la madre) excluye el factor de causalidad directa requerido para el delito preterintencional;*

d) Que el objeto material sobre el cual se realiza la conducta sea el mismo objeto material que padece el resultado mayor. *Es elemento fundamental de la preterintención la homogeneidad entre el delito pretendido y el delito cometido, vale decir, que los dos tutelen genéricamente los mismos bienes jurídicos, requisito tanto doctrinario como de orden legal, pues existe un criterio inequívoco que permite diferenciar unos bienes jurídicos de otros, de manera que la distribución de los hechos punibles en títulos y capítulos obedece a criterios rigurosos y no a situaciones azarosas o dejadas al capricho o a la arbitrariedad del legislador. Por esta razón debe predicarse la necesidad de que en el delito preterintencional el objeto material es uno, pues de un solo delito se trata, exigencia ésta que emerge del texto legal que a ella se refiere (muerte del lesionado, del desvalido). Como es obvio, si se trata de conducta que afecte objetos diferentes (muerte del feto y lesiones o muerte de la madre) la solución se encuentra a través de las normas del concurso;*

e) La expresa consagración legal de la figura. *Así lo exige el artículo 39 del Código Penal, norma conforme a la cual es preciso concluir que en el vigente ordenamiento sólo el artículo 325 consagra el delito preterintencional.*

Uno de los elementos del delito preterintencional es el propósito de cometer un delito determinado. La ley no precisa qué clase de delito es el que se pretende cometer, de manera que siguiendo un arraigado criterio hermenéutico y ya que el ordenamiento no distingue, debería aceptarse que, legalmente, ese primer delito puede ser de cualquier índole; sin embargo, doctrinariamente sólo puede serlo el que reúna a cabalidad todos los demás requisitos señalados en precedencia, que únicamente se dan en el de lesiones seguidas de la

muerte de la víctima; sólo en este caso: a) Se pretende la comisión de un hecho delictivo (lesiones); b) Se produce un resultado mayor (muerte) que excede la intención del agente; c) Se presenta una perfecta relación de causalidad entre la conducta inicial del agente y el resultado producido; d) El objeto material sobre el cual se realiza la conducta es el mismo que padece el resultado mayor y e) La figura está expresamente consagrada en el artículo 325 del Código Penal.

No ocurre lo propio en relación con el delito de aborto como consecuencia del cual se produce la muerte de la mujer encinta, infracción en la que la intención del agente no está, en modo alguno, encaminada a producir un daño en el cuerpo o en la salud de la madre (que no pocas veces se pretende evitar con el aborto), la expulsión del feto no le causa a esta deformidad física ni perturbación funcional de sus órganos o miembros, ni perturbación psíquica (que en no contadas ocasiones se quiere evitar, por el contrario, con la suspensión del embarazo), ni pérdida de ninguna de las funciones de sus órganos o miembros ni, finalmente, pérdida anatómica de ellos.

La actividad del agente ataca directamente la vida, legalmente protegida, del nuevo ser y, de obtener la interrupción de su desarrollo intrauterino, es éste el delito que comete y el derecho que quebranta, de suerte que si como resultado de las maniobras abortivas ocasiona daño en el cuerpo o en la salud de la madre o su muerte, este segundo resultado no es ultraintencional, porque la acción inicial no estaba dirigida contra la mujer sino contra su hijo, lo que hace que quede rota la relación de causalidad directa entre lo pretendido y lo producido.

Tampoco se da en el delito de aborto la identidad del objeto material que padece el resultado mayor, porque en él no se pretende causar un daño al embrión sino su muerte, por manera que si, además, se ocasiona la de la madre y este hecho debió ser considerado como posible por el agente, a la acción dolosa directa tendiente a suspender la vida intrauterina, es preciso sumar la actividad dolosa indirecta o eventual o, cuando menos culposa, a virtud de la cual se suspende también la existencia de la madre (concurso de aborto y homicidio), como ocurrió en el asunto en estudio.

Por esta razón el legislador suprimió en la actual codificación la referencia expresa que la anterior hacía al delito preterintencional en el aborto no consentido seguido de la muerte de la madre.

No constituye, tampoco, delito preterintencional el abandono seguido de lesión o muerte del desvalido, lo primero porque, como queda visto, las lesiones no admiten preterintención y lo segundo porque la muerte sobreviniente está expresamente consagrada en el artículo 348 como agravación del delito de abandono de menores y de personas desvalidas y no porque sobrevenga el deceso de estas cambia la denominación jurídica de la infracción, que sigue siendo la misma, agravada, apenas, por el resultado.

5. Las consideraciones precedentes llevan a reconocer la validez del cargo formulado por el recurrente, pues la conducta que se atribuye al procesado no constituye, como atrás quedó demostrado, un

homicidio preterintencional sino un concurso de hechos punibles (art. 26), y es, por tanto, procedente la nulidad invocada.

Obsérvase, sin embargo, y para responder un planteamiento del impugnante, que no es acertado afirmar que existe delito preterintencional cuando como consecuencia de un delito de peligro común (incendio, daño en obra de defensa común, etc.) o de un delito contra la salud pública (propagación de epidemia, contaminación de aguas, corrupción de alimentos y medicina, etc.), se ocasiona la muerte a una o varias personas, pues si el resultado muerte debió ser previsto o lo fue por el agente, necesariamente tendrá que predicarse el concurso, porque el objeto material sobre el cual recae culaquiera de aquellas conductas es diverso de la persona sobre quien se produce el resultado no querido, como también ocurre en el aborto. Si, por el contrario, lo que se pretende por dichos medios es dar muerte a una persona, la respuesta se encuentra en el numeral 3º del artículo 324 del Código Penal.

6. Solicita, finalmente, el casacionista que con fundamento en el inciso final del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que dispone que "los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna", se acoja su tesis que se traduce en consecuencia más favorable para el procesado.

Reiteradamente ha señalado la Sala que el principio de aplicación de la ley penal más favorable consagrado en la Constitución y desarrollado en los artículos 6º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene aplicación cuando se presenta el fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo. De modo que las distintas apreciaciones que existen sobre un punto jurídico, en manera alguna obligan al juzgador a que aplique la que no comparte. Tampoco puede invocarse el *in dubio pro reo* para buscar una interpretación benigna, pues este principio consagrado en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, se aplica durante las instancias y en casos de vacíos probatorios, cuando no haya posibilidad de eliminarlos. En consecuencia, la norma invocada por el recurrente no es de recibo en casación.

Por cuanto se solicitó a favor del procesado el beneficio de libertad por pena cumplida, se procederá a la calificación de la delincuencia, según los lineamientos anteriores de la Sala.

De conformidad con el artículo 44 de la Ley 2ª de este año, por medio del cual se subrogó el 453 del Código de Procedimiento Penal, salvo en los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a su excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

"...4. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido (...) en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele..."

Los delitos por los que se procede son los de aborto consentido sancionado en el artículo 343 del Código Penal, con pena de uno (1) a tres (3) años, en concurso con el de homicidio culposo reprimido en el artículo 329 *ibídem* con prisión de dos (2) a seis (6) años, de

donde se infiere que la pena aplicable, según el artículo 26, también del mismo código, es la señalada para el delito más grave, dos (2) a seis (6) años, aumentada hasta en otro tanto y, en el caso concreto en estudio, en seis (6) meses más, para un total de dos (2) años y seis (6) meses de pena imponible.

Como el procesado se halla detenido por razón de este asunto desde el día 15 de agosto de 1981, quiere decir que ha descontado de la pena que podría imponérsele dos (2) años, siete (7) meses y veintisiete (27) días, superior a la que debería pagar.

La concesión del beneficio es, pues, procedente.

Para disfrutar de su libertad provisional, el procesado deberá suscribir acta en la que se obligue al cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo 47 de la misma ley (460 del Código de Procedimiento Penal) y para asegurar su observancia, prestar caución prendaria equivalente a dos (2) salarios mínimos, esto es, por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.00.oo), salvo que compruebe plenamente la imposibilidad absoluta en que se encuentra para reunir esta cantidad mínima, en cuyo caso podrá concedérsele caución juratoria.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º *Casar,* como casa la sentencia del 23 de septiembre de 1982, dictada por el Tribunal Superior de Manizales dentro de la causa que por el delito de homicidio se adelantó contra el procesado Conrado de Jesús Noreña Tamayo;

2º *Declarar,* como declara, *la nulidad* del proceso desde el auto de calificación del sumario, inclusive, para que se reponga la actuación y

3º *Conceder,* como concede al procesado Noreña Tamayo, el beneficio de la libertad provisional, por pena cumplida, a que es acreedor, previo el cumplimiento de las condiciones que se señalan en la parte motiva de esta providencia.

Líbrese, de inmediato, comunicación telegráfica al señor Magistrado Diego Arango Escobar, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, a efecto de que tramite la libertad del detenido en las condiciones señaladas por la Corte, que se indicarán expresamente en tal comunicación.

Notifíquese, cúmplase y, en su oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Salvamento de voto; *Fabio Calderón Botero,* Salvamento de voto; *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez,* Salvamento de voto; *Alfonso Reyes Echandía,* Salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Antonio J. Uribe Prada,* Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Aun cuando compartimos algunos de los planteamientos que se hacen en la providencia de la cual disentimos, con el mayor respeto consignaremos a continuación las razones que nos llevan a salvar voto.

1. Si bien es verdad que la mayoría de las instituciones jurídicas tienen un alcance universal o, por lo menos uniforme dentro de sistemas jurídicos afines, no es menos cierto que el alcance y sentido de algunos puntos en particular están determinados por peculiaridades de la legislación que tiene un ámbito de aplicación restringido al territorio en donde ella impera. En otras palabras, es la normatividad vigente el necesario punto de partida para la respuesta de los problemas en particular y, en consecuencia, toda modificación legislativa puede traer distintos modos de resolverlos, con los obvios distanciamientos o aproximaciones a las soluciones que a esos problemas se da en ordenamientos que rigen en otras latitudes.

Uno de los temas que tiene diversa respuesta en las legislaciones es el del delito preterintencional, que representa una modalidad de los delitos calificados por el resultado y que bien puede ser considerado como forma delictiva independiente; como la concurrencia de dos hechos punibles, uno de ellos querido por el agente y otro vinculado al primero pero que sobrepasa el querer del autor; así mismo la forma preterintencional puede estimarse como modalidad agravada del hecho pretendido, o como una especie atenuada del hecho que finalmente se produjo; en fin, puede el ordenamiento no consagrar solución alguna sobre este aspecto a fin de que el intérprete resuelva los casos que se presenten, con apoyo en los principios que orienten esa codificación.

El Código Penal de 1980 contempla en forma expresa la preterintención como una forma de culpabilidad (art. 35) y da de ella una definición al señalar que "la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente" (art. 38). Dispone, además, que el delito preterintencional debe tener consagración expresa (art. 39).

2. En la sentencia de la cual nos apartamos se hace una afirmación que desconoce el mandato legal y toma un rumbo radicalmente opuesto al consignado en las actas de la Comisión Redactora. En efecto, se lee en la sentencia; "...es necesario que respecto del ilícito

querido por aquel (por el agente) se establezca su actuar doloso y que con relación al resultado se pueda afirmar, bien su *proceder doloso indirecto o eventual,* ya *una actividad culposa*" y más adelante puntualiza entre los elementos del delito preterintencional: "b) *La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente, que le pueda ser atribuido a título de dolo indirecto o eventual o, según algunos, a título de culpa*" (Los subrayados son del texto citado).

Las anteriores afirmaciones contradicen el querer de la Comisión Redactora del Proyecto de 1974, que fue acogido por las comisiones designadas posteriormente. En efecto, en el Acta número 52 el Comisionado Reyes Echandía sintetizó la idea directriz del nuevo ordenamiento, en relación con el tema que nos ocupa, en los siguientes términos. "Acepto, al igual que el doctor Romero, con relación a la preterintención, que no se trata de una forma diversa de culpabilidad, pues este fenómeno se presenta en los tipos de doble resultado, el primero de los cuales debe ser imputado a título de dolo y el segundo a título de culpa. Con el anterior planteamiento encuentro aceptable la fórmula propuesta por el doctor Gaitán, máxime si se tiene en cuenta que si el código define los conceptos de dolo y de culpa, debe definir también el de preterintención, que existe en varios tipos de la parte especial del vigente estatuto".

No se trata, sin embargo, de la voluntad de la Comisión Redactora, sino del texto legal que en la actualidad rige, pues del tenor de sus disposiciones conclúyese que los apartes de la sentencia que se dejaron transcritos desconocen claros mandatos legales. En efecto, existe una señalada diferencia entre el dolo eventual y la culpa, pues mientras en esta forma de dolo el sujeto acepta la realización del hecho previendo como probable el resultado, en la llamada culpa con previsión, el agente se representa el resultado, pero actúa en la confianza de poder evitarlo.

Cuando el artículo 38 del Código Penal señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente, está por supuesto descartando toda forma de resultado que pueda atribuirse a caso fortuito, pues éste siempre es imprevisible o inevitable y descartando igualmente un resultado que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esta forma de dolo el resultado no excede la intención del agente, sino que se acepta o asume, una vez que, advertida la probabilidad de su acaecimiento, el sujeto de todas maneras actúa. Para efectos de la imputación a título de dolo, tanto da querer directamente el evento, como saber que se puede producir si no se hace nada para evitarlo.

De suerte que, a nuestro entender, la decisión de la Sala contiene un notorio error conceptual, derivado de la afirmación de que en el delito preterintencional el segundo resultado puede atribuirse a título de dolo indirecto o eventual. Esta aseveración no sólo desconoce los antecedentes y preceptos citados; llega también a la contradictoria conclusión de que una conducta dolosa en su integridad, no sea dolosa, con todas las consecuencias punitivas que de ello se derivan, sino de carácter preterintencional. De aceptarse este planteamiento la regulación expresa de la preterintención carecería de sentido.

3. También discrepamos con la solución que se da al caso planteado por el recurrente. Es verdad que frente a un aborto seguido de muerte pueden ser acogidas dos posiciones diferentes: O se trata de un concurso de hechos punibles (aborto doloso en concurso con homicidio culposo), o constituye un homicidio preterintencional.

Las dificultades que ofrece el vigente texto legal tienen como punto de partida el defectuoso desarrollo que en la parte especial se dio a los delitos preterintencionales en particular, habida cuenta de que no es explicable que se haya omitido la expresa referencia al aborto seguido de muerte (trátese de aborto consentido o no consentido, pues la muerte puede ser el resultado de uno cualquiera de esos comportamientos) y en cambio se haya regulado el abandono de menores y personas desvalidas seguido de muerte. Se habría procedido con armonía si se hubieran consagrado todas las formas preterintencionales, como lo hacía el proyecto de 1978, o si se hubiera tipificado solo el homicidio u traintencional, en el entendido de que todos los demás casos en que se pretende la comisión de un delito menor que da lugar a la muerte del sujeto pasivo, quedarían cobijados por esta genérica regulación.

Una interpretación restringida de la institución llevaría a considerar que las únicas formas preterintencionales, en virtud de la exigencia de su expresa regulación, solamente serían la muerte ocasionada por quien sólo quería lesionar, y el abandono de menores y de personas desvalidas, seguido de muerte, por cuanto a pesar de que allí no se hace referencia a la concreta denominación de esta forma de culpabilidad, corresponde a la noción que de la preterintención se da en la parte general y tiene una expresa consagración en la ley. Sin embargo, el entendimiento restrictivo de la institución no se compadece con el criterio generalizante que en esta materia se adoptó en la parte general, a más de que conduciría a disímiles e inequitativas respuestas en el ámbito de la punibilidad.

En efecto, de aceptar una interpretación restricta, tendría que concluirse, que mientras las lesiones y el abandono seguidos de muerte son formas preterintencionales, el aborto seguido de muerte, representan un concurso de delitos en donde el primer hecho (aborto) se atribuiría a título de dolo y el segundo (homicidio) a título de culpa, siempre que se den los presupuestos para la existencia de ésta.

Esta solución que aisladamente considerada resulta inobjetable, conduce como se dijo, a dar un tratamiento fraccionario y diverso a hechos que son sustancialmente equivalentes, con desconocimiento del criterio generalizador que a la preterintención dio el legislador en la parte general, y con la consecuente disparidad con que serían tratados, en el campo de la pena, hechos de muy similares características.

Es evidente que la regulación que a la preterintención da el nuevo ordenamiento penal es diversa de la que a esa institución daba la legislación de 1936, pues mientras en la derogada codificación ni siquiera se empleaba esta expresión —lo que no indica que no tuviera un desarrollo doctrinario y jurisprudencial— el Decreto 100 de 1980 la define y señala sus notas esenciales. Es cierto, repetimos, que el desarrollo que se le dio en la parte especial no fue el más afortunado, pero deben ser esos textos legales el punto de partida para cualquier respuesta.

El artículo 325 define el homicidio preterintencional en forma bien diversa de como lo hacía el código anterior, pues mientras en aquella codificación el sujeto debía actuar con el propósito de ocasionar una lesión personal, para la vigente codificación este hecho punible se comete cuando preterintencionalmente se mata a otro. Ahora bien, como de conformidad con lo dispuesto en la parte general la conducta que da lugar a esta forma de delito puede ser de cualquier clase, bajo la condición de que esté tipificada, es obvio que en la ley que hoy rige habrá homicidio preterintencional cuando se quiere un delito distinto del homicidio y se produce la muerte del sujeto pasivo, siempre que se den en su totalidad los demás elementos que integran la figura.

En consecuencia, en nuestra opinión la forma genérica como hoy aparece redactado el homicidio preterintencional, permite subsumir dentro de esta figura no solamente las lesiones seguidas de muerte, sino también el aborto seguido de muerte, pues también en este caso se quiere la comisión de un hecho delictivo y de su realización se deriva la muerte no querida, pero previsible, del objeto material personal sobre el que ha recaído el comportamiento del sujeto agente.

Además, es evidente la similitud que en el plano de la realidad presenta el delito de lesiones personales y el de aborto, pues también en este hecho punible se ocasiona un daño en el cuerpo o en la salud de la mujer embarazada. Si en los dos casos se presenta la muerte como resultado no querido, pero previsible, es obvio que la conclusión jurídica para ellos no puede ser diferente.

De no aceptar este planteamiento tendría que concluirse que toda la teorización del nuevo ordenamiento se hizo para una sola posibilidad fáctica, lo que contraría el carácter generalizante que se dio a la institución.

Finalmente cabe observar que cuando en la sentencia de la cual nos apartamos se señalan los elementos del delito preterintencional, se ejemplifica en tres diversas ocasiones con el aborto seguido de muerte; no obstante, en el momento de la conclusión, la respuesta se encamina sorpresivamente en otra dirección.

Dejamos en esta forma consignadas las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha *ut supra.*

1º EL EXSECRETARIO COMO DEFENSOR

La validez de las actuaciones cumplidas por el Secretario que fue del juzgado, ya como defensor del procesado, no impide, sin embargo, que se les considere violatorias de la ética profesional del abogado, por disponerlo así la prohibición contenida en el artículo 40 del Decreto 196 de 1971, conforme al cual en ningún caso podrá el abogado actuar en relación con asuntos en los cuales hubiere intervenido en ejercicio de funciones oficiales

2º PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

Cuando modifican o revocan totalmente la del a quo, deben ser motivadas en forma razonada

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Aprobado: Acta número 44.

Vistos:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 9 de marzo del año pasado, que confirmó en su integridad la de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad el 13 de enero de aquel año, interpusieron recurso de casación los procesados *José Ariel Garcés Gómez* y *Alfredo Robinson Giraldo,* condenados a la pena principal de dieciocho (18) años y seis (6) meses de prisión, cada uno, como autores penalmente responsables de la comisión del delito de *homicidio agravado* que les fue imputado en el auto de proceder, recurso que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal, declarado luego admisible por la Corte y en sustentación del cual el apoderado especial de los recurrentes presentó las correspondientes demandas, estimadas formalmente ajustadas a las exigencias legales por la Sala.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso y un resumen de la actuación procesal aparecen correctamente señalados por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en los siguientes términos:

"...Refieren los autos que el 18 de marzo de 1981 fue encontrado sin vida el cuerpo de don Juan de la Cruz Martínez Gómez, con evidencias de haber sido brutalmente maltratado, en el lugar de su residencia, situado en la localidad de "Borrero Ayerbe" de la jurisdicción del Municipio de Dagua..."

"...Como autores del crimen fueron señalados los sujetos José Ariel Garcés Gómez y Alfredo Robinson Giraldo (alias "El Costeño" o "Barranquilla"), quienes fueron comprometidos en juicio por homicidio agravado al tenor del artículo 324 del Código Penal en virtud de que conforme al acta de necropsia la víctima fue atada de piernas y golpeada hasta ocasionarle fracturas y contusiones pulmonares y cardíacas, que finalmente lo llevaron a la muerte, es decir, la colocaron en situación de indefensión, circunstancia esta prevista como agravante específica en el ordinal 7º de la referida norma. Transcurrida la etapa de la causa, y celebrada la audiencia pública los mencionados fueron condenados en fallo del juzgado del conocimiento en el cual, además de la agravante específica mencionada se les dedujo la genérica del ordinal 4º del artículo 66 de la misma obra, consistente en la preparación ponderada del delito. Al conocer por apelación esta sentencia el Tribunal la confirmó íntegramente remitiéndose a los argumentos que le sirvieron para dejar en pie también el auto de proceder, entre los cuales ocupó destacado lugar el de rechazo a la causal específica de agravación del ordinal 2º del artículo 324 precitado propuesta por el fiscal, por falta de prueba en cuanto al móvil del homicidio. Cabe advertir que los cuestionarios sometidos al veredicto del jurado de conciencia se elaboraron en plena armonía con los cargos formulados en el auto de proceder, es decir, aludiendo claramente a la agravante de indefensión en que se colocó a la víctima..." (fls. 39 a 40).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal primera, cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, con base en la cual se formula un cargo y con fundamento en la causal cuarta de la misma disposición, al amparo de la cual el demandante presenta tres objeciones.

Las demandas a nombre de José Ariel Garcés Gómez y de Alfredo Robinson Giraldo, sustancialmente idénticas, contienen un cargo común con base en la causal 1ª y los cargos 1º y 2º, también iguales, con fundamento en la 4ª, agregando el recurrente a las demandas presentadas a nombre de ambos un tercer cargo con apoyo, igualmente, en esta última causal.

Causal primera:

Cargo único:

"...Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Cali del día nueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres confirmatoria de la proferida por el Juzgado Quinto Superior de enero trece del año en curso por violación directa de la ley sustancial, inciso 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al haberse excedido en la aplicación de penas, por indebida aplicación de la ley sustancial penal, esto es, del numeral 7º del artículo 324 del Código Penal y artículo 61 *ibídem*...".

"...En efecto, en el auto de proceder, el señor juez del conocimiento, dedujo, la agravante 7ª del artículo 324 del Código Penal y por ello el homicidio dejó de ser el señalado en el artículo 323 *ibídem* cuya sanción es prisión de diez a quince años, para ser agravado, y en consecuencia la pena a imponerse parte no de diez años sino de diez y seis años de prisión aumentándose a diez y siete, a diez y ocho, a diez y nueve, etc., etc., si fueren dos, tres o más las circunstancias de agravación punitiva..."

"...Por lo mismo, cuando en la sentencia de primer grado confirmada por el honorable Tribunal se ha escrito 'Partimos de diez y seis años (que es la pena mínima) guarismo que aumentamos en dos años por el agravante del numeral 7º' se ha tomado tal circunstancia de agravación punitiva primero para desubicar el homicidio del artículo 323 y llevarlo a la otra casilla, la del numeral 7º del artículo 324 con pena, obviamente mayor, y luego para agregarle dos años más de prisión, con lo cual se ha violado ostensiblemente el universal principio que con fórmula latina se expresa como el *non bis in ídem*..." (fl. 13).

Causal cuarta:

Cargo primero:

"...en el auto de llamamiento a juicio proferido por el señor juez del conocimiento se dice: 'El llamamiento a juicio será pues agravado conforme al artículo 324, numeral 7º, por haber colocado a la víctima en situación de indefensión, atándolo con cordel en ambas piernas, y desplegando en el sujeto pasivo, una serie de contusiones tan exageradas, que le produjeron fracturas múltiples y contusiones severo cráneo-toráxicas que le produjeron hemorragia cerebral, lesión pulmonar y cardíaca que lo llevaron a la muerte'.."

"...Dicha providencia fue recurrida, y la honorable Sala del Tribunal Superior en el auto de marzo 1º de 1982 que obra a folios 380, 381, 382 al revisarla, para nada trató, mencionó, aludió o se refirió a tal motivo de agravación.. " (fl. 14).

Cargo segundo:

"...Por parte alguna del auto de proceder el de la primera y el de la segunda instancias, se habla, dice, trata, estudia y deduce contra el señor Garcés el agravante sancionador mencionado y por ende, en el cuestionario sometido al Tribunal Popular, su ausencia es total y por ello es inexplicable el razonamiento del señor fallador concebido de esta manera: 'ya que el Triunvirato Popular le dio plena credibilidad al testimonio de Franklin Alfaro Villamarín, quien reiteró bajo la gravedad del juramento que ocho días antes de perpetrarse el hecho punible los nefandos imputados escogitaron la forma y los medios como debía realizarse la occisión del anciano Juan de la Cruz Martínez, y tal como lo planearon se llevó a término'..."

"...Obviamente, mejor forma de argumentar contra tal manera de actuar en el fallo no encuentro que la representada en el salvamento de voto a la sentencia de casación penal del 3 de diciembre

de 1980 firmada por los honorables magistrados doctores Gustavo Gómez Velásquez y Alfonso Reyes Echandía, que me permito transcribir:...".

"...Se dice en la parte considerativa de la decisión tomada por la Sala que 'la redacción del auto de proceder está reglada por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal y en ninguno de los numerales que lo integran se ve alusión a circunstancias de mayor o de menor peligrosidad. En cambio, en las reglas para la redacción de las sentencias en el apartado «C» del numeral 5º del artículo 171 del mismo Código, la mención de unas y otras es expresa. Además, las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad constituyen factores para la dosificación de la pena según el artículo 36 del Código Penal y la pena sólo se impone en la sentencia...'."

"...En otros términos, se resta importancia al aspecto de las circunstancias de mayor peligrosidad (circunstancias genéricas o comunes de agravación), pues bien pueden omitirse en el auto de cargo para aparecer en la sentencia...".

"...Esto, afecta, a nuestro entender, el debido proceso ya que es posible omitir la mención de tales factores de dosificación de la pena para ser finalmente deducidas en la sentencia, cuando ya resulta inadmisible toda controversia y alegación..." (fls. 19 a 20).

Cargo tercero:

"...En el caso a estudio es muy dudoso que se pueda afirmar sin reticencias haber gozado el señor Garcés de una defensa limpia, traslúcida, indubitable si se tiene en cuenta que su defensor en la causa fue el señor secretario del juzgado enjuiciador, el abogado Eleázar López Pérez según se desprende del —folio 11 vuelto— del auto de proceder y quien al actuar ante los estrados no podía indudablemente apartarse sicológicamente de su actuación anterior de primera y principal persona colaboradora del señor juez no sólo en la investigación sino en la elaboración de una de las piezas fundamentales de un proceso penal cual es el auto que enjuicia a un sindicado y ya conocemos todos cómo es de íntima la relación de entrambos —juez y secretario— y cómo es de intenso el cambio de opiniones para desembocar en la culminación de la providencia..."

"...Con qué autoridad jurídica y científica podía lograr inclinar a los señores jueces del Tribunal Popular hacia sus reflexiones y solicitudes en favor del señor Garcés Gómez si ellos conocían de mucho tiempo antes del debate o en él que uno de los signatarios del auto confirmatorio en donde se había resuelto llamar a responder en juicio criminal por el delito de homicidio y agravado era justamente la persona que ahora abogaba por aquél a quien él mismo había ayudado a encausar..."

"...En tales circunstancias es obvio que no existió razonable equilibrio con la función de acusación amén de la guarda de los derechos e intereses del procesado señor Garcés Gómez..." (fls. 21 a 22).

Considerando:

Causal cuarta:

Cargo primero:

El proceso es nulo, afirma el casacionista, a causa de que el Tribunal guardó silencio sobre la circunstancia de agravación del delito con apoyo en la cual la pena fue incrementada.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, por el contrario, además de considerar que la demanda carece de lógica en cuanto en ella el recurrente estima bien encausados a los procesados por homicidio agravado con apoyo en la causal primera, en tanto que con amparo en la cuarta considera nulo el proceso por no haberse hecho referencia en el auto de proceder a ese factor de agravación punitiva, estima, de otra parte, que el cargo carece de toda seriedad a causa de haber sido confirmado en su integridad el auto de proceder dictado contra los procesados en el cual se hizo expresa mención de la causal de agravación correspondiente.

Sobre este aspecto, la Sala considera:

No se cansa de repetir la Corte que *la confirmación que imparte el superior a las decisiones de primera instancia, quedan por ese solo hecho incorporadas a las que se profieran a virtud del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de consulta, sin que resulte indispensable, ni siquiera necesario, que en la de segunda instancia se transcriba la del juez inferior, o se precise uno a uno todos los varios aspectos que ésta contiene o se reiteren los mismos fundamentos y argumentos considerados en la de primer grado, bastando con este propósito que los razonamientos del juez* a quo *sean compartidos por el* ad quem *y en tal caso que aquellos estén ciertamente respaldados por los elementos fácticos origen del proceso y por las normas legales, tanto penales como procesales, en las que se apoya la decisión.*

Las providencias de primera instancia, sólo imponen a los juzgadores de segunda la obligación ineludible de motivar razonada, amplia y fundadamente las suyas cuando modifican, de cualquier modo, las consultadas o apeladas y, particularmente, cuando no se limitan a introducir a ellas cambios, más o menos importantes, sino que las revocan totalmente, reemplazándolas integralmente por otras de sentido completamente diferente al inicialmente considerado por el inferior.

En este asunto, como ya lo ha advertido el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Cali dijo expresamente en el auto por medio del cual confirmó el de proceder que hacía suyas todas las consideraciones del inferior contenidas en la providencia recurrida, a causa de que:

"...El análisis efectuado por el *a quo* a las distintas piezas probatorias allegadas a las sumarias relevan al Tribunal por su claridad y certeza a realizar un estudio que, sin lugar a dudas conduciría a similar conclusión, pues toda ella se ajusta a lo que procedimentalmente se exige en derecho. Por ello se le habrá de impartir su total confirmación..." (fl. 382, cdno. princ.).

No prospera el cargo.

Cargo segundo:

El proceso es nulo, alega el recurrente, a causa de no haberse aludido en el auto de proceder a la circunstancia de mayor peligrosidad que se dedujo en la sentencia para aumentar la pena a los procesados.

El señor Procurador estima, por el contrario, que la agravante genérica del ordinal 4º del artículo 66 del Código Penal, aparte de aparecer evidentemente en el proceso, no era de obligatoria inclusión en el auto de proceder:

"...Con relación al 'segundo aspecto' del segundo cargo en ambas demandas, tampoco hubo inobservancia de las formas propias del juicio cuando al dosificar la pena el Tribunal tuvo en cuenta la agravante genérica del ordinal 4º del artículo 66 del Código Penal que no se había incluido en el auto de proceder, pues dicha circunstancia no sólo aparecía evidente en el proceso desde un comienzo, sino que su inclusión en el auto de cargos no es obligatoria al tenor del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, ordinal 3º, con arreglo al cual sólo las agravantes específicas son de obligatoria formulación en la calificación del sumario junto a la norma tipo..."

Sobre este aspecto la Sala considera:

En el auto de proceder, particularmente cuando la audiencia debe realizarse con intervención del jurado de conciencia, sólo es necesario incluir aquellos factores respecto de los cuales el juez de hecho de la causa debe proferir su veredicto, vale decir, aquellos que se refieren a la responsabilidad o a la inocencia de los acusados y, caso de ser considerados culpables, a los relativos a las circunstancias de agravación o de atenuación punitivas, quedando al margen de su análisis, determinación e imposición, los demás aumentos o disminuciones de las penas, señalados en el artículo 61 del Código Penal, que son de la incumbencia de los jueces de derecho, de modo que el jurado no puede resolver ni sobre la gravedad, ni modalidades del hecho punible, ni sobre la personalidad del agente ni, tampoco, sobre las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuando no sean éstas modificadoras o elementos constitutivos de delito, que, como lo ordena expresamente la ley, "corresponden al juez de derecho" (art. 534 del Código de Procedimiento Penal).

Tampoco prospera el cargo.

Cargo tercero:

El proceso es nulo, afirma el impugnante, a causa de que respecto del procesado José Ariel Garcés Gómez la defensa fue ineficaz por haber sido confiada a quien obró como secretario en el proceso y respecto del sentenciado Alfredo Robinson Giraldo debido a que fueron menospreciadas dos declaraciones favorables a él.

El Ministerio Público, por el contrario, estima infundadas las objeciones, la primera porque no pasa de ser ella "una mera conside-

ración subjetiva del censor" y en cuanto a la segunda, pues, "como se anotó en el resumen ni siquiera se nombran en el libelo los autores de los tan supuestamente importantes testimonios, lo que constituye un olvido inexplicable del censor y permite comentar al margen, que resulta extraño el conformismo de los defensores intervinientes, en particular del de este procesado ante situación de tanta importancia en guarda de los intereses que les fueron confiados".

Sobre estos aspectos, la Sala considera:

La circunstancia de haber actuado en el proceso como secretario u oficial mayor o con cualquier otro oficio subalterno, no está erigida como causal de nulidad de los procesos en los que, dejados esos empleos, tales personas ejercen luego los cargos de apoderados o de defensores, sanción que la ley ha reservado, expresamente, para los actos realizados con la intervención de quienes tienen otras calidades, los Senadores, Representantes, Diputados, Concejales y Consejeros Intendenciales y Comisariales, por ejemplo, quienes no pueden quebrantar las incompatibilidades que les comprenden sin producir la nulidad de las actuaciones en las que hubiesen intervenido y la de las decisiones de autoridad generadas en tales actuaciones, nulidad que cualquier persona o el Ministerio Público puede pedir que se declare ante la autoridad competente (art. 4º de la Ley 11 de 1973).

La validez de las actuaciones cumplidas por el secretario que fue del juzgado, ya como defensor del procesado, no impide, sin embargo, que se las considere violatorias de la ética profesional del abogado, por disponerlo así la prohibición contenida en el artículo 40 del Decreto 196 de 1971, conforme al cual en ningún caso podrá el abogado actuar en relación con asuntos en los cuales hubiere intervenido *en ejercicio de funciones oficiales (subraya la Sala), del mismo modo que es conducta del funcionario que atenta contra la eficacia de la administración de justicia la cumplida por el juez del conocimiento al permitir que litigara ante él una persona, como el exsecretario, que no estaba autorizada para ello, tal como lo establece el numeral 17 del artículo 95 del Decreto número 250 de 1970, comportamientos uno y otro que deben ser disciplinariamente investigados* y para que lo sean la Corte dispondrá que se compulse lo pertinente del proceso con destino al Tribunal Superior de Cali y a la Procuraduría Regional de la misma ciudad, respectivamente.

De otra parte, la afirmación de que dos testigos, cuyos testimonios no fueron considerados, habrían modificado radicalmente la situación de uno o de ambos procesados no pasa de ser, como lo ha advertido el Ministerio Público, una simple aventurada opinión del casacionista, que éste deja huérfana de todo fundamento, sustentación y demostración, de modo que con apoyo en su enunciación no puede la Corte adentrarse en conjeturas hipotéticas sobre su trascendencia, credibilidad e incidencia en la determinación adoptada por los jueces de conciencia y, con base en el veredicto de éstos, en la sentencia recurrida.

No prosperan, tampoco, estos últimos cargos formulados al amparo de la causal cuarta.

Causal primera:

Cargo único:

La sentencia recurrida viola directamente la ley sustancial, a causa de haberse excedido el Tribunal en la aplicación de la pena, que sobrepasó el mínimo legal señalado en el numeral 7 del artículo 324 del Código Penal, conforme con los cargos contenidos en el auto de proceder y, por tanto, quebrantó la disposición del artículo 61 *ibídem.*

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, por el contrario, considera que la confirmación integral hecha por el Tribunal del auto de proceder dictado contra los procesados, significa que la Corporación hizo suyos "todos y cada uno de los presupuestos plasmados en esa providencia y, al hacerla suya, involucró la causal séptima de agravación del (...) artículo 324 del Código Penal".

Sobre este aspecto, la Sala considera:

No es en el auto de proceder, sino en la sentencia, donde se presenta al juzgador la necesidad de adecuar el comportamiento del procesado y las circunstancias de tiempo y modo de la ejecución del delito, a la sanción legalmente aplicable dentro de los mínimo y máximo permitidos, la más importante, si acaso no la única de las barreras que no es dable exceder a los sentenciadores y dentro de las cuales disfrutan éstos de un razonable poder de apreciación, como se advierte del artículo 61 del Código Penal que permite la graduación de 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".

No puede pretenderse, en consecuencia, que en el auto de proceder o en cualquier otra providencia anterior a la sentencia, pueda exigirse al juzgador una tan precisa indicación de los factores que han de determinar, llegado el caso, la individualización de la pena concreta aplicable, que ya nada quede por hacer al funcionario al momento de proferirla; lo que debe hacerse y se hizo en este proceso, fue señalar los elementos fácticos materia de la imputación, con las circunstancias conocidas que lo especificaban, de manera de dejar sentado, desde entonces, los presupuestos que habrían de ser más tarde considerados por el jurado y con base en el veredicto, en la correspondiente sentencia, para la graduación de la sanción.

No es cierto, tampoco, como parece creerlo el recurrente, que la pena mínima resulte siempre la legalmente aplicable cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación pues, por disposición expresa del artículo 67, las previsiones de esta disposición son aplicables, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61" que es, precisamente, como se ha dejado visto, la norma que faculta al juzgador para graduar razonablemente la pena imponible, entre cuyos factores, si bien es cierto que debe tenerse en cuenta el referente a las circunstancias de atenuación o de agravación, se incluyen, además, los relativos a otros motivos de aumento o de disminución de la sanción.

No prospera este último cargo y, por consiguiente, tampoco 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, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *No casa* la sentencia de origen y fecha indicados en la parte motiva de esta providencia.

La Secretaría de la Sala compulsará las copias a que se refiere la parte considerativa de esta providencia para los fines indicados en ella.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

El cargo tercero, en opinión del suscrito, debió prosperar en el sentido indicado por el recurrente. La mayoría de la Sala ha estimado que el "ejercicio ilegal de la abogacía", cuando éste se apoya en el desconocimiento de una de las incompatibilidades previstas por la ley, salvo lo relacionado con los miembros de corporaciones públicas (Ley 11 de 1973-4), no invalida el trámite y, por tanto, debe reconocerse su absoluta idoneidad.

No lo entiendo así. Creo que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene un valor tal que sobra la expresa conminación de la nulidad o de la inexistencia de lo actuado, para tomar determinaciones en este mismo sentido, cuando aparece su quebrantamiento. La naturaleza de estos frenos económicos, morales y jurídicos, de suyo tan grave y trascendentales como que, en algunos casos lleva al campo penal (art. 44 y ss.) y siempre al contravencional (Decretos 250 de 1970 y 522 de 1971), permite advertir que el más seguro de sus correctivos, para mantener y provocar su acatamiento, se traduce en impedir que la burla de sus restricciones y prohibiciones, pueda tener algún asomo o resultado de eficacia. De poco sirve, en este campo, castigar al que se ha olvidado de esos preceptos, si se deja incólume el acto realizado. Este, en múltiples casos, daña a terceros, resarcimiento que sólo es posible si se obliga a retrotraer la actuación cumplida. De no, el infractor quedaría satisfecho y hasta recompensado, pues la sanción personal de índole moral o patrimonial, aparecería como considerablemente menor a los lucros o provechos buscados u obtenidos con la ilegal operación.

La Ley 11 de 1973 consignó lo de la nulidad para enfatizar lo que se tenía por principio y desarrollo normal del precepto. En otras palabras, con o sin esta norma, la invalidación de lo actuado, cuando se contraviene el régimen de inhabilidades o incompatibilidades, es deducción obvia. Esta singularización no puede desconocer, en el artículo 41-3 del Decreto 196 de 1971, un igual efecto para otras inhabilidades, distintas a las consagradas en la mencionada ley, y que en este estatuto, por lo que a él atañe, se indican en el artículo 39.

La valoración lógica de esta cuestión es la siguiente: si la incompatibilidad de los senadores, representantes, diputados, concejales, consejeros, intendentes y comisarios, implica en su desconocimiento, la invalidez de lo actuado, las demás incompatibilidades, señaladas en el artículo 41-3, y equiparadas a las de la Ley 11 de 1973, deben comportar igual tratamiento, máxime cuando la doctrina general jurídica se dirige a tomar esta consecuencia, así no la determine el correspondiente estatuto.

En consecuencia, la causal invocada debió hacerse refluir hacia la casación del proceso, pues no se entiende que el ejercicio ilegal de la abogacía, por violación de incompatibilidades, deje supérstite el procedimiento y lo consolide como válido. Qué se diría, entonces, de suceso similar, en este terreno, si la defensa se hubiera realizado por abogado suspendido o excluido de la profesión (41-3) o que litigó sin autorización legal (43-1), situaciones que tampoco comprometen al menos expresamente, como lo exige la Sala, la nulidad del procedimiento?

Esto indica que los aspectos del artículo 41 del Decreto 196 de 1971, salvo la previsión del numeral 4º, en donde el rigor interpretativo puede y debe atemperarse un poco, merecen ser estimados en su quebranto, como que originan la invalidación de lo actuado.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

Bogotá, D. E., junio 18 de 1984.

RECURSO DE CASACION

CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Lo que la Corte ha elevado a rango de nulidad supralegal o de origen constitucional no es la reticencia o indiferencia del procesado respecto del ejercicio de su derecho a designar a un defensor de confianza, sino al arbitrario desconocimiento por parte del juez de su facultad para designarlo, o la indebida sustitución del escogido por el reo en otra persona, sin consentimiento suyo o el mantenimiento del nombrado de oficio, a pesar de haber sido designado luego otro de confianza

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Aprobado: Acta número 49.

Vistos:

El Tribunal Superior de Neiva, mediante sentencia de 19 de julio de 1983, confirmó en su integridad la proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad el 21 de abril de ese año, por medio de la cual condenó al procesado *Rodrigo Calderón Ortiz* a la pena principal de ocho (8) años y un (1) mes de prisión y a las accesorias de rigor, como autor penalmente responsable de la comisión de los *delitos de homicidio y de lesiones personales* que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la providencia del Tribunal interpuso oportunamente el recurso de casación el defensor del condenado, que fue debidamente concedido y más tarde declarado admisible por la Corte y en sustentación del cual el recurrente presentó la correspondiente demanda, declarada formalmente ajustada a las prescripciones legales por la Corporación.

El Ministerio Público, representado en este asunto por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ha contestado la demanda en escrito en el que estima infundados los cargos y en el que, por consiguiente, solicita a la Sala que no case la sentencia recurrida.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente resumidos en los autos en los siguientes términos:

"...aproximadamente a la una y media de la madrugada del día miércoles 10 de diciembre de 1980 (...) el sindicado Rodrigo Calderón Ortiz, que venía desde Girardot, llegó al apartamento ubicado en la calle 13 número 8-63 del barrio 'La Caraguaja' de la municipalidad de Campoalegre, donde habitaba su concubina Olga Gutiérrez Silva, con quien tenía un niño de tan sólo 3 meses de edad y penetrando por una ventana que da del solar a la alcoba de ésta la encontró durmiendo plácidamente en compañía de su amigo Alvaro Guzmán Gasca, motivo por el cual y sin mediar discusión alguna reaccionó violentamente contra (éste) propinándole un sinnúmero de puñaladas, con un cuchillo que portaba, que le ocasionaron la muerte momentos después cuando era trasladado de urgencia a un centro hospitalario de esta ciudad. En estos mismos hechos resultó herida, aunque levemente, la mujer Olga Gutiérrez Silva pues su concubino (sic) Rodrigo Calderón Ortiz, luego de proceder contra Guzmán Gasca arremetió contra aquélla dándole puños, patadas y golpes con un ladrillo en la cabeza que le dejaron una corta incapacidad sin consecuencia alguna..." (fls. 67 a 68, cdno. núm. 5).

II. La sentencia ha sido impugnada con invocación de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual el recurrente formula los siguientes cargos:

Primero:

"...El indagado *careció de adecuada defensa*, pues el juzgado que tuvo a cargo la instrucción sumarial le designó como 'apoderado de oficio' a un profesional *que ejerce por fuera de la localidad de Campoalegre, por lo cual dispuso se le librara despacho comisorio a Neiva en donde el abogado sí reside y sí tiene oficina profesional*, pero de donde nunca se desplazó hacia Campoalegre a hacer la defensa que, sin tener poderío para confiarla a persona de fuera de su jurisdicción territorial, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre indebidamente le asignó *y se produjo la* nulidad *desde diciembre 11 de 1980*..."

"... ... ..."

"...es total la ausencia de intervención del señor 'apoderado de oficio'. Ni un memorial, ni una prueba solicitada por el señor 'apoderado de oficio' en favor del indagado: desprotección total, inejercicio absoluto del sagrado derecho de defensa. Para Rodrigo Calderón Ortiz, si se mira el proceso y se analiza, *no existe en el Código Procesal Penal* actual el artículo 431, pues, si existe, el juzgado le dio una aplicación que no es la que le corresponde..."

Segundo:

"...Al notificársele a Rodrigo Calderón Ortiz el auto enjuiciatorio, *No se le hizo saber el derecho que tenía a designar un defensor:* por

esa causa *no designó defensor*, y el juzgado, *pretermitiendo el cumplimiento de aquel deber*, por sí y ante sí le designó defensor de oficio. Se violó el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal gravemente. Con ese proceder del juzgado se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque se han pretermitido las formas propias del juicio. Y surgió la *Nulidad* en mayo 6 de 1981..."

"...*Pruebas del presente cargo:*

"...También, el expediente: en él se echa de menos el cumplimiento del deber del juzgado de hacerle saber al procesado el derecho que tiene de designar un defensor que le asista en el juicio, como expresamente lo ordena el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal..."

Tercero:

"...Al practicarse el sorteo de jurados salió sorteado el señor Jorge Iriarte Villarruel, hermano del Fiscal Segundo quien ya había conceptuado desfavorablemente al indagado puesto que había pedido la confirmación del auto de llamamiento a juicio: obviamente su hermano —Jorge Iriarte Villarruel— no iría a contrariar el criterio de su pariente el fiscal. El no podría ser designado juez de hecho, en el caso de autos, por estar impedido para desempeñar el cargo conforme a los artículos 77, 78 y 88 del Código de Procedimiento Penal: sin embargo, se le tuvo como jurado de conciencia. Y actuó, como era de presumir: acordemente con el criterio de su hermano, el Fiscal del Tribunal. Con lo cual se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional. No parece que esto sea jurídico, y no lo es. Porque constituye violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Sin embargo, el honorable Tribunal no aceptó la reclamación. Y la nulidad existe..."

Cuarto:

"...El sorteo de los jurados suplentes, del 28 de septiembre de 1982, Alfonso Madrid Guarnizo, Gloria Santos de Andrade quien actuó en la audiencia que sirvió de base a la sentencia condenatoria, y Aldemar Sandino González, se hizo sin la intervención de la fiscal, quien no firma el acta, luego el sorteo es inexistente según el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal sin necesidad de resolución especial, y, desde esa fecha, inclusive, en adelante, todo el proceso es absolutamente nulo por violar el artículo 26 de la Constitución Nacional. *Pruebas de este cargo*: El acta sin firma de la fiscal, que indica que *no actuó*. De ahí en adelante todo es nulo: inclusive la audiencia porque en ella actuó Gloria Santos de Andrade, cuyo sorteo como jurado es inexistente..."

III. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del casacionista fundado en las siguientes consideraciones, con apoyo en las cuales solicita a la Corte que no case la sentencia recurrida:

Cargo primero:

"...Es verdad que producida la captura del sindicado Rodrigo Calderón Ortiz el 11 de diciembre de 1980, el secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Campoalegre lo enteró del derecho que tenía de nombrar un apoderado que lo asistiera en todas las diligencias subsiguientes, manifestando que oportunamente lo designaría, razón por la que el juzgado en cumplimiento a lo previsto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, le nombró como tal al doctor Jesús María Vargas Silva comisionando a un Juez Penal Municipal de Neiva para posesionarlo, diligencia que se cumplió el 23 de diciembre del mismo año (fls. 13 y 53 del cdno. principal)..."

"...Mientras tanto fue oído en indagatoria, diligencia en la que designó como apoderado al ciudadano Jorge Enrique González 'en ausencia de abogado residenciado en la ciudad' (de Campoalegre) definiéndosele su situación jurídica con auto de detención en su contra..."

"...En diligencia de confrontación con su concubina fue asistido por el señor Omar Torres Trujillo..."

"...La circunstancia de habérsele designado apoderado de oficio para que lo representara en el sumario a un profesional domiciliado en lugar distinto a aquél en que se adelantaba la investigación constituye notoria irregularidad por parte del funcionario instructor que sin embargo no alcanza a generar nulidad por falta de defensa del procesado por las siguientes razones:

"...En ninguna parte la ley de procedimiento obliga al apoderado del sindicado durante el sumario a intervenir en la práctica de todas las pruebas. Su asistencia sólo es obligatoria en las diligencias en que interviene personalmente como la indagatoria o los careos; oportunidades en las que el procesado Calderón Ortiz fue asistido por un ciudadano honorable en ausencia de abogado inscrito que lo representara (art. 123 del C. de P. P.)..."

"...Se aduce indefensión del sindicado durante la fase de recopilación de pruebas que es el sumario por el hecho de que su apoderado de oficio no intervino en la recepción de las diligencias investigativas, ni alegó en su favor; pero no se esboza siquiera un plan de defensa que debió seguirse ni se mencionan las pruebas favorables a él cuyo recaudo habría modificado su situación jurídica y en tales condiciones, la Corte carece de elementos de juicio para valorar el presunto agravio inferido..."

Cargo segundo:

"...Este motivo de nulidad fue planteado por el mismo profesional recurrente en casación en el trámite de la segunda instancia siendo denegado por el Tribunal Superior de Neiva con argumentos que no es del caso reproducir..."

"...No cabe duda que en el acto de notificación del pliego de cargos al procesado el secretario del juzgado omitió hacerle las prevenciones relativas a su defensa, entre las cuales, el derecho a desig-

nar un defensor de su confianza que lo representara durante el juicio, pero dicha irregularidad no lo privaba de la potestad de nombrarlo en cualquier momento desplazando al designado de oficio por el juez..."

"...Rodrigo Calderón Ortiz, enterado de la designación del doctor Hugo Tovar Marroquín como su defensor de oficio no la protestó sino que por el contrario la consintió..."

"...El silencio del procesado sobre el particular equivale a un renunciamiento del derecho consagrado en el artículo 485; renuncia que no puede tomarse como el desconocimiento de una garantía procesal pues habiendo reconocido tácitamente el nombramiento hecho por el juez se cumplió con la exigencia legal y constitucional de estar asistido o representado por un profesional del derecho en la etapa culminante del proceso..."

Cargo tercero:

"...El vínculo de parentesco entre uno de los miembros del jurado de conciencia y el Fiscal del Tribunal Superior no está previsto como causal de impedimento o recusación. La incompatibilidad por razones de consanguinidad o afinidad a que alude el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al Fiscal del Juzgado Superior como parte interviniente en la audiencia pública y no al Fiscal del Tribunal Superior..."

"...Sorteado como jurado el hermano del Fiscal del Tribunal Superior ninguna de las partes cuestionó su elección dentro del plazo señalado por el artículo 544 *ibídem* y fue éste quien advertido de tal suceso se declaró impedido para actuar siendo separado del conocimiento del asunto y reemplazado por el Fiscal Tercero de la Corporación..."

Ultimo cargo:

"...En ninguna parte la ley de procedimiento exige expresamente para la validez del sorteo de jurados la presencia del Fiscal del Juzgado. Por el contrario, el artículo 539 del Código de Procedimiento Penal, autoriza su realización sin el concurso de las partes con la sana finalidad de evitar demoras y quebrantos en el diligenciamiento que podría verse afectado por la voluntad o capricho de las personas llamadas a concurrir..."

Considerando:

1. El proceso es nulo, afirma el casacionista, a causa de que durante el sumario el procesado careció de adecuada defensa por habérsele designado como apoderado de oficio a un profesional que no residía en el municipio donde se adelantaba la investigación y porque éste, además, no presentó un solo memorial ni solicitó la práctica de una sola prueba a favor del sindicado.

A este respecto la Sala considera:

Con ser cierto que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre, a falta de abogado titulado residenciado en esa pobla-

ción, designó como apoderado de oficio del sindicado al doctor Jesús María Vargas Silva, quien ejercía en Neiva y quien, aparte de posesionarse, no tuvo intervención alguna durante el desarrollo de la investigación, no lo es menos que la irregularidad de tal designación y la falta del ejercicio del cargo por el abogado nó produjeron quebranto alguno a la defensa del procesado Calderón Ortiz, en primer término porque ninguno de los intervinientes en el proceso (el sindicado, su apoderado, el representante de la parte civil y el Ministerio Público) tiene la obligación de intervenir en la práctica de las pruebas, ni durante el sumario ni aún en el juicio, pudiendo todos concurrir o abstenerse de hacerlo sin que por dejar de asistir a alguna o algunas o a todas las diligencias, sufra quebranto alguno el debido proceso o se deje indefenso al procesado y, en segundo lugar, porque en las actuaciones procesales en las cuales la intervención del apoderado era legalmente obligatoria, tales las diligencias de indagatoria de Calderón Ortiz y de careo entre éste y las testigos Olga Gutiérrez y Melania Lemus, el sindicado no sólo estuvo asistido de apoderado, sino que éste fue designado, en cada caso, por el propio Calderón, (Jorge Enrique González para la primera de aquellas diligencias y Omar Torres Trujillo y Sebastián Candela Trujillo para las últimas).

No es obligación legal de los apoderados la de formular alegaciones y peticiones en todos los casos y cualesquiera sean las situaciones procesales, salvo que las pruebas permitan hacerlo fundadamente y de ese modo pueda inclinarse el criterio del juzgador en determinado sentido favorable a los intereses que se defienden, ni están obligados los intervinientes a interponer todos los recursos posibles contra todas las providencias que los admitan, así se esté conforme con ellas o no se posean argumentos atendibles para fundar la impugnación, conducta ésta que, por el contrario, algunas legislaciones sancionan con penas pecuniarias y el estatuto del abogado con severas medidas disciplinarias.

Frente al hecho de haber sido sorprendido el procesado Calderón Ortiz en cuasi flagrancia y al no menos trascendental de haber confesado éste la comisión de los delitos, no indica el recurrente, tampoco, de qué otra manera habría podido conseguirse, ni con cuáles pruebas, una más eficaz y más efectiva defensa del procesado y una calificación del sumario diferente al llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Segundo Superior de Neiva con reconocimiento, a favor de aquél, del estado de ira e intenso dolor consagrado en el artículo 60 del Código Penal.

No prospera el cargo.

2. El proceso es nulo, sostiene el recurrente, porque al notificarse el auto de proceder no se hizo saber al procesado que tenía derecho a designar a un defensor de su confianza y, además, porque como resultado de tal omisión se le designó, arbitrariamente, uno de oficio.

Sobre este cargo la Sala considera:

La irregularidad en la que incurrió el secretario del juzgado, consistente en no haber solicitado expresamente al procesado que designara defensor de su confianza o que dijera si no quería o no podía

nombrarlo o, de haberlo hecho, en no dejar constancia escrita de esa circunstancia, es omisión que permite considerar dos hipótesis, ninguna de las cuales indica que se produjo un quebrantamiento de los derechos procesales del enjuiciado, la primera porque si no tenía éste a quien nombrar para ese cargo, correspondía al juzgado designárselo de oficio, como ocurrió, quedando de tal modo debidamente notificado y ejecutoriado el llamamiento a juicio y, la segunda, porque si el juzgado no estaba facultado para hacer la designación del defensor de oficio, la consecuencia era que tampoco se podía notificar a éste el auto de proceder ni, por tanto, quedar ejecutoriada la providencia, que en tales condiciones lo habría sido indebidamente, (causal 3ª de nulidad del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), anulación que el procesado habría podido pedir dentro de los quince días siguientes a aquél en que se hizo a él la primera notificación personal, con el objeto de que fueron declarados sin valor la designación oficial, la posesión del defensor de oficio, la notificación del auto de proceder y las actuaciones siguientes y con el de que fuera subsanada luego la irregularidad con el reconocimiento del defensor de confianza, con su posesión y con la notificación a éste del llamamiento a juicio, lo que el procesado no solicitó en tiempo alguno a partir de esa primera notificación, que se cumplió, ya estando detenido, desde el día 22 de septiembre del año pasado.

La nulidad quedó debidamente subsanada (desapareció, como dice el ordinal 3º del artículo 210 citado).

Por lo demás, como ha sido doctrina constante de la Corte, lo que ésta ha elevado a rango de nulidad supralegal o de origen constitucional no es la reticencia o la indiferencia del procesado respecto del ejercicio de su derecho a designar a un defensor de su confianza, lo que puede hacer válidamente desde la notificación del auto de proceder o en cualquier tiempo posterior a partir de ese momento, y aún, inclusive, en la diligencia de audiencia pública de la causa, sino el arbitrario desconocimiento por parte del juez de su facultad para designarlo, o la indebida sustitución del escogido por el reo en otra persona, sin mediar expreso consentimiento suyo o el mantenimiento del nombrado de oficio sin embargo de haber sido designado luego otro de confianza y, en suma, la comisión de todo hecho que implique un abusivo desconocimiento oficial de la absoluta libertad e independencia que deben rodear la voluntad expresa del acusado en asunto de tanta importancia para él como el escogimiento del profesional a quien debe confiar la defensa de su honra y de su libertad.

Tampoco prospera el cargo.

3. El proceso es nulo, continúa el recurrente, a causa de que en la audiencia pública intervino como jurado un hermano del Fiscal del Tribunal que había actuado en él como agente del Ministerio Público, lo que significa que aquel estaba impedido para formar parte del jurado de conciencia de conformidad con los artículos 77, 78 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

En cuanto a esta acusación la Sala considera:

No es cierto, como parece creerlo el casacionista, que el hermano del Fiscal del Tribunal estuviese impedido para intervenir en la audiencia pública celebrada en el Juzgado Superior.

Las especiales causales de impedimento, expresamente señaladas en el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal para los jurados, no contemplan la aducida por el recurrente (parentesco de uno de ellos con el Fiscal del Tribunal), sino otra, totalmente diferente, que aquí no se presenta, (parentesco de uno de los jurados con "cualquiera de las personas que intervienen en la audiencia", una de las cuales es el fiscal del respectivo juzgado).

El motivo de recusación y por consiguiente de impedimento existió, en efecto, pero para el Fiscal del Tribunal, quien, conforme a la causal 7ª del artículo 78 *ibídem,* no podía revisar en segunda instancia la sentencia proferida en primera con fundamento en un veredicto elaborado con la intervención de un jurado que era hermano suyo.

El fiscal, por ello, puso de presente al Tribunal la existencia de aquella causal de recusación que le comprendía y la Corporación, con toda razón, le separó del conocimiento y ordenó pasar el asunto al que le seguía en turno numérico (el 3º), con quien se continuó la actuación y quien rindió el concepto de rigor sobre la sentencia recurrida.

No prospera, tampoco, este cargo.

4. El proceso es nulo, concluye el demandante, a causa de que la diligencia de sorteo de jurados no aparece suscrita por el Fiscal del Juzgado de la causa.

La inconsistencia de este último cargo es mayor que la de los anteriormente desestimados por la Sala, pues, como bien lo advierte el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"...En ninguna parte la ley de procedimiento exige expresamente para la validez del sorteo de jurados la presencia del Fiscal del Juzgado. Por el contrario, el artículo 539 del Código de Procedimiento Penal, autoriza su realización sin el concurso de las partes con la sana finalidad de evitar demoras y quebrantos en el diligenciamiento que podría verse afectado por la voluntad o capricho de las personas llamadas a concurrir..." (fl. 36).

Tampoco prospera este último cargo y, por consiguiente, tampoco la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y en un todo de acuerdo con él, *No casa* la sentencia de origen, fecha y contenido a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

(Causales 1ª y 2ª del art. 580 del C. de P. P.)

Cuando el jurado de conciencia se ocupa de una circunstancia de agravación del homicidio no considerada en el auto de proceder, ni en el cuestionario correspondiente, la adición que a este respecto formule el jurado, carece de trascendencia y efecto: Por lo cual el juez de derecho está en la obligación de desecharla, al valorar la respuesta acordada por el jurado, si tal supresión no desarticula el veredicto y este puede recibir una apreciación lógica y justa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 49 de 26 de junio de 1984.

Vistos:

Contra la sentencia emanada del Tribunal Superior de Cali (noviembre 16 de 1983), que impuso a *Antonio María Gómez Parra,* por el delito de "homicidio", en Jesús María Uribe Galeano, diez (10) años de prisión, así como las accesorias pertinentes, se interpuso en tiempo oportuno recurso de casación, admitido en auto de 27 de marzo del año en curso.

Ahora corresponde definir el mérito de la demanda presentada, declarada ajustada a las formalidades de la ley, en proveído de ocho de mayo del año en referencia.

Hechos y actuación procesal:

El siguiente es el resumen que consigna el Procurador 3º Delegado en lo Penal:

"En la noche del 20 de abril de 1982, en la cantina de Jesús María Uribe Galeano, en el Corregimiento de Potrerito, jurisdicción del Municipio de Pradera (Valle del Cauca), Antonio María Gómez Parra después de tomar bebidas alcohólicas y de ofender verbalmente a aquél y a su concubina quien lo hirió con una botella, fue sacado del bar

por su propietario, prosiguiendo desde afuera Gómez Parra su actitud desafiante y lanzando contra Uribe Galeano una piedra que lo golpeó en la cabeza, a consecuencia de lo cual murió al día siguiente.

"Recibida la denuncia, se abrió la investigación por el Juez Promiscuo Municipal de Pradera, quien recibió las declaraciones de los testigos presenciales y practicó diversas diligencias, entre estas reconocimiento sobre fotografías del sindicado, cuya captura no se logró, por lo cual se le emplazó y designó apoderado de oficio, habiéndose remitido con anterioridad el proceso al Juez Superior, quien dispuso la práctica de algunas pruebas; cerrada la investigación se calificó por el juez competente, de acuerdo con el Ministerio Público, con enjuiciamiento para el procesado por homicidio simplemente voluntario y se dispuso su detención preventiva; efectuado el emplazamiento del reo, ya que se hallaba en contumacia, se surtió el término probatorio sin que se solicitaran pruebas.

"En este estado del proceso, el acusado se presentó voluntariamente a las autoridades y constituyó defensor con el cual se procedió a celebrar la audiencia; en ésta se procedió a interrogarlo habiendo expresado que fue herido con un golpe con botella por la mujer del occiso, después de lo cual cuando éste lo sacó del establecimiento, se lanzaron piedras con la mujer citada y una de las arrojadas por ésta, hirió al occiso; solicitó la Fiscalía la condena del acusado y la defensa por su parte pidió la absolución y anotó que en caso extremo se estaría ante un homicidio preterintencional, porque no existió intención dolosa de parte del procesado.

"El jurado respondió a la pregunta que se le formuló sobre la responsabilidad del procesado: 'Sí es responsable pero sin premeditación'.

"Con base en esta respuesta y por considerar que la agregación dicha no modificaba el cargo como había sido formulado, el juzgado dictó su sentencia condenatoria, apelada por el defensor quien pidió al Tribunal se anulara el veredicto por resultar equivocado y se convocara al mismo jurado; y la Corporación citada confirmó la decisión de la primera instancia, mediante el fallo recurrido en casación".

La demanda:

1. Con base en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, que se inserta en el artículo 580-1 (la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial penal por infracción directa e indebida de sus normas), se afirma que la respuesta del jurado *("sí es culpable pero sin premeditación')*, daba lugar a considerar que se había negado la intención de matar, lo cual llevaba al juzgador a aplicar el artículo 325 del Código Penal y no el 323, como lo hizo. Y demuestra de esta manera su conclusión: "Si lo que el Tribunal del pueblo nos quiso decir con esa calificación de *'pero sin premeditación'*, no era otra de la que mi defendido no tuvo la intención de matar?, ya que la intención, se premedita, se piensa y se reflexiona, antes de cometerse el hecho. No creo que la intención aparezca luego de ejecutado el hecho ...Ahora bien, si el jurado no consiguió decidirse en ningún sentido,

sobre el elemento síquico y fundamental que en el homicidio es el propósito de matar, puesto que esa cuestión quedó descartada por el juez de derecho, al decir que las palabras calificatorias que pronunció el jurado de conciencia *'pero sin premeditación'*, no le agregaba ni le quitaba nada a la calificación, no hubo entonces afirmación ni negación y el juez carecía de base, para haber proferido sentencia. De otro lado en el mejor de los casos, hubo un veredicto equívoco, pues el jurado no descartó la culpabilidad del acusado, aunque esa no fue la pregunta, ya que se preguntó *'es responsable, sí o no'*, para descartarla le hubiera bastado dar un *no* rotundo, al cuestionario, como ordena el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, pero si admitió dicha responsabilidad, no aclaró cual era ella, si la correspondiente a un homicidio culposo, o la perteneciente a un homicidio preterintencional, o a un homicidio simple o de propósito, teniendo en cuenta que el arma utilizada en dicho homicidio fue una piedra que aunque idónea, no llevaba implícita la intención de matar".

2. La indicada situación dialéctica, pero ya dentro de la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, le sirve al recurrente para anotar: "De acuerdo con los anteriores planteamientos, se tiene que el juez y el tribunal de instancia, no cumplieron su misión de juzgadores de derecho, pues no aplicaron la ley penal de acuerdo con el veredicto del jurado, ya que se salieron de los precisos límites indicados por el jurado, al no tener en cuenta las palabras calificadoras de los hechos, que no eran otra cosa sino la traducción fiel de la no intención de matar por parte de mi patrocinado y en tales circunstancias se dictó la sentencia, hoy reclamada en casación, en un total y absoluto desacuerdo con el veredicto del jurado, dando ello motivo a solicitar como en efecto ahora se hace, de la honorable Corte Suprema de Justicia su nulidad, para que se dicte la que debe reemplazarla y en derecho corresponda pronunciar de acuerdo con el veredicto del jurado, según lo dispone el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

"El desacuerdo de la sentencia acusada con el veredicto del jurado es manifiesto y no se remite a duda alguna, puesto que no obstante haber negado el tribunal popular de parte de mi defendido la intención de matar con sus palabras textuales 'pero sin premeditación', no se tuvo en cuenta como atenuante del homicidio voluntario o de propósito traído a colación en el auto de proceder.

"Calificado como fue, por el jurado, de 'sí es culpable pero sin premeditación' que traducido a la sana lógica no es otra cosa que 'sí es culpable pero sin intención de matar', nos conlleva al homicidio preterintencional y el deber tanto del Juez Superior como del Tribunal de instancia era acoger esa determinación del Tribunal popular y sancionar el ilícito con arreglo a lo dispuesto en el artículo 325 del Código Penal".

Opinión de la Delegada y consideraciones de la Sala:

Es evidente que el cargo es el mismo pero se duplica para hacerlo servir, antitécnicamente, a dos causales diferentes, al punto que en

cada una de ellas siempre el razonamiento común es el que no se atendió al significado del veredicto emitido, el cual, para el censor, no puede ser otro distinto de una absolución. Pero esta circunstancia, fundamentada en la forma dicha, tiene un precepto exclusivo, esto es, el artículo 580-2 del Código de Procedimiento Penal.

Como bien lo anota el Ministerio Público, la cuestión debatida y debatible no es propiamente el alcance jurídico que pueda tener un determinado precepto (el art. 323 o art. 325 del C. P.), sino el alcance que pueda dársele a la veredicción emitida. Esto bastaría para desechar en forma integral la demanda, pero la Sala, en razón de haberse invocado con precisión la referida causal segunda del citado artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pasa a comentar este punto, el único de importancia en la alegación presentada.

Cuando el jurado de conciencia se ocupa de una circunstancia de agravación del homicidio (v. gr. "premeditación", en el anterior C. P., y, en el actual eliminada) no considerada ni en el auto de proceder, ni en el cuestionario correspondiente (que podría hacerlo si el período probatorio hubiera variado en tal forma la demostración de los hechos hasta dar por establecido, a este respecto, lo que durante el sumario no tuvo esa comprobación), la adición que a este respecto formule el jurado, carece de trascendencia y efecto. El juez de derecho está en la obligación de desecharla, al valorar la respuesta acordada por el jurado, si tal supresión no desarticula el veredicto y este puede recibir una apreciación lógica y justa. Si esto se dice en cuanto a reconocimiento que pretendería establecer un gravamen punitivo, qué no decir cuando la referencia pretende excluir un factor de esta índole. El apéndice resulta más intrascendente e ineficaz.

Ahora bien, el homicidio simplemente intencional o de propósito que se dedujo para Antonio María Gómez Parra, no desapareció en ninguno de sus elementos integradores y menos en el muy esencial del ánimo de matar, porque el jurado agregara que actuó sin premeditar su conducta, aspecto que como se deja anotado, carecía de consecuencias positivas, tanto en su negación como en su reconocimiento.

En el derogado Código Penal de 1936, así como en la doctrina propia a ese estatuto, la ausencia de premeditación no mudaba, por sí y automáticamente, el delito de homicidio intencional en delito de homicidio culposo o preterintencional, o en hecho fortuito. El homicidio intencional podría verse agravado por la premeditación, pero subsistir como tal sin esta circunstancia calificadora. De donde, insertarla era, obviamente, reconocer su intencionalidad. Su existencia, por una especie de profundización del dolo, demandaba una acentuación de la pena, aspecto ostensiblemente controvertible no sólo en el campo de la sicología sino en el propiamente jurídico, y, que seguramente motivó su supresión.

Resulta gratuita, caprichosa o irreal la deducción del recurrente cuando quiere apoyar la falta de intención en el homicidio cometido por Antonio María Gómez Parra, por el solo hecho de anotarse su falta de premeditación. Menos ilógico, aunque, igualmente indemostrable, hubiera sido pretender una confusión de vocablos en el jurado, al identificar la propuesta del homicidio preterintencional, sugerida en la audiencia, con los términos "sin premeditación".

O, en el ámbito de los lugares comunes paulatinamente superados, acudir a la alegación de volver equivalentes "sin culpa" o "culpablemente" o "sí es culpable" y la falta de intención o propósito homicida.

Pero la jurisprudencia también tiene por cuestión definida, el distinguir uno y otro concepto. Cuando se reconoce la culpabilidad, se está respondiendo la pregunta que a esta noción corresponde (elemento subjetivo del delito) y que el cuestionario determina (dolo, culpa, preterintención). Si en este se inquiere por un fenómeno culposo, ésta su exacta traducción; si por homicidio preterintencional, ésta su fiel interpretación; y si por un homicidio simplemente intencional, como ocurrió en el caso comentado, ésta su correcta apreciación.

El veredicto, pues, determinó una respuesta condenatoria, por homicidio intencional, o voluntario o de propósito, sin que el expreso rechazo al fenómeno de la premeditación allí consignado, tuviera un valor modificatorio de esa sustancial afirmación de ser culpable Gómez Parra.

Esto fue lo que el juzgador de derecho estimó y lo que consignó en su fallo, ahora recurrido. De ahí la plena consonancia entre el veredicto emitido y la sentencia proferida.

La Delegada coincide con esta forma de pensamiento y por eso comenta: "De acuerdo con el acta de audiencia, la defensa hizo referencia a la falta de intención de matar y al homicidio preterintencional, aunque no hizo una explicación suficiente al respecto; pero de esta circunstancia no puede desprenderse que se expresara concretamente tal negación por el jurado, en una interpretación que resultaría arbitraria y que no tendría fundamento, no obstante que en el debate de audiencia, no se hizo referencia en momento alguno a la premeditación.

"En esta forma, sin tratar de desconocer el veredicto, no procede darle el alcance indicado o pretendido para darle algún efecto o sentido a las palabras o expresión empleada, especialmente si se considera que en su sentido estricto no cabe la equiparación referida, como ya se dijo.

"Por estas razones, no se demuestra el desacuerdo indicado y no incurrió en el mismo el Tribunal al negar efecto a la expresión empleada, ya que no podría señalárselo con exactitud; y no basta la consideración de que el defensor pidiera la absolución y se refiriera al homicidio preterintencional, pues no se limitó simplemente a estas palabras, sino que aludió en relación con esta figura jurídica a la inexistencia de intención, la cual explicó al jurado; y si éste, no obstante tales explicaciones, no hizo la afirmación concreta, sino que se refirió a un aspecto diferente y no planteado, no basta esto para llegar a la conclusión que pretende el actor, además de que por otra parte, la pretendida interpretación no tiene asidero en la versión del procesado, o riñe con ésta, pues simplemente negó aquél ser autor del hecho".

El cargo tiene que desestimarse.

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

No casar, como en efecto *no casa*, la sentencia impugnada, ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

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

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

NULIDAD DE ORIGEN CONSTITUCIONAL

Para poder llegar a tal conclusión (nulidad supralegal por violación del derecho de defensa) se precisa establecer que se presentó una total carencia de representación o de actuación, traducidas en una desprotección absoluta de los derechos del procesado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobada: Acta número 51.

Vistos:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Gladys Palacio Usma* contra la sentencia de ocho de junio de mil novecientos ochenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al confirmar la proferida el diez de marzo del mismo año por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, la condenó a la pena principal de diez años de prisión como autora responsable del delito de homicidio cometido en persona de María Amparo García.

El recurso fue declarado admisible y la demanda se encontró ajustada a las prescripciones de ley (fls. 2 y 21 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

El 17 de julio de 1981 se encontraban en la casa de María Amparo Usma, situada en la calle 46 número 18-49 del Municipio de Dosquebradas del Departamento de Risaralda, María Amparo García, la occisa, Reinaldo Usma, con quien ella hacía vida marital, y otras personas, familiares entre sí, todas las cuales estaban en cuartos interiores de la residencia, casi todos ellos dedicados a ver un programa de televisión.

Entre siete y siete y media de la noche se hizo presente en ese lugar Gladys Palacio Usma, la sindicada, penetró hasta la habitación donde estaba María Amparo García recostada en su cama al lado de su marido, y la llamó. Salieron hacia otra de las piezas de la casa y allí recibió Amparo García la lesión que le ocasionaría la muerte poco después en el hospital de Pereira.

La sindicada abandonó precipitadamente la residencia y fue a dormir esa noche a casa diferente de aquella donde habitualmente lo hacía.

Abierta la investigación se le recibió su declaración indagatoria a Gladys Palacio Usma, en la que ella trató de llevar al convencimiento de las autoridades la posibilidad de un caso fortuito en el lesionamiento de la víctima, consistente en que, en medio del forcejeo que se trabó entre ambas cuando María Amparo García le golpeó en la cara y hasta la hirió, cayó ésta sobre el cuchillo y se ocasionó la lesión mortal.

En esta diligencia estuvo asistida por el abogado titulado que el juzgado le nombró de oficio por no tener ella a quién designar, y en el cual recayó igualmente la calidad de curador *ad litem*, dada la edad de la sindicada (16 años) (fls. 10 a 12 vto. del cuaderno principal).

De acuerdo con la diligencia de necropsia la herida que recibió la víctima (mujer de 17 años de edad), se localizó entre el segundo y tercer espacio intercostales izquierdos, con línea medio clavicular del mismo lado, penetrante a tórax y siguió una trayectoria "de delante hacia atrás, horizontalmente y de derecha a izquierda", y lesionó la cara anterior del ventrículo izquierdo del corazón (fl. 13 *ibídem*).

El perito que practicó la anterior diligencia la amplió posteriormente de la siguiente manera para responder la pregunta que le formuló el juzgado en cuanto a la posición que debieron haber tenido víctima y agresora al momento de recibir aquella la herida que le produjo la muerte:

"...En atención a lo anterior y en cuanto a la posible posición en la cual encontrábanse la sindicada y la occisa, es imposible determinarla sin tener elementos de juicio para ello (declaraciones de testigos, estatura de la sindicada, topografía del terreno, longitud del arma causante de la lesión, antecedentes previos al momento del delito, etc., etc.). Por consiguiente, lo que sí se puede asegurar con claridad es que la sindicada se encontraba en frente de la occisa y que su arma la dirigió de adelante hacia atrás, de derecha a izquierda y horizontalmente, con relación a la occisa" (fl. 74 *ibídem*).

En la ampliación que se le recibió de su indagatoria la procesada estuvo asistida por el apoderado que ella misma designó, el cual concurrió igualmente a la diligencia de reconstrucción de los hechos (fls. 75, 76 y 90 a 93 *ibídem*).

A todas las personas que se encontraban en la residencia donde ocurrieron estos se les recibió su testimonio y también al agente de policía que practicó la captura de la sindicada.

Para procurar despejar las contradicciones observadas entre las manifestaciones de algunos de los declarantes y las de la procesada se verificaron los correspondientes careos, en los cuales, aunque no estu-

vo presente su apoderado de confianza, sí fue asistida por uno designado de oficio, también profesional del derecho (fls. 110 a 113 *ibídem*).

Cerrada la investigación, el apoderado de Gladys Palacio presentó su alegato de conclusión, en el cual analizó los testimonios de quienes estaban en la casa la noche en que se sucedieron allí los hechos, para hacer énfasis en que nadie de estos presenció la forma como se desarrollaron ellos en su momento culminante, ni le hacen a Gladys la imputación directa de los mismos. Destaca la imposibilidad en que estaban de hacerlo, pues se encontraban entretenidos viendo un programa por televisión.

Esboza una posible legítima defensa con fundamento en la indagatoria de la procesada y en que ella también recibió una herida aunque no de gravedad, y pone de presente cómo no es descartable la hipótesis de que el hecho hubiese ocurrido de manera fortuita al caer la occisa, en medio del forcejeo, sobre el cuchillo que dice Gladys que aquella intentaba recoger.

Realza la buena conducta de su patrocinada, tanto con anterioridad a los hechos como durante el tiempo de detención, y aporta el acta de un Consejo de Disciplina, donde se hace constar su buen comportamiento y su dedicación al trabajo y al estudio.

Solicitó que se sobreseyera definitivamente en favor de ella, o al menos en forma temporal (fls. 117 a 119 del cuaderno principal).

El juzgado llamó a Gladys Palacio a responder en juicio con intervención de jurado por el delito de homicidio cometido en María Amparo García.

De la providencia se notificó personalmente su defensor, el mismo que la había apoderado en el sumario y a quien ella ratificó el mandato al ser enterada del enjuiciamiento.

No apeló de esa determinación, ni solicitó pruebas en el período de la causa (fls. 125 a 133, 134, 135 vto. y 137 *ibídem*).

En la audiencia pública hizo leer el defensor la indagatoria de la sindicada y trató de sacar avantes las afirmaciones de ésta en dicha pieza procesal, resaltando principalmente el hecho de que ninguno de los testigos vio cómo se produjo el lesionamiento de la occisa, pues, en razón de estar distraídos con un programa de televisión y por las pocas condiciones de visibilidad existentes, según se comprobó en la inspección judicial, no pudieron ellos percatarse de ese momento culminante.

Con fundamento en esas circunstancias alegó la duda razonable en favor de su defendida e impetró un pronunciamiento negativo respecto de la pregunta contenida en el cuestionario (fls. 149 a 156 *ibídem*).

Los jurados respondieron afirmativamente y por unanimidad el cuestionario que se sometió a su consideración (fls. 148 y 156 *ibídem*).

El juzgado acogió dicha veredicción y en consonancia con ella profirió sentencia condenatoria. De ella apeló el defensor que asistió a Gladys durante parte del sumario y en la causa (fls. 157 a 164 y 168 *ibídem*).

Encontrándose el proceso en la tramitación del recurso de apelación, la procesada otorgó poder a un nuevo abogado, el mismo que recurrió de la sentencia del Tribunal que confirmó la de instancia, y que ahora fundamenta la impugnación en libelo que pasa a estudiarse.

La demanda:

Al amparo de las causales primera, cuerpo segundo, y cuarta de casación (art. 580 del C. de P. P.), le formula el recurrente tres cargos a la sentencia, dos con fundamento en aquella, y uno con apoyo en ésta.

Causal primera.

Primer cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, consistente en apreciación errónea de determinadas pruebas y en falta de apreciación de otras.

Dice que es procedente la impugnación de la sentencia con base en este motivo, porque ella "acogió el veredicto del jurado cuando éste se fundamentó en errónea apreciación de la prueba testimonial que fue mostrada por el Fiscal colaborador del juzgado como demostrativa tanto de la autoría material del hecho por parte de la procesada, como de su responsabilidad".

Afirma que, por esa vía, el Tribunal, al confirmar la sentencia de instancia, la cual se basó sin reservas en la veredicción, reconoció a la prueba testimonial que obra en el proceso un valor de convicción que que no se desprende de ella, pues, dada la limitada órbita de apreciación de los hechos que tuvieron los declarantes, apenas se podría afirmar con apoyo en sus testimonios que María Amparo García fue lesionada *en presencia* de la sindicada, pero no que ésta hubiese sido la causante de las heridas que le produjeron el deceso, ni cuáles fueron los motivos determinantes, ni qué ocurrió en los momentos concomitantes y subsiguientes al suceso que ocasionó la muerte de aquella.

Transcribe luego el recurrente apartes de las declaraciones de los deponente para acreditar que ninguno de ellos percibió el instante culminante del lesionamiento de la occisa, por lo cual puede tenérseles como "testimonios inocuos", ya que esas personas "sólo conjeturalmente atribuyen la autoría del hecho a Gladys Palacio Usma".

Pone de presente que de esa incertidumbre en cuanto a la forma como se produjo el deceso de María Amparo García, y de la descripción que de su propio comportamiento hizo la sindicada en su indagatoria, como también de los términos de la inspección judicial y de la diligencia de necropsia, se desprende una duda que debió haberse hecho valer en favor de la procesada.

Advierte que no pretende hacer un replanteamiento de las pruebas "sino demostrar que fueron mal apreciadas, erróneamente valoradas porque, de dónde extrajo el juez *a quo* la conclusión de que Gladys Palacio fue autora única y eficiente de la herida que le causó la muerte a Amparo García o que aquella le infirió la letal puñalada, si *nadie*

presenció el momento culminante del hecho, si *nadie* la vio armada, si *nadie* la vio agredir y si ella explicó la conducta que asumió y que ....tiene acomodo a la lógica?".

Eso le permite afirmar que la imputación hecha a su defendida "se ubica, exclusivamente, en el inseguro mundo de las probabilidades, y jamás en el de la certeza que es requisito indispensable para proferir un fallo".

Manifiesta que la libertad de apreciación de los jueces de conciencia respecto de los elementos de juicio sometidos a su consideración no puede ir hasta el desconocimiento de la realidad probatoria, que parece ser lo que les ocurrió a quienes actuaron como tales en este proceso, debido al error que engendró en ellos la intervención del Fiscal, a quien le atribuye "frases tendenciosas, mentirosas, encaminadas única y exclusivamente a llevar a los jurados de conciencia a la errónea creencia de que Gladys Palacio sí mató a Amparo García, lo que no se probó, sino que simplemente se dedujo".

Para el recurrente, la sentencia, proferida sobre esos elementos de prueba, valorados erróneamente, viola en forma indirecta las siguientes disposiciones: Artículos 323 y 21 del Código Penal, 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal y 174 del Código de Procedimiento Civil, pues, al haber dado a la prueba el valor de plena o completa y haber desestimado la duda razonable que obraba en favor de la sindicada, la condenó por el delito de homicidio, sin que estuviese incuestionablemente acreditado que ella fue la autora del comportamiento que se le atribuye y sin que se hubiese comprobado, por lo mismo y en debida forma, la relación de causalidad existente entre ese comportamiento y la muerte de María Amparo García.

Segundo cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, consistente en haber otorgado a determinados medios de prueba un valor que la ley no les atribuye.

Se refiere a la diligencia de inspección judicial y a la necropsia, las que analiza y critica para manifestar que sobre sus conclusiones no puede edificarse la afirmación de la responsabilidad de Gladys Palacio en el homicidio de María Amparo García, pues el dictamen "contiene términos antagónicos que se destruyen recíprocamente" y la inspección judicial, al igual que aquél "nada prueba en concreto" y que ambos tienen por fundamento "conjeturas", "suposiciones", "meras probabilidades".

Expresa que de la indagatoria de la sindicada surge la hipótesis de que la muerte de María Amparo García pudo haberse producido al caer ésta sobre el cuchillo que sostenía en sus manos cuando la sindicada logró zafarse de ella y huir.

Esto le permite afirmar: "No considerar la posibilidad que presento, respecto de las explicaciones de mi defendida, dentro de los límites propios de su edad y educación, y dar a los peritazgos en asocio de los imaginados criterios de los testigos, la calidad de plena prueba, implica también una violación indirecta del artículo 216 del Código de

Procedimiento Penal, de naturaleza procedimental, pero de contenido sustancial".

Manifiesta que, además de esa norma, fueron violadas también, en este caso, las que citó en la anterior censura e igualmente los artículos 1º del Código Penal y 1º, 269 y 278 del Código de Procedimiento Penal.

A manera de resumen de ambos cargos, expresa:

"En consecuencia, el Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia que ataco, violó la ley sustancial, concretamente las normas que cité atrás, en forma indirecta, porque para condenar a Gladys Palacio, al aplicar aquellas normas, fue determinado por errores de hecho y de derecho en la estimación de los elementos probatorios, algunos de los cuales (ya los cité) no fueron apreciados y otros (también resaltados por el suscrito) recibieron un valor del que carecían conforme a la ley. El error de hecho nació cuando el juzgador ignoró o supuso pruebas y el de derecho cuando le asignó a los experticios médico o inspección judicial, un valor que legalmente no les corresponde, pues la ley (art. 278 del C. de P. P.), consagra que el dictamen del perito no es por sí plena prueba".

Pide, en consecuencia que se case la sentencia y se dicte el fallo sustitutivo que correspondiere.

Causal cuarta.

Nulidad de índole constitucional por ausencia de defensa en debida forma.

Dice que para la indagatoria le fue designado por el juez un apoderado en quien se hizo recaer también la calidad de curador *"ad litem"*, dada la edad de la sindicada, y que éste "ni siquiera se dio cuenta de las incidencias del proceso".

Posteriormente ella designó a su apoderado de confianza, pero sin tener facultad para ello pues era menor de 18 años (art. 386, inciso 3º del C. de P. P.), el cual la asistió únicamente en la diligencia de inspección judicial, mas no en los careos, ni en la práctica de las demás pruebas ni formuló a su nombre solicitud de libertad, a la cual tenía derecho por su edad y su actividad se limitó "a presentar un mezquino alegato previo a la calificación del mérito del sumario y lo propio hizo en la audiencia pública".

En el período probatorio de la causa no hizo solicitud alguna, y en la audiencia "repitió lo que ya había dicho en el aludido memorial de alegatos previos a la calificación del sumario, se refirió a la duda y terminó su intervención expresando al jurado de conciencia, sin siquiera rebatir las mentirosas afirmaciones del Fiscal del Juzgado Primero Superior, que los dejaba en libertad, pero que en aras de la duda, de la libertad, de lo que dijo la sindicada, que respondieran negativamente el cuestionario a ellos propuesto".

Solicita que se case la sentencia y se indique el estado en que debe quedar el proceso.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia impugnada, pues los cargos que se le formulan no tienen la virtualidad de afectar su legalidad.

Respecto de la censura por nulidad dice el Procurador que aunque la defensa no se ejercitó respecto de todas las actuaciones y oportunidades procesales en que pudo haberse hecho, ello no autoriza para afirmar que hubo ausencia total de efectiva representación, que es lo que viene a prestar apoyo a una nulidad de carácter constitucional.

Sobre este punto recuerda que a la sindicada le fue designado apoderado de oficio para la indagatoria, en quien se hizo recaer también la calidad de curador *ad litem;* posteriormente ella misma designó apoderado de confianza, el cual intervino en la diligencia de inspección judicial y presentó alegato al cerrarse la investigación; estuvo presente en la ampliación de indagatoria y actuó en la audiencia pública. En los careos fue asistida la procesada por apoderado de oficio.

En la vista pública el defensor formuló las argumentaciones que estimó pertinentes, a la luz de la realidad procesal y si no presentó otras diferentes no quiere decir que no existió defensa o que fue insuficiente, pues "los defensores no tienen una pauta concreta qué seguir en el cumplimiento de la gestión o atención de los intereses confiados, sino que adoptan las vías que conforme a sus conocimientos estiman procedentes; y así, del hecho de no haber solicitado pruebas, cuando no lo estimaba del caso el procurador judicial del reo por las condiciones propias del proceso, no puede inferirse simplemente la insuficiencia de la defensa".

En relación con los cargos que hace el recurrente a la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial en razón de errores de hecho y de derecho, recuerda el Procurador el reiterado criterio de la Corte en cuanto a que este motivo de casación no es dable alegarlo cuando se trata de sentencias proferidas en juicios con intervención de jueces de conciencia, pues, de llegar a prosperar la censura, implicaría, además del desconocimiento de la razonable autonomía del jurado, el pronunciamiento del nuevo fallo con prescindencia del veredicto.

Respecto de las críticas que el impugnante presenta en relación con el valor que se atribuyó a las pruebas para acreditar con fundamento en ellas la responsabilidad de su defendida en el homicidio por el que se le juzgó, dice el Procurador:

"Puede además agregarse, a manera de comentario, que no tienen asidero las consideraciones formuladas, pues se demostró que la víctima acudió a la llamada de la procesada y sin que interviniera ninguna otra persona, apareció lesionada en forma que se produjo su muerte poco después, alegando la misma en su defensa que hubo entre las dos forcejeo, que se rechazó con base en otras pruebas, explicación esta que sin embargo viene a ratificar su intervención en los hechos de la acusada, si bien no en la forma que expresa, sino como lo dedujo el fallador y lo afirmó el jurado con base en los otros elementos de juicio existentes".

Consideraciones de la Corte:

Ha de empezarse el estudio de la demanda por la censura que en ella se hace a la sentencia referente a una nulidad de carácter constitucional por ausencia de defensa, ya que la técnica del recurso lo impone así, pues de prosperar esa tacha se haría nugatorio el análisis de los demás cargos.

Falta de adecuada defensa:

Si el Estado tiene la potestad de adelantar, por intermedio del órgano competente, todas las diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho presuntamente delictuoso y al descubrimiento de su autor y a la determinación de las circunstancias en que lo cometió, todo con miras a imponerle la sanción que merece, al procesado le asiste, por su parte, el pleno derecho a explicar su comportamiento y a que le sea valorado de acuerdo con la realidad procesal y dentro de los estrictos límites de lo justo.

Si esto no ocurre así, bien porque al sindicado no se le brindaron las oportunidades procesales para hacerlo, o porque, habiéndolas tenido, nada hizo su representante judicial, pudiéndolo realizar, por hacer valer en su favor los aspectos benéficos que ofrecía la realidad procesal y, en general, por explicar adecuadamente la conducta de su patrocinado, forzosamente habría que hablar, en tal caso, de una ausencia de defensa y, por lo mismo, de la violación del debido proceso, y con ello de la nulidad de índole constitucional.

Pero para poder llegar a una tal conclusión se precisaría establecer que se presentó una total carencia de representación o de actuación, traducibles en una desprotección absoluta de los derechos del procesado.

En el caso presente, a la sindicada se le nombró apoderado de oficio para su indagatoria y para los careos, siempre abogado titulado (fls. 10, 110 y 111 vto. cuaderno principal), y el que ella designó de confianza la asistió en la ampliación de indagatoria y en la diligencia de inspección judicial sobre reconstrucción de los hechos, y alegó en su favor antes del auto calificatorio e intervino en la audiencia pública, en la cual hizo, en el fondo, el mismo planteamiento que ahora presenta la demanda en los cargos por violación indirecta de la ley sustancial y, finalmente, apeló de la sentencia de primera instancia, última actuación suya, pues a partir de ese momento la procesada otorgó poder a quien la representa ahora ante la Corte (fls. 75 y 76, 91 a 93, 117 a 119, 149 a 156 y 168 *ibídem*).

La circunstancia de que no hubiere intervenido en otras actuaciones, ni apelado del auto de proceder, ni pedido pruebas en la causa, ni formulado otras peticiones en nombre de su acudida, no implica que la defensa no hubiese sido idónea, pues ni la ley exige la presencia del apoderado o defensor en todas las actuaciones procesales, ni él está obligado a recurrir de toda decisión proferida en contra de su poderdante ni a estar formulando solicitudes y pidiendo pruebas, produzcan las consecuencias que produjeren. Tampoco puede medirse la

idoneidad de la defensa simplemente por el éxito de las peticiones formuladas.

Como lo ha dicho esta Sala: "La actividad de la defensa dentro del proceso penal supone un plan preordenado dentro del cual el abogado ejerce cabalmente su función, bien sea interponiendo recursos o absteniéndose de hacerlo; planteando determinadas tesis en el acto de la audiencia o propugnando por otras; solicitando la práctica de pruebas o asumiendo una actitud pasiva sobre este particular".

"La forma como se ejerce la defensa en las diversas etapas del proceso es compleja, y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados. Sostener que se violó el derecho de defensa consagrado en la Constitución por la mera circunstancia de no haber logrado las pretensiones de las partes a pesar de la actividad desplegada para imponerlas, es peligroso criterio que socava las bases jurídicas del juzgamiento, y deja desprotegida a la sociedad" (Sentencia de 23 de enero de 1975, *Gaceta Judicial,* Tomo CLI, número 2392, enero a diciembre de 1975, págs. 12 y 13).

El enfoque que el apoderado hizo de la defensa de Gladys Palacio, orientándola hacia la duda razonable en su favor por no existir testigos presenciales del momento culminante de los hechos y destacando, por lo mismo, la posibilidad de que estos hubiesen ocurrido como ella lo sostuvo en su indagatoria, era el que permitía o aconsejaba la realidad procesal.

Que el defensor de ahora habría podido hacerlo en mejor forma, como parece desprenderse de su alegación en casación, es pretensión que no puede desconocérsele, pues se basa en el convencimiento de sus propias capacidades, pero ello no autoriza para afirmar que el apoderado de las instancias no lo hubiera hecho bien, de acuerdo con las posibilidades de defensa que él encontró viables.

La irregularidad consistente en que no hubiese sido el representante legal de la sindicada quien, dada su edad (dieciséis años), designara al apoderado, no está erigida en causal de nulidad de orden legal (arts. 210 y 211 del C. de P. P.), ni alcanza a configurar una de índole constitucional, pues no afectó el derecho de defensa, que es lo importante, ya que como se vio, quienes representaron a la sindicada menor de edad, actuaron en la medida de las posibilidades que la realidad procesal ofrecía a la defensa.

El propio recurrente en casación es consciente de esa situación, pues no la elevó a la categoría de cargo en su libelo, sino que simplemente, de paso, la anota, al estudiar por otros aspectos la ausencia de defensa.

El cargo no prospera.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Le asiste razón al Procurador cuando solicita que se desestimen estos cargos por su improcedencia, ya que se trata de un juicio adelantado con intervención de jurados, a quienes la ley les reconoce razonable amplitud en la valoración de los elementos de prueba sometidos a su consideración.

Es esa la posición doctrinaria tradicional de la Corte, la cual descansa no solamente en la consideración que acaba de mencionarse, sino también en la absurda consecuencia a la que conduciría el desconocimiento del veredicto en casación por motivos diferentes de los que las propias reglas del recurso permiten (art. 580 del C. de P. P., numeral 3º). Y es que a la desestimación del veredicto lleva al aceptar en esta clase de juicios una tacha a la sentencia por violación indirecta de la ley en razón de errores en la valoración y apreciación de la prueba, pues en ese caso se impondría dictar el fallo sustitutivo el que, por lo mismo, se proferiría en desarmonía con la veredicción, con lo que se conculcaría el precepto contenido en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, violación que está erigida en causal de casación (art. 580 del C. de P. P., numeral 2º).

La alegación del recurrente bien pudo haberse hecho valer en las instancias para propugnar una declaratoria de contraevidencia de la respuesta del jurado, lo que no se hizo, ni puede hacerse ahora, pues ese mecanismo procesal no es propio del campo de la casación.

Por lo demás, y como también lo recuerda el Procurador, la prueba valorada en su conjunto, que fue lo que hicieron los juzgadores en las instancias, presta respaldo a la contestación de los jueces de conciencia, pues quedó acreditado que en la sola presencia de la sindicada resultó lesionada la occisa y que no hubo forcejeo o lucha entre ellas, a lo cual sumó aquella el indicio de la inmediata huída del lugar donde ocurrió el hecho y el haber ido a pernoctar en casa diferente de donde habitualmente lo hacía.

Además, hay testigos que afiman que fue ella quien inicialmente buscó y llamó a la muchacha que resultó herida mortalmente y no a la inversa (fls. 48, 60 y 99 vto. del cuaderno principal).

Los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, 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, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

TENTATIVA. ACTUAL ESTATUTO

La nueva codificación no distingue entre actos de ejecución y de consumación, de modo que la tentativa existe desde el momento en que se da principio a la ejecución

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 51.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Medellín* confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Superior de Yarumal contra *Nevio de Jesús Rojas Giraldo,* a quien impuso la pena de sesenta meses de prisión como autor responsable de *tentativa de homicidio.* Contra esta determinación el defensor interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

Hechos y actuación procesal:

A la tienda de Milagros Mazo Tobón se presentó Nevio Rojas con el propósito de que se le vendiera una botella de aguardiente; el tendero se negó a ello por no tener permiso para hacerlo. Momentos después acudió al mismo lugar el hijo de Rojas con igual finalidad y obtuvo la misma respuesta negativa. Cerca de diez minutos después Nevio Rojas regresó y sin mediar palabra disparó repetidamente contra Mazo Tobón, quien a pesar de haberse escondido tras el mostrador recibió un disparo en el pecho.

Los hechos relacionados tuvieron ocurrencia en Ituango a eso de las diez y media de la noche del 5 de marzo de 1982.

Adelantada la correspondiente investigación dentro de la cual el procesado negó haber estado en el lugar de los hechos a la hora de su ocurrencia, se calificó el mérito del sumario con un auto de proceder en contra de Nevio de Jesús Rojas Giraldo, por el delito de homicidio en grado de tentativa.

El 10 de febrero de 1983 se verificó la audiencia pública; al término de ella los miembros del jurado respondieron por unanimidad, al cuestionario planteado, en la siguiente forma: "Sí es responsable de intento de homicidio".

El juzgado del conocimiento acogió el veredicto del jurado y, en consecuencia, condenó a Nevio de Jesús Rojas Giraldo a la pena de sesenta meses de prisión por el delito de tentativa de homicidio. El Tribunal Superior de Medellín confirmó integralmente la sentencia y contra ella se interpuso el recurso extraordinario que ahora debe decidirse.

La demanda de casación:

Con apoyo en la causal cuarta de casación, el defensor del condenado impugna la sentencia de segunda instancia dictada en contra de su poderdante, por cuanto estima que la decisión que puso fin al proceso se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad.

La nulidad legal que invoca es la contemplada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que la imputación ha debido hacerse por el delito de lesiones personales y no por el delito de tentativa de homicidio.

Para sustentar su pretensión asevera que para el fallador de instancia fue suficiente que las lesiones se hubieran causado con arma de fuego, para de ello deducir un propósito homicida, cuando es obvio que esta clase de armas también pueden ocasionar lesiones personales. Estima, de otra parte, que si bien es verdad que el condenado disparó en tres oportunidades hacia el interior del establecimiento en donde se encontraba la víctima, si su intención hubiera sido homicida éste hubiera penetrado al interior del establecimiento para asegurar el resultado.

Destaca que de las lesiones inferidas a la víctima (siete días sin secuelas), ponen de relieve que en el ánimo del agente sólo existió la intención de ocasionar lesiones personales, ya que, de otra parte, el móvil a que se ha hecho referencia es de tal manera intrascendente que no explica un propósito diferente, a más de que la víctima no era enemigo del procesado ni precedieron amenazas o antecedentes que permitieran suponerlo.

Asevera que cuando se procede con ira no puede determinarse un propósito concreto, de modo que debe atenderse al resultado, pues es más frecuente que en estos casos solamente se lesione y destaca que la intención de matar tampoco puede deducirse de los antecedentes del procesado.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que se desestime el cargo formulado contra la sentencia acusada, porque la calificación que de los hechos se hizo en el auto de proceder es correcta. La prueba oportunamente practicada denota el propósito homicida, pues el procesado disparó en forma calculada y repetida contra la víctima, de modo que si no logró el resultado propuesto fue por la interposición de factores ajenos a su voluntad, esto es, porque los proyectiles dieron contra la madera del mueble que servía de pa-

rapeto al ofendido, al punto de que la bala que lo lesionó lo hizo en forma leve porque perdió fuerza al atravesar el obstáculo que la víctima puso al buscar refugio.

La futilidad del móvil, la deleznable coartada presentada y la forma insistente como disparó el procesado, destacan una clara intención de matar que fue aceptada por el jurado de conciencia, luego de oír las argumentaciones de la defensa, lo que lo lleva a concluir que no existe la nulidad que invoca el recurrente.

Consideraciones de la Sala:

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 22 del Código Penal de 1980, norma vigente para el momento de la realización de los hechos a los cuales se refiere este proceso, se presenta el fenómeno de la tentativa cuando el sujeto activo inicia la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, la cual no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Según la disposición legal citada, para que pueda hablarse de tentativa se requiere la presencia de los siguientes elementos: a) El propósito de cometer un determinado ilícito; b) Principio de ejecución de ese hecho punible; c) la idoneidad y univocidad de la conducta; y, d) La presencia de factores independientes de la voluntad del agente que impiden la consumación del hecho punible que el agente se había propuesto.

Punto de partida indispensable para la estructuración de la tentativa es el propósito de cometer un hecho punible determinado, pues de acuerdo con la nueva codificación el sujeto puede pretender la comisión de un delito o de una contravención. Tradicionalmente se ha discutido sobre la necesidad de demostrar el propósito del agente y sobre las dificultades para su demostración; no obstante, de antaño los doctrinantes han enseñado que de los hechos objetivos y externos puede inferirse la intención del actor y concretamente en relación con el propósito homicida se ha dicho que éste puede deducirse de la naturaleza del arma empleada; del número de golpes propinados; de la región del organismo que haya sido vulnerada, en la medida en que ello no haya sido producto de lo fortuito o accidental; de los motivos que dieron lugar a los hechos; de las relaciones previas entre los protagonistas del hecho; de las manifestaciones y actitudes anteriores o posteriores de quienes participaron; y, en fin, de todos los elementos de convicción que permitan al juez establecer de manera irrefragable dicho propósito.

En relación con el caso que ahora se examina, la prueba demuestra que el condenado actuó con el propósito de matar, que se deduce no sólo de la naturaleza del arma empleada, sino de otros importantes elementos de convicción que no pueden ser desatendidos. En efecto, el procesado accionó cuatro veces el arma, en una primera oportunidad el arma no le dio fuego, pero a continuación disparó tres veces; de la prueba testimonial infiérese que la víctima se encontraba

a una distancia de tres metros o menos; el autor del ilícito disparó en forma calculada, pues tal como aseveró uno de los declarantes: "El le apuntaba fijamente como a darle a Milagros. No disparaba a la loca" "...cuando Milagros se agachó detrás del mostrador, él tendió el revólver de para abajo y rompió las tablas..."; además, debe destacarse que la víctima resultó herida en el pecho y sólo la circunstancia de que el mueble trás del cual se escondió disminuyó la fuerza y velocidad del proyectil, impidió la producción del resultado letal.

La Sala comparte las siguientes apreciaciones del Ministerio Público: "la misma futilidad del motivo que llevó a Rojas a su violento comportamiento, el huir del lugar de los hechos tan pronto los realizó; el organizar y presentar una coartada tan deleznable como la que pretendió hacer valer en el proceso y por sobre todo, la actitud de apuntar con acierto a la humanidad de la víctima —como experto manejador de armas que era de acuerdo a las referencias procesales vertidas por él mismo— y seguidamente dispararle por repetidas ocasiones, no dan pávulo a la hipótesis del casacionista sobre la simple intención de lesionar al tendero Mazo".

El procesado dio principio a la ejecución del hecho desde el momento en que disparó sobre la víctima, es decir que su comportamiento trascendió la esfera privada para proyectarse en el mundo de los fenómenos objetivos con desmedro de intereses jurídicamente tutelados. *La nueva codificación no distingue, como la anterior, entre actos de ejecución y de consumación, de modo que la tentativa existe desde el momento en que se da principio a la ejecución. El hecho de que la conducta del sujeto se acerque en mayor medida a la consumación, sólo tendrá efectos en el ámbito de la regulación de la pena, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 61 del ordenamiento penal.*

La conducta del agente era idónea para la producción del resultado pretendido; así lo indica la calidad del arma empleada, la distancia a que se hallaba el objetivo, la forma reiterada como se accionó y el lugar del organismo que fue lesionado. Estas mismas circunstancias denotan que el comportamiento del sujeto estaba orientado a matar y no simplemente a lesionar, como lo pretende el recurrente, pues si de este último propósito se tratara, el arma no habría sido disparada en forma reiterada, ni orientada a parte vital del organismo.

Solamente la presencia de circunstancias ajenas a la voluntad del agente impidieron la producción del resultado buscado; el primer disparo fallido dio oportunidad a la víctima de parapetarse tras de un mueble y en esa forma evitar un resultado que parecía ineludible. De suerte que se dan todos los elementos propios de la tentativa de homicidio y, por lo tanto, no se incurrió en la nulidad alegada por el impugnante, por lo cual se desechará el cargo propuesto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia

En nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

ARTICULO 580-2 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

No puede plantearse esta causal cuando no hay desarmonía entre el pliego de cargos y la sentencia y sólo porque el juzgador en ejercicio de sus atribuciones hizo pronunciamiento definitivo sobre la no responsabilidad del procesado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 53.

Vistos:

En providencia de 29 de noviembre de 1983 el Tribunal Superior de *Manizales* confirmó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Primero Superior de ese distrito respecto de *Jorge Ospina Mejía* a quien se le imputaba *delito de falsedad documental.* Contra tal sentencia, el apoderado de la parte civil interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos:

Gloria Helena Alvarez de Ospina acusa a su esposo, Jorge Ospina Mejía, de haber falsificado documentos de traspaso del automóvil Renault 4, modelo 1979 con placas HC-0486, de su propiedad, y por esta vía haber logrado que se le entregara a su nombre la nueva tarjeta de propiedad del vehículo.

Actuación procesal:

Culminada la fase sumarial de la investigación, el Juzgado Superior calificó su mérito con auto de llamamiento a juicio del procesado por delito de falsedad documental, determinación que fue confirmada por el Tribunal; durante la etapa del juicio se practicaron nuevas diligencias, entre ellas un segundo dictamen grafológico y dactiloscópico; en la audiencia pública fiscalía y parte civil pidieron sentencia condenatoria, pero el juzgado emitió fallo absolutorio; apelada tal determinación, fue mantenida por el juez colegiado en la segunda instancia.

La demanda de casación:

Dos causales de casación invoca el actor, así: La primera en cuanto considera que se incurrió en error de hecho —con violación de los artículos 216-22 del C. de P. P.— porque el Tribunal ignoró la existencia del dictamen grafológico rendido por el Instituto de Medicina Legal de Risaralda, del cual se deduce inequívocamente que la firma de la denunciante fue falsificada por su esposo, y esa prueba "quedó en firme dentro del proceso"; y la segunda, porque la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y no lo está en razón de que el Tribunal absolvió al procesado, basado exclusivamente en el segundo dictamen pericial, cuando ha debido condenarlo con fundamento en el primero de ellos; en el examen de este mismo cargo, señala el demandante que el segundo dictamen no fue puesto en conocimiento de las partes, con violación de los artículos 222, 276 y 277 del Código de Procedimiento Penal.

El concepto de Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal opina que la sentencia debe mantenerse pues en cuanto a la primera acusación, no es cierto que el Tribunal hubiese ignorado la inicial peritación pues a ella se refirió en la sentencia; y en relación con la segunda, advierte que está mal planteada pues el memorialista la hace consistir en fallas de carácter probatorio con razonamientos que cabrían en la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial.

Considerandos:

1. *Causal primera.* No es verdad que el Tribunal hubiese ignorado en la sentencia que se ataca la peritación rendida por el Instituto de Medicina Legal del Risaralda y conforme a la cual la huella dactilar en el documento de traspaso del vehículo sí corresponde a la señora de Ospina, en tanto que su firma habría sido falsificada por su esposo; de ese dictamen se hace explícita referencia en varios lugares de la providencia (fls. 291, 294 y 295). Lo que realmente ocurrió, fue que durante la etapa del juicio se ordenó y produjo un nuevo dictamen pericial, esta vez por el Instituto de Medicina Legal de Bogotá con igual resultado respecto de la identidad de la huella dactilar de la denunciante, pero diametralmente opuesto al anterior en cuanto a la firma supuestamente falsificada pues concluye a este respecto que ella es auténtica. Y ante esas dos pruebas, en este punto encontradas, el Tribunal se inclinó por la segunda en razonado examen que tuvo en cuenta, además, el hecho de que el papel sellado en que se confeccionó el documento de traspaso corresponde a la época de verificación del acto y en que ambos dictámenes estuvieron de acuerdo en la autenticidad de la huella dactilar de la señora de Ospina; debió de pesar también en la decisión del juzgador de segunda instancia el hecho de que el segundo dictamen fue proferido por expertos de la Oficina Central del Instituto de Medicina Legal de Bogotá. Otro argumento del Tribunal fue el de que tan ostensible contradicción entre ambas peritaciones creaba en la mente del fallador, por lo menos, serias dudas sobre la responsabilidad del procesado que ya no podían disiparse, y

que entonces correspondía acoger el criterio del *"in dubio pro reo"* con asidero en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal. Lo demás ya es enfrentamiento de criterios entre parte civil y Tribunal sobre el valor probatorio de las dos peritaciones, aspecto sobre el cual, teniendo autonomía, el juzgador, no es válido edificar acusación jurídicamente atendible, menos aún en el ámbito en el que la planteó el casacionista. No prospera el cargo.

2. *Causal segunda. Como claramente lo expresa el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, esta causal de casación se presenta cuando "la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado". Pues bien, uno y otro aspectos de esta causal suponen que la sentencia de segunda instancia se refiera a delito o delitos distintos de los comprendidos dentro de la genérica denominación jurídica mencionada en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio, como cuando se emite auto de proceder por detención arbitraria y se condena al procesado por secuestro, o como cuando el jurado pronuncia veredicto de responsabilidad por homicidio conforme al pliego de cargos con la atenuante del delito emocional (art. 60 C. P.), y el juzgador de segunda instancia profiera condena con desconocimiento de aquella atenuante, o emita sentencia absolutaria; pero cuando —como en el caso de autos— se ha llamado a juicio por determinado delito (falsedad documental) y el Tribunal absuelve al procesado de los hechos por los cuales se le dictó auto de proceder, no es correcto plantear esta causal de casación, porque no se ha presentado desarmonía entre pliego de cargos y sentencia respecto de la naturaleza jurídica de estos; lo que ocurre en tales situaciones es que el juzgador de segunda instancia en pleno ejercicio de sus atribuciones examina la prueba a la luz de las exigencias legales para pronunciamiento definitivo sobre responsabilidad o no del procesado, lo que ha de hacer con criterios mucho más exigentes de los que fueron suficientes para proferir auto de vocación a juicio; por eso esta determinación no supone necesariamente que el proceso culmine con sentencia condenatoria. Y es que de interpretarse la falta de consonancia entre auto de proceder y sentencia en el sentido de desacuerdo jurídico sustancial sobre la evaluación de los mismos hechos, se llegaría al absurdo de que todo auto de proceder debe conducir a sentencia condenatoria. La etapa del juicio se ha creado precisamente para controvertir la prueba sobre la cual se edificó aquella providencia, y de ese debate puede salir fortalecida o menguada, con las consecuencias jurídicas pertinentes que se reflejarán ineludiblemente en la sentencia. Pudiera sin embargo, excepcionalmente plantearse esta causal de casación respecto de sentencia absolutoria cuando ella se funde en hechos punibles distintos de los que determinaron el auto de proceder, porque entonces sí aparecería discrepancia entre los cargos formulados y los hechos que motivaron la absolución; en tal caso, la sentencia habría dejado de examinar el comportamiento del procesado que motivó el auto de proceder, para ocuparse de uno distinto o para darle otra denominación jurídica y fundar sobre aquel o esta la decisión absolutoria, como cuando se llama a juicio por peculado y abuso de confianza.*

En este proceso, se dictó auto de proceder contra Ospina Mejía por falsedad documental y tanto el juzgador de primera instancia

como el de segunda lo absolvieron respecto de los mismos hechos con igual connotación jurídica formal, por lo que no aparece la falta de consonancia entre aquella y esta providencias, a que se refiere el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Está, pues, mal planteado el cargo y por eso debe desecharse.

Además, no es cierto que el segundo dictamen pericial penetró subrepticiamente al proceso y no pudo ser controvertido; pues, si bien es verdad, que no se puso formalmente a disposición de las partes (irregularidad que no vicia de suyo la actuación como lo ha manifestado reiteradamente la Sala), fue conocido por ellas y debatido su valor probatorio en la audiencia pública, durante la cual precisamente la parte civil lo estuvo examinando críticamente (fl. 247). No prospera el 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.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

NULIDAD DE ORIGEN CONSTITUCIONAL PROHIBICION A LOS JURADOS

(ARTICULO 561 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL)

La ley señala a cada uno de sus componentes (jurado) rotundas prohibiciones, como aquella de no comunicarse con nadie sobre la materia que deben juzgar. Esa violación lo hará incurrir en el delito de prevaricato

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 53.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Adolfo Rivero Leyva* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Cartagena* mediante la cual éste, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, le condenó a la pena principal de diez años de prisión, a más de las accesorias de ley, por el *delito de homicidio* en Habit Hadechine Deulofeutt.

Hechos:

Según las pruebas que obran en el expediente, los juzgadores de primera instancia los han presentado de la siguiente forma que el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, representante del Ministerio Público en esta oportunidad, también comparte:

"...'El sábado 20 de junio de 1981, se llevó a cabo una fiesta organizada por las alumnas del Colegio Departamental de Bachillerato, en la localidad del Carmen de Bolívar. Para tal efecto se instaló una caseta cercada de láminas de zinc. La fiesta en mención terminó a eso de las dos y treinta de la madrugada, habiéndose quedado en el

lugar, entre otros: Habit y Carmelo Hadechine, Sarife e Isis Palis Arias, Janeth Altamiranda, Armando Alandete, Juan Carlos Frieri, Carlos Hernández Vargas, Hernán Lamadrid, Héctor Fuentes y Adolfo Rivero, además de Alvaro Castillo Romany y Roberto Alvarez. Janeth Altamiranda, una de las organizadoras de la fiesta, le solicitó a Alvaro Castillo y Roberto Alvarez, que le quitaran las láminas de zinc que cerraban la calle. En esa labor intervino Juan Carlos Frieri, quien le dio unos puntapies a dichas láminas, por lo que fue increpado por Adolfo Riveros, habiéndose producido una riña entre ellos, en la cual intervinieron también otras personas, entre ellas Carmelo Hadechine. Luego que se hubo calmado la riña, Hernán Lamadrid, Adolfo Rivero y otros más decidieron hacer un sancocho, para lo cual salieron en busca de las vituallas, las consiguieron y volvieron a reunirse en el mismo lugar, entonces Adolfo Rivero se fue de allí y se presentaron Habit y Carmelo Hadechine, Juan Carlos Frieri y Alvaro Castillo y empezaron a discutir, entonces apareció Adolfo Rivero en una motocicleta e hizo un disparo con una pistola que portaba, fue agarrado por Juan Carlos Frieri, pero se le soltó y disparó contra Habit Hadechine hiriéndolo en el glúteo, éste cayó al suelo y Rivero Leyva le hizo otros disparos, que le causaron la muerte' (fls. 49 y 50, cuaderno 5º)".

Actuación procesal:

Con fundamento en el informe que le pasó el Comando de la Estación de Policía "El Carmen" (fls. 1 y ss.), el Juzgado 11 de Instrucción Criminal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fls. 3 y ss.). Se practicaron numerosas pruebas, se oyó en indagatoria al sindicado Rivero Leyva (fls. 40 y ss.), contra quien se dictó auto de detención (fls. 42 y ss.). Luego de la tramitación legal correspondiente, el juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia a Adolfo Rivero Leyva "por el delito de homicidio voluntario y simple" en Habit Gregorio Hadechine Deulofeutt (fls. 173 y ss.). Cumplidos los trámites correspondientes, se celebró la respectiva audiencia pública durante los días 23 y 24 de junio de 1982, la cual culminó con el veredicto de "sí es responsable, sin agravantes", el cual fue proferido por unanimidad (fls. 230 y ss.).

Cuatro días después el defensor solicitó del juzgado del conocimiento se decretara la nulidad de lo actuado en atención a que acababa de tener conocimiento de que el jurado Durango Espinosa en la noche correspondiente al primer día de audiencia y, en otra, después de la veredicción, comentó que el veredicto debía ser condenatorio. Citó los nombres de las personas que podían declarar sobre el particular (fls. 233 y ss.). El juzgado se abstuvo de decretar la nulidad impetrada y, en su lugar, profirió la sentencia condenatoria que estimó del caso (fls. 237 y ss.), la cual fue recurrida en apelación (fl. 248 vto.).

Ante el Tribunal el defensor presentó una serie de declaraciones extra-juicio tendientes a comprobar la actuación del jurado Pablo Durango Espinosa y solicitar una vez más se decretara la nulidad que antes le había sido negada (cuaderno del Tribunal, fls. 2 y ss.). La Corporación, de acuerdo con su Fiscal Primero (fls. 32 y ss.), no decretó la nulidad pues no la constituye la violación del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, pues ello "sólo hace incurrir al res-

ponsable en el delito de prevaricato conforme lo predica la misma disposición". En consecuencia, confirmó la sentencia, reformándola en cuanto revocó la decretada publicación especial de la sentencia y, además, ordenó se enviaran copias de lo debido "al juzgado competente a fin de que se investigue la conducta del doctor Pablo Durango Espinosa quien actuó como jurado de conciencia en esta causa" (fls. 38 y ss.).

La demanda:

El censor hace su propia relación de los hechos; presenta la *"actuación procesal"* en la cual da cuenta detallada de circunstancias referentes a la audiencia pública, a la noticia que con posterioridad a ella se tuvo de la actuación del jurado Durango Espinosa, a las solicitudes de nulidad impetradas y a las declaraciones que se solicitaron al juez de primera instancia y que luego se practicaron extra-juicio, para después formular dos cargos contra la sentencia recurrida, al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en nulidades de índole constitucional.

Primer cargo: Lo enuncia:

"...La sentencia de segundo grado se dictó en un juicio viciado de nulidad al quebrantarse, en materia grave, por parte de uno de los jurados de conciencia, la prohibición que consagra el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, al romper su 'imparcialidad y desprevención', su neutralidad apreciativa, 'como juez de hecho', pues que demostró en forma ostensible su desequilibrio preconceptuando su veredicción de condena para Adolfo Rivero Leyva en las primeras horas de la noche del 23 de junio de 1983 (sic), luego de concluir la primera sesión de la audiencia pública en la que se lo juzgaba, y antes de iniciarse la segunda y última, que se realizó al siguiente día. Es más. Al día siguiente o sea el 24 de junio de 1982, luego de terminarse la audiencia pública y de haberse producido efectivamente el veredicto condenatorio, el jurado Durango acudió nuevamente al mismo sitio —casa de Ignacio Céspedes en Cartagena— y ante los mismos u otros circunstantes (antes los había nombrado y presentado el extracto de sus declaraciones) explicó que había tenido que cumplir lo anunciado: Dar su veredicto de condena e influir para que los otros jurados así lo hicieran. Para él era lo mejor pero que no trascendiera. Y al sábado siguiente —26 de junio— fue a explicar su veredicto condenatorio al propio Adolfo Rivero Leyva. Así obró el doctor Pablo Durango Espinosa, jurado legalmente sorteado y quien integró el jurado de conciencia interviniente en la audiencia pública que juzgó a Adolfo Rivero Leyva. Así el quebranto de la prohibición contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal conculcó los principios básicos del debido proceso, 'del juicio criminal correcto, pues que a su turno el jurado Durango quebrantó su juramento rendido bajo la sagrada fórmula contenida en el artículo 560 *ibídem*, que guarda estrecha relación con las previsiones del artículo 561, citado'..."

En orden a demostrarlo, expone:

Numerosos testigos —que de nuevo menciona— "reunidos en casa de Ignacio Céspedes en Cartagena en la noche del 23 de junio de

1982, luego de terminar la primera sesión de la audiencia pública dentro de este proceso, narran cómo allí hizo su aparición el doctor Pablo Durango Espinosa, —a quien vio llegar además Rafael Leyva Sierra (fl. 22 *ibídem*)— como a las 8 y media p.m., y les manifestó que el caso estaba difícil que había suficientes motivos para condenar a Adolfo. El había hablado con "Guillo", el juez Guillermo Mendoza Diago, quien estaba de acuerdo con ello porque de lo contrario ya tenía la contraevidencia y de ser el veredicto condenatorio se comprometía a imponerle el mínimo de la pena. El "manipulaba" o influía en el resto de jurados como abogado penalista que era, no así el doctor Alvarez Lozano, otro de los jurados, que era civilista. Explicó lo que se entendía por contraevidencia y porqué daría su veredicto de condena, así hasta el momento no hubiera intervenido el señor defensor. Solicitó a los circunstantes no hablar sobre su visita y ni siquiera lo fueran a saludar en la sesión del siguiente día".

Al otro día, después de la audiencia, volvió al mismo sitio y ante las personas que el casacionista cita "expresó que la condena para Adolfo había sido lo mejor y que para ello él había influido en los demás integrantes del jurado y que el juez le impondría la pena mínima de 10 años. La contraevidencia hubiera dilatado el proceso y en ella ya él no podría intervenir, y por consiguiente no podría ayudar. Si el veredicto hubiera sido absolutorio los familiares de la otra parte hubieran podido darle muerte a Adolfo o a cualquier familiar suyo, o al juez o a ellos". A Martha Elena Meza Núñez, Secretaria de un Juzgado de Instrucción Criminal que le discutió "le explicó y por ende a los demás que el proceso tenía fallas y que el defensor no había hecho una buena defensa y se había limitado al auto de proceder. El influyó sobre los demás jurados y terminó por manifestarle al padre de Adolfo, Fermín Adolfo Rivero Pérez que él quería ir en su compañía a visitar a su hijo a la cárcel para explicarle el porqué del veredicto no fuera a traumatizarse".

El sábado 26 fueron a visitar al recluso "y el profesional explicó el porqué del veredicto condenatorio y dio idénticas razones que en las oportunidades anteriores y agregó que pronto podría obtener la libertad si reunía bastantes días de trabajo".

Así el jurado Durango Espinosa hizo "manifestación ostensible de la perturbación de su neutralidad e imparcialidad, y de su decisión de proferir veredicto condenatorio y de influir para que los demás jurados de conciencia lo emitieran en la misma forma. Ante ellos también llegó a hacer gala de haber cumplido lo prometido, de haber emitido y hecho emitir veredicto condenatorio". Repitió que el juez ofreció ponerle la pena mínima y que con trabajo podía obtener pronta libertad.

Todo lo anterior afectó al procesado Rivera "en detrimento de las prohibiciones taxativas previstas en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, contrariando abiertamente el juramento prestado bajo la sagrada fórmula del artículo 560, que como abogado penalista bien conocía".

"Así el jurado Durango con su actuar durante la audiencia pública en que se juzgaba a Adolfo Rivero Leyva y con posterioridad a la misma desquició 'los aspectos básicos del juicio criminal correcto' ge-

nerando nulidad supralegal de conformidad con las previsiones del artículo 26 de la Constitución Nacional".

En consecuencia solicita se case la sentencia impugnada y se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de 25 de enero de 1982, inclusive, que señaló día y hora para el sorteo de jurados y que se dé aplicación al numeral 3º del artículo 583 del estatuto procesal penal.

Segundo cargo:

La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad supralegal, alegable dentro de la causal 4ª del 580, porque se violó el derecho de defensa, porque al juez de primera instancia se le pidió que decretara la nulidad, señalándole las pruebas que debía decretar y practicar y, el funcionario la negó por falta de comprobación. Luego el Tribunal, ante las pruebas extra-juicio, no decretó la nulidad, pero sí dijo que esa conducta puede adecuarse "dentro de lo normado por los artículos 149 o 150 del Código Penal vigente, es decir que puede constituir delito de prevaricato". Lo cual es a más de contradictorio, violatorio del derecho de defensa.

Luego señala las hipótesis de lo que hubiera podido ocurrir de decretarse la nulidad desde la sentencia de primera instancia y manifiesta que "se restringió hasta el máximo el derecho de defensa. Se hizo inocuo, en definitiva, conculcándose las garantías procesales del artículo 26 de la Constitución Nacional, alegable en sede de casación.

En consecuencia pide que se decrete la nulidad correspondiente y se retrotraiga el procedimiento hasta el auto de 25 de enero de 1982, inclusive.

Consideraciones de la Corte y concepto del Ministerio Público:

Primero: 1º Adolfo Riveros Leyva fue llamado a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia, por el delito de homicidio en Habit Hadechine Deulofeut.

2º La audiencia pública se celebró durante los días 23 y 24 de junio de 1982 (fls. 211 y 221).

3º Actuaron en ella como jurados de conciencia Hernando Alvarez Lozano, Pablo Durango Espinosa y Ramiro Beltrán González (fls. 220 y 229), quienes habían sido legalmente sorteados para ello (fl. 191) y su veredicto, proferido por unanimidad fue: "Sí es responsable sin agravantes" (fls. 230 y ss.).

4º Al tener conocimiento de la actuación del jurado Durango que se ha dejado reseñada por el casacionista, el defensor solicitó del juzgado de primera instancia, ante quien enumeró algunos de los testigos de lo expuesto, el que evaluara "esa conducta que no puede desvincularse del veredicto emitido. Sobre el cual puede pesar un factor de nulidad" (fls. 233 y ss.).

5º El juzgado, aun cuando considera que un hecho de esa naturaleza engendra nulidad supralegal, no la decreta porque "hace falta

la prueba que forme convicción seria y respetable de que tal hecho sucedió" y, en consecuencia, dicta sentencia condenatoria (fls. 237 y ss.), la cual fue apelada.

6º Ante el Tribunal el defensor presenta las pruebas tomadas extrajuicio tendientes a establecer los hechos imputables al jurado Durango Espinosa y que en su concepto son la base de la alegada nulidad y así la impetra una vez más (Cuaderno del Tribunal, fls. 2 y ss.).

7º El Tribunal, habida consideración de una aclaración de voto que se produjo en la Sala Penal de la Corte, la cual comparte y "atendiendo las repercusiones jurídicas que puedan sobrevenir con motivo de la declaratoria de nulidad de sentencias que, como la que se revisa, abran paso para que en lo sucesivo se sigan alegando, bien en beneficio del acusado cuando sea condenado, o bien en beneficio de la parte acusadora, cuando el acusado sea absuelto. Sería como una cadena interminable y un estado de zozobra para la justicia, pues las partes procesales podrían valerse de cualquier medio probatorio (idóneo o inidóneo) para demostrar "infidelidad" en los jurados que intervienen en los juicios respectivos. Sólo hay delito de prevaricato pero no nulidad. En consecuencia, confirmó la sentencia, negó la nulidad y ordenó la expedición de copias para investigar penalmente la conducta del jurado Durango Espinosa (fls. 38 y ss.).

Luego se interpuso el recurso de casación cuyo estudio ocupa a esta Sala.

Las anteriores son actuaciones procesales que se encuentran debidamente consignadas en el expediente.

Segundo. Las pruebas presentadas ante el Tribunal para impetrar la nulidad:

El defensor del procesado, pidió al Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena el que, con citación del Personero Delegado en lo Penal, se oyeran en declaración extrajuicio a dos grupos de personas (Cuaderno del Tribunal, fls. 10 y ss.). Así se decretó (fl. 12).

Primer grupo. Con las declaraciones de Bernuil María Leyva de Rivero (id. fl. 17), madre del procesado Adolfo Riveros Leyva, de Adalgiza Céspedes de Leyva (fls. 18 y ss.), cuñada de la madre del procesado, de Jaime Alfonso Leyva Torres (fls. 12 y ss.), tío del procesado, de Rafael Leyva Sierra (fl. 22), tío del procesado, de Mirtha Elena Meza Núñez (fl. 23), persona extraña a la familia y de Margot Ferreira de Barreto (fl. 21), empleada de un juzgado, tomadas conjuntamente, se establece:

Que hacia las ocho y media de la noche correspondiente al 23 de junio, o sea cuando se levantó la primera sesión de la audiencia pública, el jurado Pablo Durango Espinosa se presentó en la casa de habitación de Ignacio Céspedes, ubicada en la Urbanización San Pedro, Manzana 35, lote 19 y les expuso a los allí presentes que el caso de Adolfo Rivero Leyva era muy duro, que lo mejor era condenarlo, que ya había hablado con el juez "Guillo": Guillermo Mendoza Diago, que lo era del conocimiento, para que le impusiera el mínimo de la sanción: Diez años, porque el juez "Guillo" le había dicho que si lo absolvían, ya tenía lista la providencia decretando la contraevidencia.

Que, además, si lo absolvían había el peligro de que la familia de la víctima pudiera tomar represalias, asesinando bien al joven Adolfo Rivero Leyva, bien a su papá, a alguno de sus familiares o al juez o a quien fuera. Que, de otra parte, si trabajaba con ahínco, pronto podría salir libre. Que él se encargaba de convencer a los otros jurados en el sentido de condenar, porque el otro abogado que de él formaba parte, era civilista y el otro no era profesional de derecho, por lo cual aquella tarea se facilitaba. Y que había que hacerlo ahora, porque si se decretaba la contraevidencia él ya no podía servir como jurado y, en consecuencia, no podía ayudarles.

Que al día siguiente, o sea el 24, una vez terminada la audiencia y cuando ya se había proferido veredicto condenatorio, volvió el jurado Durango a casa de Ignacio Céspedes y les dijo que todo había salido como él lo había pensado, que había tenido que convencer al jurado para que profiriera el veredicto condenatorio, que el muchacho trabajando saldría pronto y le dio su tarjeta al padre de éste para que cuando fuera a visitar a su hijo a la cárcel lo convidara, pues debería estar traumatizado por la condenación y quería aconsejarlo.

Lo anterior es lo que se desprende de las siete declaraciones de los exponentes cuyos nombres ya se consignaron. Pero es conveniente destacar de ellas algunas de sus expresiones:

Jaime Alfonso Leyva Torres: "Comencé a escuchar que el señor Pablo Durango dijo que Adolfo Rivera Leyva, quien es sobrino mío, había que condenarlo... El día siguiente o sea el 24 después de terminada la audiencia y conocerse el fallo del jurado nuevamente se presentó a la residencia... dijo que sí había motivo para condenar a Adolfo... porque el Guillo... se lo había dicho, y que si a Adolfo lo declaraban inisente (sic) ya él o sea el doctor Guillermo Mendoza Diago, ya tenía la contraevidencia lista..." (fl. 13).

Liliana Margarita Rivero Leyva: "El día 23... llegó el doctor Pablo Durango, Adlagisa (sic) nos lo presentó, entonces dijo que el caso estaba un poco feo que a ese muchacho... había que condenarlo porque el caso estaba duro, ya él había hablado con Guillo... que Guillo le había dicho que si lo declaraban absuelto ya él tenía la contraevidencia... y si lo condenaban ya Guillo le había prometido que le ponía la pena de diez años... entonces mi mamá le dijo que cómo se atrevía él a asegurar eso antes de oír hablar la defensa, entonces él le dijo que bueno que era verdad eso, pero que estaba duro el caso, luego mi mamá le dijo que hablara con los demás jurados y él contestó que no que tranquila, que precisamente había traído al doctor Alvarez Lozano, a su casa y le dijo cómo tenía que hacer, y que nos tuviéramos tranquilos que él manipulaba los demás jurados. Antes de irse adbirtió (sic) que cuidado alguien se iba a enterar de su visita y que al día siguiente ni que lo saludáramos en la audiencia. El segundo día... llegó el señor Pablo Durango a la casa del señor Ignacio, ...le oí decir que eso era lo mejor que había hecho el beredicto (sic) de haber condenado a Adolfo era lo mejor porque si lo hubiera declarado absuelto, lo hubieran matado o alguno de nosotros... le entregó a mi mamá una tarjeta de presentación para que el día de las visitas lo fuera a buscar para ir luego donde Adolfo. El día de la visita mi papá lo fue a buscar y fueron a la cárcel el señor Juan Pablo Cohen, el doctor Pablo Durango y mi papá

pero no sé qué hablaron o qué sucedió porque no estaba presente" (fls. 15 y ss.).

Bernuil María Leyva de Rivero: ..."El miércoles 23... el doctor Pablo Durango llegó y nos dijo, bueno, este caso de este muchacho está muy maluco, yo he buscado en los libros y todo y no he encontrado nada que lo favorezca, este muchacho hay que condenarlo, entonces yo le dije, que porqué se expresaba en esa forma que él apenas estaba escuchando la intervención de la parte civil, y no había oído la intervención del doctor Barboza (sic), que era su defensor que él no había oído la intervención de él, entonces me dijo o me contestó, no es que hasta este momento el muchacho está condenado... yo hablé ya con mi hermano Guillo, que es mi hermano Mason (sic) el juez, y me dijo que no le fuera a declarar inocente al pelado, porque ya él tenía la contraevidencia lista... y que él había hablado con Guillo para que le pusiera la pena mínima". Dijo que él manipulaba a los jurados, "ellos hacen lo que yo diga, porque el doctor Alvarez Lozano no sabe nada de penal... ustedes mañana cuando vayan nuevamente a la audiencia no me mira, no me digan nada hagan como si no me conocieran, entonces así me dijo este niño es mejor condenarle porque ese niño corre peligro lo pueden matar o matarlos a ustedes, también, nosotros tratamos de comunicarnos con el doctor Barboza y nos fue imposible porque se nos presentaron muchos inconvenientes y al día siguiente antes de la audiencia también tratamos de comunicarnos con él, y no lo pudimos hacer porque el doctor Barboza también llegó tarde" (fls. 17 y ss.).

Adalgiza Céspedes de Leiva, trabajadora social, hija del dueño de casa: Palabras más, palabras menos, confirma a la anterior. Durango "también agregó que era mejor la condena... que él había hablado con Guillo, refiriéndose al juez que él le prometiera (sic) que iba a ser la pena mínima... que no nos preocupáramos porque él manejaba a los otros dos jurados, entonces yo le dije que se acordara que uno de ellos era abogado y contestó que él no se dedicaba a ese tipo de negocios penales... el 24 de junio... el doctor Durango... se le presentó a Adolfo Rivera (Padre) y Rafael Leyva, ...les dijo que lo mejor que había podido suceder era haber condenado al muchacho... hasta el punto que quedaron completamente convencidos de ello... después le dijo al padre de Adolfo que en la primera oportunidad que tuviera de venir a Cartagena lo fuera a buscar a su casa para que lo llevara donde Adolfo Rivero. ...quería hacerle una visita a la cárcel para ayudarlo a limar esas asperezas que le habían dejado esos dos días de audiencia porque como era muchacho tan joven debía estar traumatizado y además quería explicarle cuál había sido la decisión de él... y él le entregó una tarjeta de presentación para que lo llamara apenas viniera a Cartagena, después de esto se fue" (fls. 19 y ss.).

Segundo grupo: Con las declaraciones de Adolfo Rivero Pérez (fl. 25), padre del procesado, de éste mismo (fls. 27 y ss.) y de Juan Pablo Cohen (fl. 24) se establece que el 26 de junio de 1982, o sea dos días después de la audiencia, el jurado Durango fue junto con el padre del procesado y junto con Cohen a la cárcel de la Ternera y allí habló con aquél sobre los motivos de la condena y de su intervención ante los otros dos jurados para que ese hubiera sido el veredicto.

A esta Sala los declarantes citados, le merecen credibilidad en cuanto hace relación a establecer los hechos centrales de lo expuesto.

Para la mayoría de ellos podría observarse que son familiares del procesado Adolfo Rivero Leyva. Pero esta circunstancia, con relación a lo que declaran, es natural y explicable: En efecto: Tratándose de la audiencia en donde se iba a decidir la suerte de su hijo, hermano o sobrino, es apenas natural el interés que debía haberse apoderado de ellos y el que, habiendo sido buscados por el jurado Durango, le hubieran puesto atención a sus apreciaciones. Como natural que ello hubiera ocurrido en la casa de habitación de Ignacio Céspedes en Cartagena ya que ella era la habitación permanente de él y de su señora Adalgiza, cuñada de la madre del sindicado, a donde era apenas natural que concurrieran quienes vivían en otra localidad.

De otra parte se observa que tales declaraciones no están trazadas ni cortadas sobre cartabón, sino que son la expresión espontánea de lo que cada uno de los exponentes había visto y oído y ahora relataba. No se aprecia, pues, que se hubiera presentado acuerdo previo sobre la manera de rendirlas.

Finalmente se encuentran respaldadas, en partes esenciales por los testimonios de Mirtha Elena Meza Núñez, secretaria del Sindicato Hocar y Margoth Ferreira de Barreto, empleada de un Juzgado de Instrucción Criminal, quien no tiene nexos ningunos con la familia Riveros.

Tercero. Establecida en la forma indicada la actitud del jurado Durango antes de terminada la audiencia y antes de haber hecho uso de la palabra el abogado de la defensa, reseñada la actividad por él desplegada tanto ante sus dos compañeros de tribunal popular como ante el juez del conocimiento, pasa a considerarse si ella puede ser constitutiva de nulidad de rango constitucional, como lo afirma el casacionista.

1º Sea lo primero sintetizar una vez más, que el jurado Pablo Durango Espinosa, según las pruebas que vienen de relacionarse, durante el lapso de la audiencia pública de juzgamiento de Adolfo Rivero Leyva y antes de que ella terminara, expresó concretamente a personas particulares, algunas vinculadas familiarmente al procesado y otras extrañas a él, que a Rivero Leyva había que condenarlo, que eso era lo mejor para él, que de eso podía convencer y manipular a los otros dos jurados, puesto que uno era abogado civilista y no sabía penal y el otro no era profesional y que ya había hablado con el juez del conocimiento, Guillermo Mendoza Diago, para que le impusiera el mínimo de la sanción, puesto que éste le manifestó que ya tenía lista la contraevidencia. Antes de terminar la audiencia, fue enfático en que lo mejor era condenar al procesado y, una vez concluida dijo que se había cumplido lo que se había proyectado.

La Sala quiere destacar esos hechos que fueron anteriores a la veredicción, es decir, cuando aún no se había proferido el veredicto y cuando aún no había empezado su intervención el abogado de la defensa.

La gravedad y trascendencia de las conversaciones anteriores al veredicto, sostenidas por el jurado Durango, no puede ponerse en tela de juicio, si se tienen en cuenta las normas legales que regulan la conducta de los jurados y que él, como abogado penalista, según su autocalificación, no podía ignorar. En efecto:

Los jurados deben ser "honorables y competentes" (C. de P. P., art. 522, numeral 1º).

Están impedidos para serlo "los que en cualquier forma tuvieren interés directo o indirecto en la resolución del asunto" (529); Para ser jurado se necesita ser ...persona de reconocida y notoria honorabilidad" (530); "El jurado deliberará colectivamente y sus conclusiones se tomarán en privado por mayoría de votos" (536).

Con las transcripciones anteriores se ha querido destacar por la Sala las muy exigentes condiciones de reconocida y notoria honorabilidad y competencia, virtudes esenciales que deben acompañar a quienes son llamados a la nobilísima misión de jurados de conciencia. A tal extremo, que si se establece que falta una de esas condiciones, al ser sabidas por el juez, "aun cuando no fueren alegadas, los declarará impedidos y procederá a reemplazarlos, extrayendo las fichas que fueren necesarias" (543).

Y, recálquese, que la deliberación del jurado debe ser privada y, en privado se tomarán sus decisiones (536).

Es decir: En la persona del jurado se exigen las más sobresalientes condiciones de hombre de bien, de hombre recto, de hombre competente desde el punto de vista de conocimientos, de hombre honrado a toda prueba, como que la misión que le corresponde, la más noble, la más sagrada, la más delicada que puede pesar sobre los hombros de persona alguna, como que en tal función, según se ha dicho, asume terribles funciones propias de la divinidad.

Desde otro punto de vista y en relación con la misma materia, es imperioso recordar las dos disposiciones siguientes:

"*Artículo 560. Juramento.* Reunido el jurado, puestos de pie todos los concurrentes, el juez exigirá juramento a los miembros de aquél, con la fórmula siguiente: 'Juráis y prometéis delante de Dios y de los hombres, *examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa* que va a hacerse al acusado; *no traicionar los intereses de éste*, ni los de la sociedad que lo juzga; no escuchar en el desempeño de vuestra misión ni el odio, *ni el temor, ni el afecto*; decidir con la *imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado*, sin atender voz distinta a la de vuestra personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga; *no comunicarnos con nadie*, sino entre vosotros mismos en la conferencia que vais a tener, sobre la causa sometida a vuestro veredicto, y no olvidar que la sociedad os ha confiado la más sagrada de las misiones y la de mayores responsabilidades presentes y futuras, cual es la de administrar justicia entre los hombres".

"*Artículo 561. Prohibición a los jurados.* Desde el momento de ser notificados de la designación, aun cuando las audiencias ya hubieren concluido, los jurados no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les *correspondiere* o hubiere correspondido intervenir como jueces. La violación de lo anterior hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato, sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiere propuesto".

Quiere la ley que sean excelsas las condiciones de las personas llamadas a formar el jurado y que éste, en su integridad, se encuentre así compuesto. Para sellar lo anterior, señala a cada uno de sus componentes rotundas prohibiciones, como aquella de no comunicarse con nadie sobre la materia que debe juzgar, ni antes ni después de la veredicción, llegando a ser tan celosa la ley que esa sola violación "hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato".

Y en el juramento que se presta con invocación del nombre de Dios, bajo nobilísima forma, se le ordena "examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa", "no traicionar los intereses del procesado"; no escuchar "el odio, ni el temor no el afecto"; "decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado", oír sólo la voz de su conciencia, decidir sobre su propia convicción íntima y, una vez más, bajo la gravedad de ese juramento, le prohíbe "comunicarse con nadie, sino entre vosotros mismos en la conferencia que vais a tener", recordándole, por último, que su misión de administrar justicia es sagrada y "la de mayores responsabilidades presentes y futuras".

El cumplimiento y la sujeción a los mandatos que vienen de destacarse, constituyen para la etapa del juzgamiento en audiencia pública con mediación del jurado, las garantías procesales con las cuales la ley, en desarrollo del artículo 26 de la Constitución ha querido broquelar. De manera que observándolas y no violándolas ni dejándolas violar en materia grave, es como se cumple el debido proceso y como se garantizan los intereses tanto de la sociedad, como de la parte civil y de la defensa del procesado. Si hay vulneración de todo o en parte de lo anterior en materia grave, pues habrá de concluirse que se está en presencia de una nulidad de índole constitucional, por violación del debido proceso y, según el caso, también del derecho de defensa, todo lo cual se encuentra garantizado en el artículo 26 al cual se ha hecho referencia.

Aplicando lo anterior al caso sometido a consideración, se tiene:

De los mandatos legales transcritos, casi no hubo uno solo que no violara el jurado Pablo Durango Espinosa, abogado penalista de profesión, según sus propias palabras. En efecto:

No se sabe qué recóndito "interés directo o indirecto" tuviera dentro de este proceso o, en relación con la suerte del procesado Adolfo Rivero Leyva, puesto que desarrolló la actividad que se ha venido destacando. Y ello, de existir, le constituía causal de impedimento (529); tampoco podía abrigar temor o miedo de ninguna naturaleza, como fue a comunicarlo (560); ni le era lícito, sino que le estaba

rotundamente prohibido, escuchar las voces del afecto (560). Violó su juramento en cuanto no solamente estuvo tratando sobre el tema con el jurado Lozano en la calle y en la noche comprendida entre las dos sesiones de la audiencia, sino que ampliamente lo debatió esa misma noche con personas extrañas al cuerpo del jurado y, además, sin haber oído ni examinado "con la más escrupulosa atención" los argumentos de la defensa, puesto que ésta aún no había hecho uso de la palabra, afirmó, aseguró y repitió que el caso era duro, que a Rivero Leyva había que condenarlo y, yendo aún más adelante, que ya había convencido de eso a uno de los jurados y había conversado sobre el particular con el juez del conocimiento, Guillermo Mendoza Diago, quien se comprometió con él a imponerle al procesado el mínimo de la pena, o sea diez años, pues de ser absuelto, ya tenía lista la providencia de contraevidencia del veredicto.

Obsérvese que la Sala ha querido destacar y está insistiendo en la actitud del jurado Durango en la noche del 23 de junio, es decir, la comprendida entre los dos días que duró la audiencia pública.

Esta Sala, ante un caso de menor gravedad del ahora planteado, pues en aquél se trataba de que un jurado habló con anterioridad a la audiencia con el juez del conocimiento, sin que se supiera sobre qué versó lo tratado entre ellos, expuso:

"La prohibición que consagra el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, evidentemente responde a una tutela de imparcialidad y desprevención en los jurados. Se busca preservar la neutralidad apreciativa en estos juzgadores de hecho y evitar desequilibrios (formación de intereses, preconceptos, animadversiones, etc.) que puedan afectar o favorecer al procesado, o a otra de las partes intervinientes. Guarda esa regla una íntima y armónica relación con el contenido y fines de la hermosa fórmula de juramento que consagra el artículo 560 de la misma obra, compendio de los excelsos deberes que contraen los jurados y orientación segura y justa del ejercicio cabal de sus funciones. No es, pues, aspecto de poca monta la naturaleza y alcance de estas disposiciones. Sin temor al yerro bien puede decirse que su quebranto, en materia grave y dentro de los límites ponderados que su contexto insinúa, como se advertirá más adelante, desquicia los aspectos básicos del juicio criminal correcto. Esto debe afirmarse categóricamente si se quiere mantener este especial sistema de juzgamiento en sus exigibles moldes.

"No acatar esta prohibición, entendida con sus necesarias y justas limitaciones, es incurrir en nulidad de rango constitucional, la misma que de por sí determina el surgimiento de invaluables riesgos y daños. Acierta el memorialista cuando trata el asunto dentro de la comentada órbita pero desvía el criterio al dilatar sus generalizaciones y no admitir distingos en esta clase de comportamientos".

Más adelante: "Cuando se observan las tradicionales particularidades del jurado (libertad de forma en su pronunciamiento, no sujeción a tarifas probatorias, su condición social e intelectual, debilidad de los controles legales para contener sus desvíos, transitoriedad del ejercicio de sus funciones, etc.), se tiene que destacar la importancia de previsiones legales que se dirigen a preservar su imparcialidad

mediante un propósito y un resultado de reserva y aislamiento. Y esto se consigue, indudablemente, caracterizando la inobservancia del artículo 561 como nulidad constitucional, cuando la misma traduce un sensible alejamiento de esta ordenación". "Jurisprudencia Penal de Alfonso Reyes Echandía - 1980, páginas 247, 248 y 249".

Luego prosigue la Sala en su discurso: "Esto indica que la Corte se muestra más flexible y menos crítica en la apreciación de los contactos de los jurados con los funcionarios, que entre aquellos y los particulares, debiéndose agregar como cobijados dentro de esa absoluta desconexión que recomienda la Corporación, los procesados, sus defensores y la parte civil.

"Conforme a lo escrito tiene que desecharse la censura porque no se suministró una información atendible, sin exigir certeza sino probabilidad del hecho prohibido, sobre la naturaleza de la aproximación producida entre la jurado Luz Betty Jiménez de Borrero y el fisal y el juez de la causa.

"Nada se sabe sobre la índole de ese acercamiento y menos sobre sus efectos. Pudo excluirse toda referencia al juicio o tocar éste en aspecto permitido, v. gr. la solicitud de copia de un concepto fiscal, el facilitamiento del expediente, etc." (Casación 29-II-80. M. ponente doctor Gómez Velásquez).

Obsérvese que el fallador de primera instancia, quien recuerda, al igual que el de segunda, la sentencia de la cual algunos de sus apartes vienen de transcribirse, no decretó la nulidad supralegal invocada por el defensor, a pesar de manifestar que los hechos sí darían lugar a ello, porque dijo que no estaban probados.

Y el Tribunal, porque, siguiendo la pauta de un salvamento de voto en esta Sala, se "abre la puerta para que se demanden y reconozca nulidad constitucional cuando quiera que el jurado hubiere sostenido conversación sobre el proceso en que interviene o haya intervenido, cualquiera sea su interlocutor, 'la clase de conversación o la finalidad que se hubiera propuesto', como que la norma en cuestión no establece límite alguno al respecto. Por esta vía podría llegarse al absurdo de declarar la nulidad de un proceso en el que los jurados conversaron sobre él después de haber absuelto al condenado, siendo jurídicamente impecable su determinación y aceptada por los falladores de derecho en ambas instancias".

Quiere la Sala explicar que no es cualquier clase de conversación, sostenida en cualquier tiempo, la que puede engendrar la nulidad de carácter constitucional, por inobservancia de las formas propias del juicio. En absoluto. La primera condición consiste en que esa conversación o cambio de ideas sobre la materia, debe ser anterior al veredicto o, en ocasiones simultánea con el momento en que se está profiriendo. De manera que las conversaciones posteriores a la veredicción, apenas tienen el poder, llegado el caso, de hacer funcionar el aparato judicial en la investigación del posible ilícito de prevaricato.

La segunda condición hace referencia a la materia tratada con anterioridad a la respuesta del cuestionario, en el sentido de que el punto o los puntos tratados, deben ser de trascendencia, de relevancia

en la contestación de aquél, que implique apreciaciones, por ejemplo, sobre puntos atañederos a la responsabilidad o inocencia del procesado o sobre actuaciones del propio jurado quien manifieste expresamente sus sentimientos sobre el caso debatido o sobre graves consecuencias con relación a la veredicción que se dé o sobre su propia imparcialidad o la influencia decisiva que uno solo de ellos pueda tener para imponer un verdadero preconcepto, sobre los otros dos.

En el caso que se estudia, se encuentran cumplidas las dos condiciones que vienen de reseñarse: La primera, en cuanto la conversación fue anterior a la veredicción, aun cuando ya se había iniciado la audiencia, pero aún no había hablado el abogado defensor. Y, el segundo, en cuanto lo tratado fue de la mayor trascendencia, pues paladinamente dijo el jurado que el caso era duro y que había que condenar al procesado, que ya había hablado sobre el particular con el juez de la causa y que él, debido a sus condiciones de abogado penalista, podía influir sobre los otros dos jurados ya que si bien uno de ellos también era abogado, no sabía nada de penal puesto que era civilista y el tercero, no era profesional. Y él mismo jurado afirma que esa misma noche había tratado sobre la necesidad de condenar con su colega.

En estas condiciones no solamente se encontraba desde un principio minado el terreno sobre el cual iría a actuar la defensa, con lo cual se hallaban gravemente menoscabados sus derechos, sino que tampoco no se cumplió la plenitud de las formas propias del juicio, puesto que ya se destacó la notoria y notable violación de las normas legales que garantiza aquella disposición constitucional (art. 26).

De ahí que con toda razón concluya su concepto el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal: "Comprobadas en este caso las manifestaciones del jurado en el término en que se cumplía la audiencia y antes de su finalización, en relación con el fondo de la decisión que debía adoptarse, sus aspectos relacionados y los motivos correspondientes, no cabe duda que se desconoció la norma aludida y la referida garantía, con los efectos respectivos de nulidad".

Por lo expuesto el cargo prospera y, en consecuencia, se casará previamente la sentencia recurrida y se decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se fijó el día y hora para sorteo de jurados, inclusive, a fin de que repuesta esta diligencia se prosiga el procedimiento legal correspondiente.

Habiéndose llegado a la conclusión anterior, se hace inoficioso entrar a considerar el segundo cargo, estructurado en el fondo sobre las mismas razones.

Cuarto. Bien hizo el Tribunal al ordenar la expedición de copias debidamente autenticadas para ser remitidas al juzgado competente "a fin de que se investigue la conducta del doctor Pablo Durango Espinosa quien actuó como jurado de conciencia en esta causa".

Y, con relación a la actitud del Juez Tercero Superior, Guillermo Mendoza Diago, se enviarán copias auténticas de la documentación compendiada en el cuaderno del Tribunal de folio 2 a folio 30, los dos inclusive, una con destino a la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial con el objeto de que adelanten las diligencias correspondientes

para averiguar la posible falta disciplinaria en que pudo haber incurrido; y, otra, con destino a la Sala Penal —Reparto— del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a fin de que decidan si debe abrirse o no investigación penal en contra del mismo juez Mendoza Diago.

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Casar la sentencia recurrida de la cual se ha hecho mérito.

Segundo. Se decreta la nulidad de lo actuado dentro del proceso a partir, inclusive, del auto de 25 de enero de 1982, mediante el cual se dispuso sorteo total de jurados. Se proseguirá la actuación legal correspondiente.

Tercero. Se ordena que por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena se expidan las copias indicadas en el punto *"cuarto"* de esta providencia, para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

IMPEDIMENTOS. ENEMISTAD

PROCESADO LLAMADO A JUICIO

Si el procesado libremente ha cambiado de defensor, aunque no haya tomado posesión material de su cargo y en estricto sentido no tenga la calidad de parte, se genera la causal de impedimento invocada.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 55.

Vistos:

Decide la Corte el llamado conflicto negativo de competencias que presentan el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, acerca del conocimiento de estas diligencias seguidas contra *José Rito Perilla y otros* por infracción al Decreto 1188 de 1974.

Resultandos y considerandos:

I. Antecedentes:

Venía conociendo de ellas el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pamplona, a quien correspondieron en reparto y, habida consideración de la naturaleza del hecho y del factor territorial.

Ese despacho llamó al procesado a juicio "por el hecho punible de *infracción al Decreto 1188 de 1974*" (fls. 188 y ss.).

Un tanto avanzada esta etapa, Perilla cambió de defensor y designó como tal al abogado Holger Enrique Vanegas Navarro, quien aceptó el mandato (fl. 237).

El juez del conocimiento, Jaime Enrique Bautista González, presentando las razones pertinentes, se declaró impedido para seguir conociendo del proceso por "enemistad grave" con el nuevo defensor, invocó concretamente el ordinal 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal (fl. 241).

Llegado el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pamplona, éste aceptó el impedimento y ordenó que, "en firme esta providencia, prosiga el trámite legal correspondiente" (15-XII-83, fls. 245 ss.).

El 17 de enero de 1984, el Juez Segundo en lacónico auto y alegando la enemistad grave consagrada en el ordinal 5º del artículo 78 del estatuto procesal penal, también se declaró impedido para conocer del asunto y ordenó que fuera enviado al "Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que decida lo pertinente al respecto, conforme al procedimiento vigente" (C. de P. P., art. 79).

La Corporación encontró demostrada la causal de impedimento invocada por el Juez Segundo y, en consecuencia, habida consideración de lo dispuesto en el número 2 de la norma 81 del Código últimamente citado, le aceptó el impedimento y le atribuyó "el conocimiento de dicho negocio al señor Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta (repartimiento), a quien se le enviará" (fls. 256 ss.).

Este juzgado, al cual correspondió en reparto (fls. 258 ss.), luego de la radicación y encontrando que el abogado Vanegas no se había posesionado, por lo cual no es parte del proceso, consideró que al Juez Segundo Penal del Circuito de Pamplona no podía aceptársele el impedimento al primero y, en consecuencia, ordenó devolver a éste las diligencias (fl. 261).

El despacho últimamente nombrado en atención a que su impedimento había sido aceptado por el segundo y a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona también había aceptado el suyo y dispuesto el envío de las diligencias a Cúcuta, todo según autos ya ejecutoriados, resolvió que no podía retrotraer el procedimiento y que "sería ilógico, tramitar un proceso para posteriormente declararse impedido, contrasentido éste, que obvia el artículo 77 (sic) del Código de Procedimiento Penal", al paso que insinúa al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta, a quien ordena sean devueltas las diligencias que, si lo considera jurídico, provoque "colisión de competencias a la Sala Penal del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, quien por último aceptó los impedimentos y atribuyó el conocimiento a los Juzgados Penales del Circuito de Cúcuta" (fl. 263).

Por auto de 9 de marzo del año que avanza, el Juzgado Penal del Circuito de Cúcuta manifiesta que como el abogado Vanegas "ni es parte ni es defensor por cuanto no se halla legalmente posesionado, ...el impedimento alegado actualmente es inexistente y como consecuencia de ello, incompetente este despacho para avocar el conocimiento del proceso. Así se prevé una futura nulidad (C. de P. P., art. 210, ord. 1º). Y ordena el envío al Tribunal de Pamplona para lo que estime conveniente (fls. 265, ss.).

Esta Corporación manifiesta que a la funcionaria remitente corresponde "avocar el conocimiento del presente negocio penal", conforme a lo ya ordenado por el Tribunal mediante auto de 6 de febrero de este año, debiendo dar posesión al abogado Vanegas Navarro "y proseguir el juicio con dicho profesional del derecho". Por lo tanto, ordenó le fueran devueltas las diligencias (fl. 269).

Una vez más y, con el mismo argumento expuesto en su providencia anterior, la Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta ordena devolver "el proceso a su lugar de origen y en el evento de que se discrepe de las razones anotadas, queda planteada colisión de competencia negativa ante la Corte Suprema de Justicia" (fls. 266, ss.).

Replica el Tribunal que, en casos como el presente, "el hecho de la designación del defensor y la aceptación de tal encargo actualiza por si sola (sic) la causal de impedimento, siendo el acto de posesión un acto procesal para el cual el funcionario debe cumplir requisitos especiales precisos...", debiendo ahí hacerse la respectiva exposición de impedimento. Porque, además, "la manifestación de voluntad del procesado al designar defensor y la de éste último al aceptar el encargo son hechos que generan una situación jurídica no susceptible de ser desconocida por el juez, quien si es enemigo del designado debe declararse impedido en forma inmediata ya que el impedimento y la recusación tienen como fundamento hechos anteriores a su declaración o formulación de los cuales pueda producirse un fundado motivo de reproche de la imparcialidad del funcionario encargado de juzgar".

Agrega: La juez no puede desconocer lo ya resuelto por el superior; así como ella conoce de este proceso en primera instancia y el Tribunal en segunda, no puede haber colisión de competencias entre ellos, de acuerdo con el artículo 88 (debió citar el 68) del Código de Procedimiento Penal: "la colisión enunciada no es posible de acuerdo con la disposición citada".

En consecuencia, ordenó remitir nuevamente el asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta (fls. 269 ss.).

Replica a lo anterior la Juez Primero: "No compartimos las razones que ocasionaron la negativa de ese honorable Tribunal por cuanto habiendo salido el proceso de ese Distrito Judicial (Pamplona) y correspondido su conocimiento a un juzgado de otro distrito, aquél pierde jurisdicción para conocer en segunda instancia del mismo la cual se desplaza al honorable Tribunal Superior de este Distrito (Cúcuta), inmediatos superiores (sic) de estos despachos, por lo tanto, sí puede haber colisión de competencia entre este juzgado y el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona la cual dirimirá la Corte Suprema de Justicia de conformidad con el artículo 32 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal a quien será enviado inmediatamente el proceso" (fl. 275).

Así, finalmente, llegaron las diligencias a esta Sala, para dirimir el conflicto planteado.

II. Consideraciones de la Corte:

Primera. A) Estas diligencias se iniciaron porque dentro de un automóvil fueron encontrados 1.125 gramos de cocaína, hallazgo que se hizo en el sitio "El Diamante", que corresponde al Circuito Judicial de Pamplona.

B) En ese Distrito Judicial sólo hay dos Juzgados del Circuito Penal: El Primero y el Segundo.

C) Aceptados, por autos que se encuentran legalmente ejecutoriados los impedimentos manifestados por los dos únicos jueces penales del Circuito, el Tribunal que conoció de la última manifestación, tenía que dar aplicación al número 2 del artículo 81 del estatuto procesal penal, que dispone:

"Casos en que el Superior acepta el impedimento.

"Si el superior aceptare el impedimento, en la misma providencia atribuirá el asunto:

"1. ... ...

"2. A otro juez superior o de circuito de distrito o circuito limítrofe cuando en el lugar no hubiere más que uno o todos estuvieren impedidos".

D) El abogado Holger Vanegas Navarro aceptó el poder que le otorgó el procesado José Rito Perilla (fl. 238), pero hasta la fecha no ha tomado posesión de su cargo.

Segunda. Estima esta Sala que en casos concretos como el presente, en los cuales media un auto de llamamiento a juicio, en que do en legal forma a quien venía representándolo y en que, el nuevo el procesado libremente ha resuelto cambiar de defensor, reemplazandesignado de manera expresa acepta el poder y presenta el paz y salvo que expide el anterior, se dan las condiciones para estructurarse un impedimento, siempre que la causa o las causas que lo motivan sean reales, a pesar de que aún aquél profesional por cuya presencia en el expediente se genera la causal de impedimento invocada, aún no haya tomado posesión material de su cargo. De manera que en estos eventos no importa que esa persona aún no tenga, en el sentido estricto del vocablo, la calidad de parte. Tampoco es obstáculo para ello, como lo ha sostenido la Corte, por ejemplo, el que cualquier causal de impedimento se presente cuando se trata de resolver, valga el caso, si debe o no abrirse investigación penal ante determinada denuncia, aun cuando allí ni siquiera pueda hablarse con exactitud de la existencia de un sumario propiamente dicho ni de un proceso, ni tampoco de partes intervinientes.

Tercera. Mas el caso sometido a consideración no se decidirá sobre lo inmediatamente anterior, sino en atención a lo siguiente:

Aquí, en el fondo, no se está frente a una verdadera colisión negativa de competencias que haya surgido entre los dos despachos a los cuales se ha venido haciendo referencia. Y es que, en realidad no podía surgir tal incidente, en atención a dos razones: La una, se está frente a la tramitación, en primera instancia, de parte de un proceso del cual conoce en ella, por mandato legal, un Juzgado del Circuito Penal y no el Tribunal. En consecuencia, mal podría el primero atribuirle competencia para su conocimiento al segundo. Tan cierto es lo anterior, que en ninguna parte afirma el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta que el Tribunal de Pamplona sea el competente para conocer de estas diligencias.

La otra: Que la colisión negativa o positiva de competencia se suscita, surge o se presenta "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" (C. de P. P., art. 67). Es decir, que para que se plantee la colisión, es necesario que cada uno de los funcionarios en pugna haga la tajante aseveración acerca de que teniendo o no teniendo él la competencia, no la tiene o la tiene el otro. Y, este enfrentamiento de dos criterios perfectamente contrarios, es el que se echa de menos en el caso que se viene estudiando.

Por ello debe concluirse que no se está frente al fenómeno jurídico por el cual fueron enviadas las diligencias a la Corte.

En este proceso y de acuerdo con la ley, lo que ha ocurrido es lo siguiente:

Aceptados los impedimentos expuestos por cada uno de los dos únicos Jueces de Circuito Penal de Pamplona, el Tribunal debía decidir "lo que estime conveniente" como se lo pidió el juez de Cúcuta (fl. 266). Y, entonces, esa Corporación resolvió no sólo lo "conveniente", sino también, como era su deber, lo ajustado a la ley: atribuirle el conocimiento a un juez de la categoría correspondiente del "circuito limítrofe", puesto que en el lugar todos los llamados a conocer estaban impedidos (C. de P. P., art. 81, numeral 2).

Y como lo hizo así, como se sujetó a lo ordenado por la ley, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta estaba en la obligación de acatar lo resuelto por el Tribunal y de asumir el conocimiento de las diligencias. Ante los hechos procesales anteriormente cumplidos, ni a éste ni a aquél les quedaba alternativa distinta.

En consecuencia, se devolverán las diligencias a la oficina de origen para que por ella se dé cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en sus autos de seis (6) de febrero (fls. 256 ss.) y tres (3) de abril (fls. 269 ss.) del año en curso, debiendo recordar la Corte que no puede ser recibido con buenos ojos el dilatar de manera tan ilógica como innecesaria la tramitación de un asunto penal.

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

Resuelve:

Devolver este proceso al Juzgado Primero Penal del Distrito Judicial de Cúcuta y ordenar que por él se prosiga la tramitación de ley a que hubiere lugar.

Noticia de lo aquí resuelto se hará saber al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Cópiese, notifíquese y cúmplase:

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

DENUNCIA. OMISION

Cuando el comportamiento no configure hecho subsumible en un tipo delictivo, su omisión de ponerlo en conocimiento de la autoridad, no genera abuso de autoridad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 58.

Vistos:

Mediante providencia del 29 de febrero del presente año, el Tribunal Superior de Barranquilla —Sala Penal— resolvió abstenerse de iniciar sumario a la doctora *Lilian Pájaro de Silvestre*, Juez Décima Civil del Circuito de aquella ciudad, a quien se acusa de abuso de autoridad. De tal decisión apeló el denunciante.

Hechos:

Dentro de un juicio ordinario instaurado por Josefina de Lima de Gómez contra Petrona Vergara Navarro y otros, fue tachado de falso memorial-poder que aquella confirió a la abogada Sonia González Padilla. El doctor Antonio J. Lozada Aduen, apoderado de uno de los demandados, acusa a la juez de no haber denunciado penalmente el delito de falsedad documental del mencionado poder.

Resultandos y considerandos:

1. Luego de presentado el memorial en que Josefina de Lima de Gómez otorgó poder a la doctora Sonia González Padilla y de su aceptación por el juzgado, la apoderada de algunos demandados, doctora Liliana Cabrera de Lozada, tachó de falso dicho documento en razón de tachaduras y agregados en su texto; más tarde, otro abogado, el doctor Lozada Aduen formuló reparo semejante.

2. En auto del 11 de junio de 1983, el juzgado resolvió de plano el incidente rechazando la propuesta de los memorialistas, con el argumento de que el poder en cuestión es documento privado y que como no aparecía suscrito por la parte a quien podría perjudicar, debía darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 289 del Código

de Procedimiento Civil conforme al cual en tales casos y en el de carencia de influencia del documento en la decisión, ha de rechazarse la tacha.

3. Ese es, en esencia, el fundamento de la providencia del Tribunal en la que se abstiene de iniciar proceso penal a la funcionaria y esa también la consideración de la Procuraduría en el escrito en que solicita confirmar el auto recurrido.

4. *El delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia a que se refiere el artículo 153 del Código Penal se estructura cuando un funcionario omite el deber de formular la denuncia a que se refiere el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal cuando tenga conocimiento por cualquier vía de la comisión de un hecho delictivo cuya investigación deba adelantarse de oficio. Para que el incumplimiento de aquella obligación legal sea punible a título de abuso de autoridad, requiérese entonces que el empleado oficial sepa de la ocurrencia de un hecho descrito en la ley penal como delito e investigable de oficio, es decir, sin necesidad de querella; por manera que cuando no llegue a conocimiento suyo un tal evento o cuando se entere de un comportamiento que a su juicio no configure hecho subsumible en un tipo delictivo, su omisión de ponerlo en conocimiento de la autoridad no genera el abuso de autoridad en comentario, pues la obligación jurídica cuyo incumplimiento da lugar a este ilícito, está supeditada al conocimiento que el funcionario tenga de la formal delictuosidad del hecho conocido.*

5. En el presente caso, la juez acusada decidió mediante auto motivado el incidente de tacha de falsedad del memorial-poder en el sentido de rechazar de plano la pretensión de los demandados. determinación esta que en su oportunidad quedó en firme, con el efecto jurídico de la autenticidad judicialmente reconocida del documento cuestionado; cómo podría entonces exigírsele a la juez ante tal decisión —cuyo acierto no corresponde examinar a la Sala— que formulase denuncia penal por supuesto delito de falsedad documental, cuando ella misma convalidó su legitimidad? Obsérvese por lo demás, que el poder fue poco después ratificado por la poderdante en escrito visible al folio 47 del expediente respectivo (cuaderno 1).

Bien hizo, pues, el *a quo* al abstenerse de iniciar sumario a la funcionaria acusada.

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

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

JUECES SUPERIORES DE ADUANAS

COMPETENCIA POR RAZON DE LA CONEXIDAD

EXCEPCION

Cuando está presente la investigación del ilícito de contrabando y también la posibilidad de otros u otro, es el Juzgado Superior de Aduanas el competente; constituyendo excepción el que alguno de los ilícitos requiera para su juzgamiento intervención del jurado de conciencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 58.

Vistos:

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta y el Tercero Superior de la misma ciudad, acerca del conocimiento de estas diligencias seguidas contra *Esperanza Pinzón de Acero* y otros.

Resultandos y considerandos:

Primero: Antecedentes:

La Superintendencia de Control de Cambios que había adelantado una investigación de carácter administrativo contra la firma A.P. Exportación Ltda., de Cúcuta, mediante Resolución número 791 de 1981, a más de imponerle a aquella y a favor del Tesoro Nacional una multa por la suma de $ 11.069.329.23, tomó entre otras disposiciones la de enviar copia de esa providencia a la Justicia Penal Aduanera y a otras entidades, para los fines de ley (fls. 2 y ss.).

Recibidas por el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas de Bogotá, éste dispuso: "Como del estudio de las presentes diligencias se obtiene que los hechos denunciados tuvieron ocurrencia en la ciudad de Cúcuta, se ordena remitirlas al señor Juez Superior de Aduanas de dicha ciudad como asunto de su competencia" (fl. 13).

Enviadas por este Despacho al de Instrucción Penal Aduanera, el Segundo de esa categoría, a quien correspondió su conocimiento, dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 16). Practicadas algunas pruebas y ante informe secretarial sobre vencimiento del término instructivo (fl. 161), se dispuso remitir el proceso "a la fiscalía superior de aduana para que dentro del término y conforme lo dispone el artículo 43 del Decreto 955 de 1970 del E. P. A. se sirva conceptuar dentro de las mismas" *(id)*. Es decir, para que optara, si encontraba completa la investigación, por acusar al sindicado ante el Juez Superior o por solicitar sobreseimiento definitivo o archivo del expediente. De no encontrarla perfeccionada, debía devolverlo al instructor para su agotamiento.

También se habían adelantado otras diligencias sobre el mismo particular, las cuales el Juzgado 2º de Instrucción Penal Aduanera de Bogotá resolvió enviar, por competencia, al Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta (fl. 172), el cual dictó auto cabeza de proceso el veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y dos (fl. 173). El Juzgado 2º de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta, al cual habían sido enviadas las últimas diligencias, pidió las anteriormente relacionadas para anexarlas a estas (fl. 177), lo cual se cumplió.

Posteriormente el Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta devolvió las diligencias al 2º de Instrucción Penal Aduanera, porque "prácticamente la investigación se encuentra en embrión, es decir, no se ha dado cumplimiento en su totalidad al auto cabeza de proceso" (fl. 180).

Luego de oír en indagatoria a Esperanza Pinzón de Acero (fls. 188 y ss.) y de hacer otras gestiones, y, ya dentro del segundo cuaderno original, se encuentra lo pertinente para dirimir el conflicto de competencias planteado.

Segundo: El Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta avocó el conocimiento de estas diligencias (fl. 303), declaró fundado el impedimento manifestado por el Fiscal Hugo A. Duplat para conocer de ellas (fl. 304), posesionó a quien fue designado para reemplazarlo (fls. 307, 305 y ss.) y nuevamente ordenó el envío de ellas al colaborador para que diera cumplimiento al artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero (fls. 308 y ss.).

Después de algunas tramitaciones se encuentra el concepto de la representante del Ministerio Público (fl. 313) en el cual expresa que por no encontrarse plenamente probada la materialidad del ilícito de contrabando y por no estar desvirtuada la confesión de la sindicada quien "afirma haber hecho los giros correspondientes para la cancelación de los proveedores...es el caso de disponer el archivo del presente sumario" (fls. 316 y ss.).

Mediante auto de 6 de abril de 1983 el Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta estima que "en ningún momento se han violado en el presente evento las normas consignadas en el Estatuto Penal Aduanero, no se vislumbra por parte alguna la comisión de ilícito de tal naturaleza, en síntesis se dio comienzo a una investigación por hechos que a simple vista se observa no son de incumbencia de la jurisdicción especializada, ya que el hecho irregular existe según se

desprende de autos el que se encuentra previsto en el nuevo Código Penal, artículo 240" que transcribe. En consecuencia ordenó enviar las diligencias a los jueces penales del circuito (fl. 327).

Habiéndole correspondido al 5º de esta categoría, avocó su conocimiento (fl. 329) y, mediante auto de 11 de mayo siguiente, considerando que se encontraba frente a una *falsedad documental*, la competencia radicaba en los Juzgados Superiores y a ellos (reparto), los envió (fl. 330).

Habiendo correspondido su conocimiento al Juzgado Tercero Superior, ordenó su radicación (fl. 331), dictó auto por medio del cual avocó su conocimiento, decretó numerosas pruebas y comisionó para practicarlas al Juzgado de Instrucción Criminal (reparto) (fls. 332 y ss.).

El despacho finalmente comisionado practicó algunas (fls. 338 y ss.) y el del conocimiento decretó el cierre de investigación (fl. 372).

El Fiscal de ese juzgado, luego de poner de presente algunas omisiones en el diligenciamiento cumplido en el Juzgado de Aduanas, piensa "que lo procedente es que se invalide lo actuado desde la constancia secretarial o el auto calendado el 11 de abril de 1983, inclusive, y se devuelva el proceso al señor Juez Superior de Aduanas de Cúcuta, para lo de su cargo, conforme a todo lo anteriormente expuesto" (fls. 337 y ss.).

De acuerdo con su colaborador, el Juzgado Tercero Superior declaró la nulidad que por aquél le fue solicitada y ordenó devolver las diligencias al Juzgado Superior de Aduanas (fls. 382 y ss.).

Tercero: Planteamiento de la colisión:

Este, en lacónico auto que carece de verdadero y serio razonamiento, dice que: "De tal forma como se produjeron los hechos se concluye, sin la menor duda, que el delito investigado es de competencia del Juzgado Tercero Superior, toda vez que en el transcurso de la instructiva el acervo probatorio allegado permite concluir que se está ahora frente a un delito de falsedad documental". En consecuencia, niega su propia competencia, afirma que ella radica en el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta y, en caso de no estar de acuerdo, le plantea conflicto negativo de aquellas (fls. 407 y ss.).

Este Despacho replica que son jurídicas las razones expuestas por su colaborador fiscal y que ya había acogido, "determinando que en efecto la competencia hasta el momento lo era de la justicia especial de Aduanas y a ella debía devolverse el proceso para lo que considerara del caso resolver, en relación con la petición pendiente que existía de su Agente Fiscal especial de cesación de procedimiento por cuanto la acción denunciada no constituía infracción penal aduanera". Y, como el juzgado insiste en ese criterio, ordena el envío de las diligencias a la Corte para que se dirima por ella el conflicto planteado (fls. 410 y ss.).

Cuarto: Consideraciones de la Corte:

Razón tuvo la Superintendencia de Control de Cambios cuando mediante su Resolución número 791 de 1981, dispuso enviar determinadas copias a la justicia penal aduanera para que investigara lo que

fuera de su competencia, en atención a que halló perfiles que indicaban una violación de ese orden.

Bien pudieron surgir en el curso de la muy deficiente investigación hasta ahora adelantada la posibilidad de ilícitos de otra índole, por ejemplo, de falsedad documental o bien podían venir ya insinuados desde el primer momento. Pero era lo cierto que se imponía como primordial, la investigación de lo relativo a lo de conocimiento de la justicia especializada, es decir, en este caso, de la aduanera.

Y, como se presentó con perfiles más o menos definidos —la Corte, a estas alturas no debe hacer afirmaciones rotundas, por obvias razones y por la deficiencia de la investigación— lo relacionado con el ilícito de falsedad documental, entonces, el Juez Superior de Aduanas de Cúcuta, ante un concepto de su colaborador, al cual se ha hecho anterior referencia, y, en atención a lo expuesto en él, resolvió desechar, sin decirlo, la existencia o posible existencia del de contrabando y, en atención a la posibilidad del de falsedad documental, dispuso el envío del proceso, por competencia, al Juzgado Superior de Cúcuta (reparto), habiéndole correspondido al Tercero de esta categoría, quien procedió en la forma anteriormente reseñada, todo lo cual viene a desembocar en el conflicto negativo de competencias que se viene considerando.

Mas por factores que no están explicados, el Juez Superior de Aduanas pasó por alto que, para casos como el presente, en él estaba fijada la competencia (Decreto 520 de 1971, art. 29, ordinal 1º), y que, por otra, *dispone el artículo 33 del Decreto 955 de 1970, se fija la* "competencia por razón de la conexidad. *Los Jueces Superiores de Aduanas conocen de los delitos que se cometan en conexidad con el de contrabando, sin consideración a la cuantía, excepto de aquellos que requieran para su juzgamiento la intervención del jurado, caso en el cual la jurisdicción penal aduanera conocerá del delito de contrabando y la ordinaria del delito conexo*".

De manera que cuando está presente la investigación del ilícito de contrabando y también la posibilidad de otro y otros, es el Juzgado Superior de Aduanas el competente si aquél es o excede de diez mil pesos, como acá ocurre, constituyendo la única excepción el que haya alguno o algunos ilícitos que requieran para su juzgamiento la intervención del jurado de conciencia. Basta el fenómeno de la conexidad y que no se dé la excepción indicada, para que el Juez Superior de Aduanas tenga competencia para conocer del caso, pues, por ejemplo, el de falsedad documental, por grave que sea, no está excluido de esa competencia, según las normas que acaban de verse.

Y, con tanta mayor razón tenía que conocer el Juez Superior de Aduanas de Cúcuta de estas diligencias, cuanto que tenía y tiene pendiente una solicitud que le formulara su colaborador fiscal, la cual debe definir.

En consecuencia, el conocimiento de estas diligencias corresponde al juez últimamente mencionado, a quien serán enviadas, previo aviso de lo resuelto al Tercero Superior de esa misma ciudad.

Censura esta Sala la manera ligera como aquel funcionario resolvió calificar competencia, sin haber cumplido antes lo que era su deber y la manera deficiente como se ha adelantado la investigación, para la cual exige mayor celo y cuidado.

En mérito de lo expuesto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia *dirime* el conflicto negativo de competencias suscitado entre los Juzgados Superior de Aduanas de Cúcuta y el Tercero Superior de la misma ciudad, en el sentido de asignar el conocimiento de estas diligencias al primero de ellos, por lo cual se le remitirá el proceso, previo aviso de lo aquí resuelto al Tercero Superior ya indicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ELEMENTO INTENCIONAL, PRETERINTENCIONAL O CULPOSO. INSERCION EN EL CUESTIONARIO

Se evita en algunos casos propicios a la confusión, controversias e incertidumbre

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 65 de agosto 15 de 1984.

Vistos:

Dieciséis años de prisión, así como las accesorias de ley, impuso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (julio 1º de 1983), a *Francisco Antonio Restrepo Molina* y *Luis Carlos Lerma Barona*, por los delitos de "homicidio" calificado y "hurto" agravado. En el mismo fallo se determinó, para *Luis Carlos Arias Bedoya*, por el delito de "hurto", un año de prisión.

Restrepo Molina ha acudido en casación, recurso admitido en auto de dos de noviembre del año próximo pasado. En cuanto a la demanda presentada, ésta se declaró ajustada a los aspectos formales que ordena el procedimiento penal, en proveído de 16 de febrero del año en curso.

Se resuelve la impugnación.

Hechos:

Luis Eduardo Botero Rivera se desempeñaba como celador nocturno de la firma "Pavimentos Unidos Ltda.", en el Municipio de Yumbo (Valle del Cauca). En la noche comprendida entre el 14 y 15 de mayo de 1977, penetraron a esta factoría los sujetos Luis Carlos Lerma Barona, quien trabajaba en dicha empresa y fuera el ideador de la acción criminal, Francisco Antonio Restrepo Molina (a. Pacho mugre) y Herberth Manzano (a. pico de loro). Al sitio les llevó y de allí les recogió, junto con los elementos robados, Luis Carlos Arias Bedoya, chofer de taxi.

El vigilante murió asfixiado por ahorcamiento, según el dictamen de medicina legal. Parte del delito fue recuperado gracias a la colaboración de otro conductor de servicio público, que conoció del posterior transporte de la mercancía, operación que cumplieron Moyano y Restrepo.

Manzano murió a manos de la autoridad cuando opuso resistencia a su captura y Luis Carlos Lerma Barona, desde la época de los hechos, desapareció sin saberse su rumbo ni destino final.

De la actuación procesal:

A grandes rasgos la señala así el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Por estos hechos el Juzgado Segundo Superior de Cali mediante auto del 6 de junio de 1980 llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, a Francisco Antonio Restrepo Molina, alias 'Pacho Mugre' y Luis Carlos Lerma Barona por los delitos de homicidio y robo agravados, en concurso material de infracciones y a Luis Carlos Arias Bedoya como cómplice no necesario del delito de robo (fls. 93 a 101 del cuaderno Nº 2); pronunciamiento apelado por el primero de ellos y el Fiscal del Juzgado y resuelto por el Tribunal Superior de Cali declarando la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó la detención precautelar del sindicado Restrepo Molina (fl. 134 *ibídem*).

"Subsanado el procedimiento viciado y practicadas otras pruebas se clausuró la etapa investigativa calificándose el mérito del sumario con llamamiento a juicio de los procesados por los delitos de homicidio en las circunstancias de agravación contempladas en los ordinales 2º y 3º del artículo 363 del anterior Código Penal y hurto calificado de que trata el artículo 350, ordinales 1º, 2º y 4º del nuevo Código Penal, en el grado de participación ya mencionado, normas que resultaban más favorables a los acusados (fls. 211 a 219 del mismo cuaderno), providencia apelada por el Fiscal del Juzgado y el procesado Restrepo Molina y confirmada por el Tribunal Superior de Cali con la única modificación de descartar la agravante de la premeditación deducida para el homicidio (fls. 256 a 260 *ibídem*).

"En la audiencia pública iniciada el 1º de febrero de 1983 y concluida el 8 de marzo del mismo año, el jurado de conciencia, por mayoría de votos, contestó afirmativamente los cinco cuestionarios sometidos a su consideración.

"Los cuestionarios en los que se interrogó por la culpabilidad del procesado Restrepo Molina en los hechos imputados fueron redactados así:

" 'Cuestionario número 1'.

" 'El procesado Francisco Antonio Restrepo Molina, alias (Pacho Mugre), hijo de Efraín y Georgina, natural de Rozo (Palmira), soltero, pero en unión libre con María Josefa Domínguez, de treinta y tres años de edad, de ocupación obrero agrícola, analfabeta, portador de la cédula de ciudadanía número 6.379.910 de Palmira (Valle), es responsable *sí* o *no* de haber causado la muerte a Luis Eduardo Botero Rivera, vigilante de «Pavimentos Unidos Ltda.», por medio de ahorcamiento, según hechos ocurridos en la población de Yumbo (Valle), la noche del 14 al amanecer del 15 de mayo de mil novecientos setenta

y siete (1977), en el interior de la empresa antes citada, para preparar, facilitar o consumar otro delito?'.

" 'Cuestionario número 2'.

"El procesado Francisco Antonio Restrepo Molina, alias (Pacho Mugre), hijo de Efraín y Georgina, natural de Rozo (Palmira), soltero, pero en unión libre con María Josefa Domínguez, de treinta y tres años de edad, de ocupación obrero, analfabeta, portador de la cédula de ciudadanía número 6.379.910 de Palmira (Valle), es responsable *sí* o *no* de haber sustraído mediante violencia a las personas y a las cosas, once máquinas de escribir, varias sumadoras, una escopeta y una peinilla, de propiedad de Pavimentos Unidos Ltda., según hechos ocurridos en la población de Yumbo (Valle), la noche del 14 de mayo a amanecer (sic) de mil novecientos setenta y siete (1977), del interior de la empresa antes mencionada, y en compañía de otras personas?

"El juzgado del conocimiento acogiendo los veredictos emitidos puso fin a la instancia condenando a los acusados Francisco Restrepo Molina, Luis Carlos Lerma Barona y Luis Carlos Arias Bedoya, los dos primeros a la pena principal de 16 años de prisión y el último a un año de la misma pena, fallo apelado por Restrepo Molina —único privado de la libertad— y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Cali mediante el que es objeto del recurso de casación".

De la demanda, concepto fiscal sobre ella y respuesta de la Sala:

La causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sirve para fundamentar el ataque a la sentencia del Tribunal citado. En el orden dispuesto por el casacionista, salvo lo atinente al cargo tercero, se analizará la demanda.

Cargo 1º "En el cuestionario referente al delito de homicidio no se inquirió sobre el propósito", aspecto de imperioso acatamiento puesto que los hechos ocurrieron durante la vigencia del anterior Código Penal. Al respecto se citan dos decisiones jurisprudenciales (G. J. LXVI, pág. 664 y G. J. LXXI, pág. 254), y, se concluye que "una falla de tal naturaleza, que desquicie el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad para reprimir, hace nacer una nulidad supralegal, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Respuesta. La Delegada ofrece una completa y suasoria réplica de esta censura, la cual prohija la Sala: "Una de las innovaciones del Código Penal vigente, bajo cuya égida se calificó el mérito del sumario y se elaboraron los cuestionarios sometidos a consideración del jurado de conciencia, consiste en haberse desplazado de la descripción del tipo básico lo relativo a la intención o propósito por estar incluido para todos los delitos en la parte general del código y es así como el homicidio aparece definido con el verbo rector 'matar' a otro, sin alusión al propósito o intención.

"El cuestionario por el que se interrogó a los jueces populares sobre la culpabilidad del acusado por el hecho 'de haber causado la muerte a Luis Eduardo Botero Rivera... por medio de ahorcamiento

...para preparar, facilitar o consumar otro delito' lleva implícito el elemento subjetivo del delito traducido en el conocimiento del hecho punible y la conciencia o voluntad de su realización sin que su redacción pueda prestarse a equívocos o contradictorias interpretaciones...

"Ninguna de las partes intervinientes en el debate público lo impugnaron u objetaron por deficiente o incorrecta elaboración pues todos entendieron que la pregunta se refería a un homicidio agravado y no a otra modalidad delictuosa".

Pero a más de esta razón debe agregarse este comentario: *Es cierto que la doctrina, dentro de la órbita legislativa a que pertenecen las dos reseñadas jurisprudencias, solía considerar como cuestión indefectiblemente básica lo relacionado con el propósito de matar. Pero no lo es menos que para cumplir con esta exigencia no se imponían fórmulas exactas e invariables, bastando a este fin un señalamiento que formara idea sobre el elemento intencional.* Si se observa la redacción del cuestionario relativo a este comportamiento de Francisco Antonio Restrepo, se tendrá que concluir aceptando la realidad de esta precisión. En efecto, allí se predicó de Restrepo, el "haber *causado la muerte* a Luis Eduardo Botero Rivera ...*por medio de ahorcamiento ...para preparar, facilitar o consumar otro delito*" (subraya la Sala). Esta circunstanciación establecía, para cualquiera, que se trataba de un homicidio de propósito, pues no es dable asumir conclusión diferente cuando *se causa* una muerte por ahorcamiento y se cumple con el objetivo de consumar otra infracción. En condiciones tales no es posible dudar sobre el ánimo del autor de un hecho de esta naturaleza, ni menos pensar que se confunde a la defensa o al procesado en cuanto a la nitidez del cargo por el cual debe responder. El fenómeno culposo, la preterintención, la fortuidad, etc. son cuestiones que están categóricamente extrañadas del debate judicial cumplido, máxime cuando las actas de éste reflejan con meridiana claridad la naturaleza del homicidio discutido y sobre el cual, también con fidelidad manifiesta, respondió el jurado.

No obstante lo dicho, *debe recomendarse a los jueces superiores la conveniencia de mencionar, en la elaboración de los cuestionarios, el elemento intencional, preterintencional o culposo, de acuerdo a los hechos, para evitar así en algunos casos propicios a la confusión, controversias e incertidumbres. El debate gana claridad y precisión, muy aconsejables en determinadas circunstancias, eliminándose, de paso, la necesidad de explicar a los recurrentes, el contenido minucioso del auto de proceder y el alcance de las alegaciones sostenidas en la audiencia.*

Se rechaza la objeción.

Cargo segundo. "No se tuvo en cuenta que la aplicación de la norma más favorable tiene que ser integral... En ese orden de ideas, no es posible aceptar lo afirmado en el auto de proceder —fl. 215 vto.— en el sentido de no enjuiciar conforme al artículo 402 del anterior código y sí por el artículo 350 del vigente, numerales 1º, 2º y 4º, porque aunque la sanción señalada en las dos normas sea igual, es más fácil al defensor desvirtuar el contenido del artículo 402 que no el del

350 por llevar ínsitas justamente las circunstancias de agravación y, en el pliego de cargos del caso a estudio, 3.

"En el peor de los casos, creo muy sinceramente, que la honorable Corte no argumentará como lo hizo el señor juez en el sentido de que la 'nueva norma penal ha hecho desaparecer la palabra robo y la ha sustituido por la de hurto calificado' (lo que es evidente), pero no para aplicarla al caso *sub júdice* donde el enjuiciamiento no fue únicamente por homicidio sino también por un delito contra la propiedad, en el cual, sí se aplicaba la favorabilidad para el uno considerando la realidad del momento de la consumación del delito —durante la vigencia del Código de 1936— tenía que forzosamente, para el otro, referirse a ese mismo ordenamiento jurídico, so pena de olvidar que la norma más favorable debe ser integral".

Respuesta. Ante la elaboración legislativa de los artículos 402 del Código Penal anterior y 350-1-2-4 del actual, resulta impropio afirmar que de hacerse referencia al primero de ellos, se facilita la desvirtuación del cargo formulado. Esta es una apreciación eminentemente subjetiva y caprichosa. Porque lo que importa, cuando los dispositivos legales sufren variaciones, como en el caso examinado, es determinar si la nueva ley ha modificado la descripción típica de la conducta, agregando, eliminando, o cambiando sustancialmente sus elementos integradores. Pero si se llega a la conclusión contraria, esto es, que la reelaboración técnica del precepto no toca estos aspectos y por tanto es plenamente aplicable, sobran glosas como las que puntualiza el recurrente.

Se tiene por criterio dominante que, en el concurso de delitos, la favorabilidad que pueda implicar una mutación legislativa, puede hacerse por instituciones, como aconteció en el caso examinado, en el cual se acogió el antiguo estatuto, en cuanto al homicidio, y el nuevo, en cuanto al delito contra el patrimonio. Pretender la aplicación unitaria de uno de los dos códigos, respecto de todos los delitos incidentes en la conducta del procesado, es arriesgar la vigencia del principio de benignidad y convertir una tarea de suyo difícil en cometido imposible e inalcanzable.

La acusación resulta improcedente.

Cargo tercero. Mala elaboración del segundo cuestionario, el referente al delito contra el patrimonio, puesto que si se trataba de aplicar el artículo 350-1-2-4 del Código Penal, "era menester inquirir sobre si había existido o no colocación a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones además de si había sido con escalamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes".

Respuesta. En este punto el comentario de la Delegada participa del criterio expuesto por el impugnador. Así afirma: "Es incuestionable que en el auto de proceder, confirmado por el Tribunal Superior, se llamó a responder en juicio al recurrente por el delito de hurto calificado del artículo 350 del Código Penal vigente, en las circunstancias contempladas en los ordinales 1º, 2º y 4º a pesar de lo cual, en el

respectivo cuestionario sólo se interrogó al jurado de conciencia sobre la primera de ellas guardándose absoluto silencio respecto a las demás con lo que se produjo una notoria desarmonía entre los cargos formulados en el vocatorio y dicha pieza fundamental del juzgamiento privándose al jurado de la oportunidad de conocerlas y pronunciarse sobre ellas.

"Podría argüirse que una sola de las tres circunstancias de agravación deducidas sería suficiente para calificar el hecho punible, pero no debe olvidarse —como enseña reiterada jurisprudencia de esa honorable Corporación— que el cuestionario no es un simple acto ritual, sino uno de los más decisivos del proceso, debiéndose hacer en él síntesis completa de los hechos para que el jurado afirme o niegue la responsabilidad del acusado, y sirve con idoneidad, de fundamento a la sentencia definitiva; en consecuencia, se incurre en nulidad de tipo supralegal, si en la elaboración se contradice lo dispuesto por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal' (Casación de 29 de enero de 1981, entre otras).

"Siendo el cuestionario una síntesis fiel y completa del pliego de cargos, su incorrecta elaboración por exceso u omisión, genera nulidad insubsanable por desconocimiento de unas de las formas propias del juicio por jurados".

Desde el punto de vista puramente abstracto y acogiéndose cerradamente la concepción jurídico-procesal que domina este tema, tienen razón recurrente y Ministerio Público. Sin embargo, la Sala se abstiene de declarar la prosperidad del cargo, porque la decisión implicaría un desfavorecimiento del sentenciado, lo cual indica que, en su formulación, su representante carece de interés jurídico, pues la índole del recurso, observado desde esta óptica, tiene que procurar beneficios y no atraer desventajas. No se concibe el remedio extraordinario de la casación, interpuesto por la defensa, para posibilitar la agravación de situaciones. De admitirse la procedencia del recurso, se tendría que dejar en pie la veredicción en cuanto esta respondió a la agravante considerada en el artículo 350-1 y buscar una nueva respuesta, mediante la reconfección del respectivo cuestionario, para las causales contempladas en dicho artículo bajo los numerales 2º y 4º. Imposible imaginar que esto ha sido lo querido y buscado por el condenado y su apoderado.

El cargo se desestima.

Cargo cuarto. Interrupción de la audiencia de juzgamiento por lapsos superiores a dos días.

El recurrente afirma que el día 1º de febrero de 1983, tal como estaba ordenado, se inició esta diligencia, suspendiéndose en esta fecha para continuarla el día tres; luego vino otro aplazamiento (22 de febrero), porque la secretaría consignó este informe: "...que el señor Fiscal del Juzgado no puede asistir... en razón de encontrarse en consulta médica por su estado de salud". El memorialista glosa esta situación anotando que "la realidad es que la excusa médica huelga en el proceso".

El 18 de febrero, uno de los defensores "hace llegar un escrito en donde dice que por tener que asistir a una diligencia judicial en el

Juzgado Promiscuo Municipal de Darién (Valle), fijada para las diez de la mañana del mismo día, no le es posible asistir al acto público para juzgar a Restrepo... por lo cual el juzgado produce una nueva providencia señalando el día ocho de marzo... para 'la continuación de la audiencia pública' ", hechos que el impugnador critica así: "Dónde la prueba de una situación de fuerza mayor o de caso fortuito que avalara la conducta contra la arbitrariedad de interrumpir por espacios mayores de dos días el acto público de juzgamiento?

"Acaso no es de mayor importancia o al menos igual una diligencia como la analizada, desarrollada en el Juzgado Segundo Superior de Cali y otra a realizarse en el Juzgado del Municipio de Darién?

"Porqué, insisto, el señor defensor no llevó a este último Despacho la constancia de estar comprometido gravemente en una audiencia pública con jurado? Porqué los señores Jueces Superiores de todo el país siempre han considerado ser el acto público en donde se juzga a uno o a varios ciudadanos, de inferior categoría procesal a uno a realizarse en otro juzgado aún si éste es Municipal o promiscuo municipal?

"Y, por sobre todo, honorable señor Magistrado: Dónde las pruebas de enfermedades o de diligencias en otros despachos?

"No me resta la menor duda del quebrantamiento del debido proceso y por ende la nulidad del juicio".

Para la Delegada esta objeción merece ser atendida. Al respecto observa: "De la simple lectura del acta de audiencia resulta evidente que el debate público, con intervención del jurado de conciencia, fue interrumpido en dos ocasiones por lapsos superiores al de dos días permitido por la ley, sin que los motivos aducidos para dicho aplazamiento aparezcan demostrados.

"La primera interrupción se basó en un informe secretarial, no juramentado, que daba cuenta de la inasistencia del Fiscal del Juzgado por atender una cita médica y la segunda, por la excusa no comprobada, de uno de los defensores.

"Los casos de aplazamiento o suspensión de la audiencia pública y los motivos de excusa para no concurrir a ella se encuentran reglamentados en el Código de Procedimiento Penal (arts. 560, 509, 554 y 555) y en todos ellos se exige la prueba del hecho en que se fundan advirtiendo que, como tiene sentado la doctrina de esa honorable Corporación, la ausencia del agente del Ministerio Público, aún en juicios por jurados, no impide su realización ni constituye motivos de nulidad.

"El juez de la causa no podía interrumpir el debate oral con simples informes o referencias, sin ningún principio de prueba, pues el código le ofrece mecanismos legales para evitar su paralización.

"Si las razones aducidas para interrumpir el debate público por lapso superior al permitido aparecen huérfanas de comprobación mal podría afirmarse que nos encontraríamos frente a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que justificaran su aplazamiento por encima del tiempo permitido por el artículo 563.

"La irregular interrupción del plenario con clara violación de la norma últimamente citada afectó la continuidad del debate de juzgamiento en detrimento de los intereses de las partes intervinientes y de una pronta y eficaz administración de justicia desconociéndose de tal manera la legalidad del proceso".

Respuesta. Las aludidas interrupciones no constituyen un paradigma de lo que debe ser la dirección de diligencia tan importante como la comentada, pues deterioran sensiblemente los beneficios buscados con la aplicación de los principios de unidad, concentración y continuidad. La ley de procedimiento penal ha querido establecer, como regla general, que no existan suspensiones que puedan obstruir el efecto de la lectura del expediente, del interrogatorio del enjuiciado, de las pruebas aportadas en ese momento procesal, de las intervenciones del Ministerio Público, de la parte civil y de las alegaciones de la defensa. De otro lado, bien se sabe que a menor interferencia en la actuación, tanto mayor posibilidad de evitar actividades subrepticias de entorpecimiento de la labor de los jurados de conciencia. De ahí, pues, que cuando *pueda realizarse normalmente* la audiencia pública, ésta no debe suspenderse por términos superiores a dos días. El juez posee, en estas condiciones, una atribución discrecional, pero debiendo ésta regirse por la prudencia, la sensatez, el buen juicio y la mesura, resulta obvio su apoyo en una adecuada valoración de los motivos que puedan generar este especialísimo aplazamiento, reglado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

Es notorio que el juez, al decretar la primera interrupción, lo hizo por causa plausible, que el recurrente silencia en su alegato, como fue la necesidad de oír el testimonio de Paulino Coque, quien residía en la población de Palmira (fl. 302 vto.).

La segunda de las comentadas demoras corresponde a circunstancias de excepción y, por lo mismo que surgen inopinadamente, no las disciplina en forma específica el Código de Procedimiento Penal y deben manejarse con buen tino por el juez vistas sus características o peculiaridades. Se originó en la súbita enfermedad del Ministerio Público, precisamente el día tres de febrero. La constancia que al respecto obra, tiene que atenderse a plenitud a falta de contraprueba o de mejores noticias sobre el punto. Nadie dijo, al continuarse la audiencia, que el Ministerio Público no hubiera padecido ese trastorno que le obligó a consulta médica. Constituye, entonces, una realidad probatoria innegable que no puede desestimarse acudiendo a hipótesis, sospechas, inquietudes o a la obligación en que estaba el juez de requerir demostraciones más eficaces. Esta omisión suya, así como el discutible irregular manejo de los aplazamientos, daría lugar a medidas disciplinarias, pero no puede incidir en la validez del procedimiento realizado.

Cuando el casacionista censura la supeditación del trámite de audiencia a otras diligencias judiciales de menor entidad exterioriza justa reconvención y señala benéfica pauta para estas trascendentales actuaciones. Así debiera ser. La tesis resulta válida en su planteamiento general, pero no tiene un valor absoluto y definitivo. Hay que reparar en que, ante la aparición de un motivo súbito como fue la enfermedad del agente del Ministerio Público, la audiencia sufrió retraso en su

verificación y afectó compromisos profesionales ya contraídos por el doctor Gustavo Franco Hernández, quien oportunamente los hizo saber. Actividades forenses distintas al campo penal, también suelen involucrar aspectos de suma importancia (v. gr. diligencias de inventarios y avalúos, inspecciones judiciales, recepción de testimonios, audiencias de trámite, embargos y secuestros preventivos, deslindes, entregas de bienes); todas ellas suponen erogaciones, programación de trabajo de otras dependencias judiciales y planeación de labores de numerosas personas. No puede desestimarse de buenas a primeras la suspensión de un debate penal que obedezca a razones de esta índole.

El cuestionado aplazamiento, nótese bien, fue solicitado inicialmente por el doctor Franco y luego se agregó la de otro defensor de oficio, el doctor Luis Carlos Arias, según lo atesta la certificación de 22 de febrero de 1983 (fl. 311).

Mal hubiera hecho el juez al tratar de presionar a los defensores de oficio para realizar, contra sus impedimentos, la audiencia en cuestión. Si ahora se alega como causal de casación el haber atendido los requerimientos de la defensa, que se dieron, según ella, por motivos valederos y que no se consideraron perjudiciales a esos intereses representados, qué no habría para decir, en caso contrario, cuando se les hubiera obligado a concurrir, desoyéndose la realidad y gravedad de sus excusas. Hay que mirar la cuestión en su exacta dimensión y contenido, parando mientes en la serie de factores que concurrieron y se encadenaron hasta provocar la dilación censurada. No está del todo ausente en el ánimo del juez evitar desmejora de derechos de la defensa. La final celebración de la audiencia, cumplida el ocho de marzo permitió oír, en una sola sesión, al Ministerio Público (que también coadyuvó la absolución) y a los defensores.

Conviene destacar que cuando se produjo la ausencia del señor Fiscal, el tres de febrero, el nuevo señalamiento debió hacerse en fecha más próxima a la acordada (22 de febrero). Como explicación de esto se tiene que el juzgado (juez y secretario) anotaron que los días anteriores estaban "copados... con fechas de celebración de audiencia" (fl. 303). De donde resultaba más lógico no entorpecer la que estaba señalada para ese tiempo, que dilatar la que ya se veía afectada por otros motivos. La Sala sin embargo solicitará de la vigilancia judicial de la Procuraduría una averiguación sobre la realidad de esta comentada situación, para ver si es el caso de imponer sanciones disciplinarias o advertir la improcedencia de ésta por haber sido cierto lo que expresó la certificación analizada, que en la definición del recurso tiene que aceptarse como válida.

Tampoco prospera la censura.

Cargo quinto. La práctica de las pruebas se orientó sólo hacia su aspecto perjudicial, omitiéndose lo preceptuado en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal.

El memorialista se refiere a la fotografía de folio 146 (fl. 2), que se dijo corresponder a Restrepo pero que éste afirmó pertenecía a Francisco Diego Medina; también al escrito de folio 1, cuaderno segundo, en el cual Restrepo aseveró que cuando se realizaba el homicidio estaba en la hacienda San Antonio (Palmira), "de propiedad

del señor Guillermo Cuero quien a su vez declara a mi favor en el presente caso sobre mis antecedentes y mi comprobada honorabilidad así como también la señora Rosalba González"; así mismo que Restrepo protestó porque capturado el 2 de octubre, sólo se le recibió indagatoria el día 22 de noviembre; igualmente que citó como declarantes sobre su buena conducta a Guillermo Cuero, Rosalba Jiménez, Guillermo García; y, por último, que no se practicó el solicitado careo con el taxista, con el comandante del F-2, quien llegó a exigirle dinero al sentenciado.

Pero el recurrente omite singularizar qué se pretendía con la práctica de estas diligencias, qué consecuencia específica reportaban y, lo más importante, determinar el efecto de su omisión en la condena recibida. La crítica, en este sentido, no puede circunscribirse a meras formulaciones o genéricas enunciados sino que debe desenvolverse hacia terrenos más positivos y valiosos, vale decir, fijar la resonancia de todo ello en el acervo probatorio de condenación. En otras palabras debe establecerse, al menos dialécticamente, que de haberse producido ese diligenciamiento, la suerte del procesado habría sido otra muy distinta.

La Sala resalta este vacío, suficiente para inhabilitar el cargo. Pero valga agregar que siendo tan importante el testimonio de Guillermo Cuero para establecer un alibí, este declarante nada dijo al respecto, sabiendo el compromiso penal que afrontaba Restrepo y no ignorando, según éste, que cuando el delito se cometió estaba en su finca. En la audiencia pública se escuchó su testimonio, con el mismo negativo resultado.

Por último, como acertadamente lo analiza la Delegada, la censura de los testimonios de Armando García Girón y María Luisa Trujillo de García que dieron una filiación del procesado que no le correspondía, olvida "que tales testimonios fueron examinados y valorados por el juez en el auto calificatorio a la luz de una razonable apreciación negándoles credibilidad y poniendo en entredicho la circunstancia de no haber reconocido en fila de personas a Restrepo Molina (a. Pacho Mugre). Por lo demás, la diligencia de confrontación notada de menos no es imperativa sino facultativa para el juez o funcionario instructor y su omisión, por sí sola, no genera nulidad. Los jurados de conciencia que juzgaron y condenaron al acusado fueron ampliamente ilustrados de las fallas y vacíos probatorios mencionados y tanto el Fiscal del Juzgado como los tres defensores, al unísono, reclamaron la absolución de los procesados por ausencia de pruebas para condenar o por la duda insalvable que emergía de la defectuosa investigación. Significa lo anterior, que si en algunos pasajes de la etapa instructiva la defensa fue limitada, el procesado contó, en el momento crucial del juzgamiento con una técnica y adecuada defensa".

El reproche es ineficaz.

De ahí que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1. *No casar* el fallo mencionado en la fecha, origen y naturaleza; y,

2. Solicítese de la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial, una indagación sobre los aplazamientos cumplidos en este proceso, en la celebración de la audiencia, por excusas del Ministerio Público, los defensores y, en cuanto al juzgado, por tener señaladas otras audiencias entre el 4 y 22 de febrero de 1983.

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

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SUMARIO. RESERVA

Ha de tratarse (violación reserva sumarial) de datos con valor probatorio sobre la licitud e ilicitud del hecho investigado o respecto de la inocencia o responsabilidad de la persona a quien se atribuye

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 66 de agosto 21 de 1984.

Vistos:

Resolverá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el denunciante contra el auto del 9 de noviembre de 1983 mediante el cual el Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de iniciar sumario al Juez Décimo Superior de aquella ciudad, doctor *Gustavo Zuluaga Serna* por supuesta violación de la reserva sumarial.

Hechos:

Afirma el denunciante que el juez Zuluaga Serna divulgó a la opinión pública por medio de la radio el contenido del auto de detención proferido contra Pablo Escobar Gaviria y Gustavo Gaviria Rivero con lujo de detalles y en un proceso que aún estaba en fase sumarial, con lo que violó las prescripciones legales sobre reserva del sumario.

Resultandos:

1º En la fase de indagación preliminar dispuesta por el Tribunal se allegaron al expediente copia de la información radial a que alude la denuncia, diligencia de inspección judicial al proceso penal que adelanta el Juzgado Décimo Superior de Medellín, transcripción del cassette que contiene la grabación de las declaraciones del juez acusado y exposición de éste.

2º Señala el Tribunal en su providencia que al omitir el juez las declaraciones de que da cuenta la grabación transcrita y que dicen relación con el auto de detención proferido contra Escobar Gaviria y Gaviria Rivero por delito de homicidio, no violó la reserva sumarial porque no divulgó piezas procesales cuyo conocimiento público pudiese perjudicar la investigación.

3º El recurrente, por su parte, asevera que informar a extraños el contenido de los actos procesales —entre ellos el de detención— configura violación de la reserva del sumario; agrega que al dar a la luz pública informaciones sobre orden de captura de los sindicados, el juez causó agravio a la administración de justicia porque dificultó el cumplimiento de las medidas precautelativas dictadas; se extiende luego en consideraciones sobre las razones expuestas por el juez para justificar su actitud, y critica su validez jurídica; recuerda finalmente que el auto inhibitorio no ha de fundarse en causales de justificación o inculpabilidad.

4º El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita confirmar la providencia recurrida pues a su juicio el funcionario acusado no incurrió en violación de la reserva sumarial, como que se limitó a informar sobre hechos suficientemente conocidos por la opinión pública (la sindicación a Escobar y Gaviria de delitos de homicidio) y sobre el auto de detención proferido por su despacho, informaciones estas que no configuran la infracción descrita en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal.

Considerandos:

1º *Incurre en violación punible de la reserva sumarial quien "revele en todo o en parte, el contenido del sumario a persona distinta de las que intervienen en él, mientras no se hubiere ejecutoriado el auto de proceder, el que ordena el archivo del expediente, o el de sobreseimiento definitivo". Por "contenido del sumario" ha de entenderse el conjunto de actuaciones, diligencias, documentos y demás elementos de prueba que conforman el expediente investigativo antes de que se haya iniciado la etapa del juicio; la revelación del contenido total o parcial de aquellos datos procesales es jurídicamente reprochable en cuanto pone en peligro el éxito de la investigación en una fase que el legislador ha querido mantener reservada al conocimiento de las partes para evitar interferencias externas y extrañas al normal desarrollo del sumario; pero esto no significa que cualquier información suministrada a personas diversas de las que en el sumario oficialmente intervienen constituya esta violación punible; ha de tratarse de datos con valor probatorio sobre la licitud o ilicitud del hecho investigado o respecto de la inocencia o responsabilidad de la persona a quien se atribuye; por eso las informaciones que divulguen la naturaleza jurídica de una providencia, la especie de delito que se le imputa al sindicado, su nombre o la clase de decisión tomada, no configuran de suyo la información comentada.*

Esta ha sido, por lo demás, una constante jurisprudencia; así, en fallo del 27 de julio de 1936 dijo esta Corporación: "El simple hecho de informar qué clase de delitos son aquellos por los cuales se sindica el procesado y el estado en que se encuentran los procesos correspondientes, no implica revelación del texto o contenido de las piezas que forman el sumario"; en decisión del 21 de abril de 1965 esta misma Sala puntualizó: "No es a las decisiones judiciales a las que se refiere la reserva del sumario, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso; para que las providencias del instructor caigan, como tales, bajo la prohibición

legal, es necesario que en ellas se transcriba, o de cualesquiera otros modos se revele, algunos de los elementos probatorios allegados al proceso"; y más recientemente, en auto del 11 de mayo de 1979, ratificó que "el hecho de que un funcionario revele las decisiones adoptadas por él, luego de producidas, hállense o no ejecutoriadas, no constituye, a la luz del derecho penal colombiano, violación de la reserva del sumario".

Importa sí reclamar de los funcionarios judiciales la mayor discreción en el suministro de informaciones referidas a los sumarios que adelantan, y de los medios de comunicación masiva —prensa, radio, televisión— extrema ponderación y objetividad en la divulgación de noticias relacionadas con hechos que son materia de investigación penal, así como celosa respecto de la reserva que los ampara durante la fase sumarial.

2º En este caso, lo que el funcionario denunciado manifestó en sus declaraciones radiales fue que había dictado auto de detención contra Pablo Escobar Gaviria y Gustavo Gaviria Rivero por la muerte violenta de los agentes Luis Fernando Vaco Urquijo y Gildardo Hernández Patiño según hechos ocurridos en el barrio "La Floresta" de Medellín el 30 de marzo de 1977; que ya había librado orden de captura contra Gaviria Rivero y que había solicitado a la Cámara de Representantes el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del señor Escobar; agregó que en las últimas fases de la investigación hubo poca colaboración de los cuerpos secretos del Estado para ayudar a dilucidar los hechos.

3º Basta, pues, examinar el contenido de estas declaraciones para concluir sin mayor esfuerzo mental que en ellas no se revelan los fundamentos probatorios de la decisión, ni datos procesales cuyo conocimiento hubiese puesto en peligro la investigación. Es verdad que informar sobre una orden de captura impartida dentro del sumario sin que esta se haya cumplido puede dificultar la función policial para hacerla efectiva, pero es también probable que el conocimiento público que de ella se tenga, genere colaboración social en procura de la aprehensión reclamada.

4º Por manera que bien hizo el Tribunal al tomar la decisión inhibitoria ahora recurrida; y como ella es correcta porque el hecho realizado por el funcionario que se denuncia no se adecúa a la descripción típica del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, independientemente de las motivaciones expresadas por aquél, es innecesario examinarlas para desentrañar su veracidad o su connotación jurídica.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, resuelve *confirmar* el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

ARTICULO 580-4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

NULIDAD

Cuando el acto nulo no encadena con otros que le anteceden o vienen después basta su destrucción sin reposición alguna

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 67 de 28 de agosto de 1984.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto en contra de la sentencia del Tribunal Superior de *Bogotá* (9 de noviembre de 1983) que confirmó la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito para condenar al procesado *Alvaro López Paredes* a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión por habérsele hallado en posesión de cocaína (Decreto 1188 de 1974).

1. Los hechos:

Alvaro López Paredes fue capturado el 19 de febrero de 1982 en el aeropuerto de "Eldorado" de donde debía salir con rumbo a Nueva York. Al ser requisado se le encontraron 17 bolsitas ocultas en sus genitales externos y en las medias y se comprobó que contenían 900 gramos de cocaína con un grado de pureza del 100%.

2. El proceso:

Iniciado el proceso e indagado el capturado éste dijo haberse encontrado en el aeropuerto con un individuo llamado "Jorge Pinillo" a quien acompañaba una mujer y que con ellos se tomó una taza de café para sentirse mal poco después hasta el punto de que fue a los baños en donde pasó algún tiempo. Afirma que no se dio cuenta de más hasta el momento en que fue capturado. Con esta base se ordenó el emplazamiento de "Jorge Pinillo". López Paredes fue detenido y más tarde se le procesó por infracción al Decreto 1188 de 1974. En

la misma providencia se declaró la nulidad del emplazamiento de "Pinillos" por considerar que se trataba de alguien inexistente. Realizada la diligencia de audiencia pública se dictaron las sentencias de condena y en ellas se le negó al procesado la condena de ejecución condicional que su defensor solicitó.

3. La demanda:

El primer cargo es de nulidad y se apoya en el numeral 4º del artículo 589 del Código de Procedimiento Penal. El censor se refiere al emplazamiento de "Jorge Pinillos" y afirma que, cerrada la investigación, debió llamársele a responder en juicio o sobreseerle temporal o definitivamente pero no declarar la nulidad de su vinculación al proceso con desconocimiento de lo establecido por el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Además, dice, si se optaba por declarar la nulidad debió, con base en lo dispuesto por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal ordenar que se repusiera el proceso para subsanar el defecto y como tal cosa no se dispuso, toda la actuación posterior resulta nula. Solicita, por consecuencia, que se retrotraiga el procedimiento hasta el momento en que se produjeron los actos tendientes a la vinculación procesal de "Pinillos" y se ordene reponer, de allí en adelante, el proceso.

En segundo lugar y al amparo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal formula un segundo cargo por violación de la ley sustancial mediante interpretación errónea pues considera que reunía el procesado todos los requisitos para que se le otorgara condena de ejecución condicional y sólo una interpretación equivocada del artículo 66 del Código Penal vigente llevó a los juzgadores a negarla por considerar que la gravedad del hecho, que sólo sirve para dosificar la sanción, permitía concluir que necesitaba el procesado tratamiento penitenciario.

4. El Ministerio Público:

En relación con la demanda de nulidad el Procurador Tercero Delegado en lo Penal observa que no se dice en el libelo si tal alegación tiene fundamento constitucional o legal pues si se trata del primero no se indica cuál fue el quebranto para el debido proceso y si se trata del segundo dicha hipótesis no aparece en las disposiciones que reglan la materia. Tampoco se demuestra por qué los juzgadores llegaron a la conclusión de que se trataba de una persona inexistente la que había sido objeto de emplazamiento. La invalidación sólo representaba, dice el Procurador un rechazo de las explicaciones dadas por el procesado en su indagatoria sin que por ello pueda entenderse que se desconocen sus derechos sustanciales en el proceso. La nulidad podía adoptarse sin perjudicar al resto de la actuación cumplida legalmente.

En cuanto al segundo cargo dice el Ministerio Público que equivoca el actor las cosas pues confunde la graduación de las penas en atención a la norma con la gravedad del hecho como base para de-

ducir la personalidad del procesado y considerar que requiere tratamiento penitenciario. El delito mismo, dice, puede ser factor para que el juzgador deduzca la personalidad del procesado y la procedencia de la condena de ejecución condicional y, en concreto, el tráfico de estupefacientes es un delito de suyo grave.

5. Las consideraciones de la Sala:

El mecanismo previsto en el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal se utiliza cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obra prueba suficiente para someterle a indagatoria y es requisito indispensable para que, si se reúnen los presupuestos de que trata el artículo 439, pueda más tarde dictársele auto de detención y resolver su situación en la calificación del proceso de acuerdo con lo que disponen los artículo 435 y 489, respectivamente. Una vez cumplidas todas las actuaciones indicadas en la norma primeramente citada el sindicado queda vinculado a la investigación como si hubiera rendido indagatoria y adquiere la calidad de sujeto pasivo de la acción penal, esto es, de procesado según la denominación que le dá el artículo 112.

Para que una persona pueda ser emplazada se requiere, como es obvio, que exista y que no haya duda sobre su identidad física (individualización) y se disponga de datos atendibles acerca de su verdadero nombre y apellido y de sus otras generalidades (identificación), después de poner en movimiento todas las operaciones tendientes a despejar cualquier incógnita al respecto. De donde se deduce que no puede ser emplazado alguien totalmente desconocido y enigmático y que aparezca sinplemente mencionado como posible implicado en la consumación del hecho. Para casos como éste el artículo 482 dispone que si al dictarse el llamamiento a juicio o el sobreseimiento definitivo o durante la causa exista otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, se saquen copias para continuar la investigación respecto de ellos.

En el presente caso y con la sola base de la incierta versión que sobre tal hipótesis dio el procesado se dispuso, sin mayor examen, el emplazamiento de alguien a quien sólo nombró con el evidente propósito de distraer la indagación. Se trataba de una alusión vacilante, imprecisa y gaseosa que no permitía dar por establecidas ni la individualización ni la identificación del así mencionado. El juez del conocimiento lo entendió correctamente y anuló en el auto de calificación todo lo relativo al emplazamiento para la indagatoria del personaje que consideró ficticio con abundancia de razones. Esa providencia fue apelada y después se desistió del recurso.

El censor en su demanda se limita a criticar el proceder del juez y el del Tribunal que lo aceptó sin demostrar que tal emplazamiento constituía un imperativo procedimental. Simplemente lo dá por válido y alega que debió ser incluido en la calificación el emplazado en lugar de decretarse la nulidad de su vinculación al proceso, sin perjuicio de alegar, inmediatamente, que al adoptar dicha decisión debió ordenarse la reposición del procedimiento en orden a la enmienda del defecto.

Cabe apuntar, en primer término, que con tal manera de obrar no desconoció el juzgador ninguna disposición legal o constitucional cuyo incumplimiento generara nulidad. Por el contrario puso fin a una situación irregular que no debió surgir en el proceso por absoluta carencia de bases probatorias. De haber conservado intacto el emplazamiento no habría podido ni enjuiciar ni sobreseer definitiva o temporalmente al emplazado por falta de identidad física y de identificación del mismo.

Por otra parte, *no toda nulidad cobija la totalidad de la actuación cumplida antes y después de su existencia y reconocimiento. Los actos autónomos y aislados desarrollados en forma viciosa pueden ser eliminados sin que por ello se quebranten la unidad y continuidad del proceso. Basta que dichos actos se presenten sin concatenación con los que les anteceden o sigan para que puedan caer sin ocasionar perjuicio. De tal manera resulta claro concluir que las nulidades pueden afectar en todo o parte de las actuaciones procedimentales. En consecuencia, cuando el artículo 212 dispone que al decretarse una nulidad se ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto solamente supone que dicho defecto es subsanable mediante la realización de nuevas y adecuadas actuaciones. Pero cuando el acto nulo no encadena con otros que le anteceden o vienen después, basta su destrucción sin reposición alguna como acontece, para el presente caso, con el emplazamiento ya varias veces dicho.*

De todos los anteriores análisis y razonamientos se desprende que no puede prosperar el primero de los cargos que la demanda consigna.

El segundo cargo se refiere a una pretendida violación de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 66 del Código Penal que llevó al juzgador a negar la concesión de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. P.) que para el procesado solicitaron el Ministerio Público y la defensa. Se hace consistir el yerro en haber considerado el juzgador que la "gravedad" del delito era factor para determinar si el condenado necesitaba o no tratamiento penitenciario cuando ella sólo sirve para fijar la cantidad de pena imponible.

Cabe advertir, en primer término, que la sentencia impugnada no se refiere a la "gravedad" del hecho punible sino a la naturaleza y modalidades del mismo y que tales palabras aparecen en el numeral 2º de la disposición que se dice mal interpretada junto a la que alude a la personalidad del procesado. La "gravedad" de que trata la censura se coloca entre los criterios que para la fijación de la pena prevé el artículo 61 en donde aparecen también las modalidades del hecho. De lo dicho se desprende que tales modalidades resulten comunes a uno y otro efectos.

En consecuencia, no puede predicarse una violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea toda vez que la disposición en que se fundamentó el juzgador fue correctamente seleccionada y regla el punto sometido a decisión. No se le dio a la norma un entendimiento del cual carece ni se le atribuyeron repercusiones que no puede producir.

El censor no dice si la violación que alega es directa o indirecta pero si de lo último se trato debió atacar la prueba de que se

dispone en el proceso acerca de la naturaleza y modalidades del hecho punible por el cual se procede.

El que tenga el procesado limpios antecedentes, haya observado buena conducta antes y después de la consumación del delito y no se le hayan deducido circunstancias de agravación punitiva que permitan exceder el mínimo de la sanción no indica que necesariamente debe concedérsele la condena de ejecución condicional. Si así fuera no dispondría la norma que se tuvieren en cuenta la personalidad del agente, la naturaleza del hecho punible y sus modalidades. Estas, cuando no constituyen elementos del delito deben ser apreciadas razonablemente por el juez y contribuyen en buena parte a revelar la personalidad del autor. Aquella, la naturaleza, se refiere a la índole y esencia del hecho independientemente de su gravedad. En el caso de autos resulta claro que el delito cometido, posesión de estupefacientes destinados a ser vendidos en otro país, lesiona la salud física y mental de los asociados a quienes el delincuente ni siquiera conoce. Esto lo hace más reprochable y permite deducir una absoluta carencia de muy elementales principios de solidaridad humana en el agente que indican la necesidad de un tratamiento penitenciario que cumple las funciones retributivas, preventivas, protectoras y resocializadoras a las cuales se refiere el artículo 12 del Código Penal.

Por lo anteriormente dicho, tampoco prospera el segundo de los cargos.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ESTAFA

Cuando una o varias personas utilizando maniobras engañosas acrecientan su patrimonio económico en beneficio personal y perjuicio ajeno, mediante el ingreso de dineros o cualquiera otra clase de bienes muebles, no es dable sostener válidamente que cometan al propio tiempo delitos de estafa y hurto, por cuanto el provecho económico logrado como resultado de las maniobras engañosas consistió precisamente en la apropiación de cosa mueble ajena. En tales casos surge concurso apenas aparente entre los tipos de estafa y hurto, que ha de resolverse con la aplicación del primero de ellos en cuanto el provecho ilícito obtenido por efecto de las maniobras engañosas se concretó en el apoderamiento de cosa mueble ajena

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 69 de septiembre 4 de 1984.

Vistos:

El Tribunal Superior de *Cali* en sentencia del 6 de octubre de 1983 confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Sexto Superior de aquella ciudad, contra *Ramón Bolaños Erazo y Hernando Marmolejo Murgueitio por delitos de falsedad documental, estafa y hurto;* en esa misma providencia se absolvió a Derick Witing Liz. El Fiscal Quinto de aquella Corporación interpuso recurso de casación.

Hechos:

Hernando Marmolejo, empleado del Banco de Colombia en Cali recibía remesas de cheques enviados desde bancos de otras ciudades, entre ellas Tumaco, y en vez de darles el trámite correspondiente, tomaba los cheques y se los hacía llegar a Ramón Bolaños Erazo, quien con cédula falsificada en la que figuraba como José García Flórez había abierto previamente una cuenta de ahorros en la que consignaba tales cheques, no sin antes alterar sus sellos para que pudiesen ser cobrados sin dificultad. Marmolejo, al sentirse descubierto en noviembre de 1980 rompió y arrojó por al sanitario un cheque por 66 dólores

que había recibido en una remesa; a esta operación delictiva fue vinculado también Witing Liz, empleado del Banco Ganadero de la ciudad de Cali; el monto de las apropiaciones así obtenidas alcanzó unos $ 6.000.000.oo.

Actuación procesal:

Adelantada eficazmente la correspondiente investigación, esta fue clausurada y calificada con llamamiento a juicio por delitos de falsedades en documentos privados (los que se utilizaron para la apertura de la cuenta de ahorros y para las distintas consignaciones), falsedad personal (alteración y uso de cédula de ciudadanía), falsedad por destrucción de documento (despedazamiento de un cheque), estafa y hurto. Finalizada la etapa del juicio, el juzgado condenó a Bolaños a la pena principal de 24 meses de prisión, a Marmolejo a la de 22 meses de prisión, y absolvió a Witing Liz; tal determinación fue confirmada por el Tribunal.

La demanda de casación:

Con fundamento en la causal primera, el señor Fiscal Quinto del Tribunal hace dos cargos a la sentencia, a saber: 1. Violación directa de la ley sustantiva por falta de aplicación del artículo 221 del Código Penal pues el Tribunal erróneamente consideró que los delitos de falsedad en documentos privados cometidos por los procesados quedaron subsumidos en el delito de estafa; para el recurrente, existe en tales casos concurso delictivo en cuanto tanto las diversas falsedades consumadas por los procesados como la estafa finalmente perpetrada contra los intereses del Banco de Colombia conservan su propia autonomía jurídica y por eso concurren entre sí; 2. Violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal y del 351 ordinal 2º, porque los hechos investigados y por los cuales se llamó a juicio a los procesados no configuran delito de hurto; señala, en efecto, el casacionista que la apropiación que Marmolejo hiciera de los cheques para ser consignados luego a la cuenta de ahorros que abriera Bolaños, no constituye hurto porque tales instrumentos son apenas títulos-valores de contenido crediticio y no cosas muebles; dichas acciones formaron parte del delito de estafa por el que se los enjuició y condenó.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda; en su escrito se muestra de acuerdo con los planteamientos hechos por el casacionista.

Considerandos:

1. Primer cargo:

Sobre el tema de las relaciones entre falsedad en documento privado y estafa la Corte se ha pronunciado mayoritariamente en recientes decisiones; de la primera de ellas (septiembre 15 de 1983) expresó:

"A juicio de la Sala dentro del sistema consagrado a partir de la vigencia del Decreto 100 de 1980, cuando se falsifica un documento

privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento. Las razones en que se apoya este planteamiento son las que a continuación se enuncian:

"a) Se ha presentado en Colombia un reciente cambio de legislación con modificaciones no simplemente corticales en la concepción del hecho punible y en la tipificación de algunas conductas delictivas. Esto significa que no siempre son de recibo, frente a la nueva codificación, las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacían con relación a la legislación penal de 1936. Precisamente uno de los capítulos que fue modificado sustancialmente es el que consagra la falsedad documental, pues no sólo su estructura es diversa de la del Código derogado, sino que los tipos en particular están concebidos en distinta forma.

"b) El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hechos punibles, pues en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiariedad y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.

"Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos pues realmente sólo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada; tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecúa, en principio, a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero sólo éste sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecúan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiariedad.

"La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio se a aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del *non bis in ídem* que no permite que una misma infracción dé lugar a una doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiariae* que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

"De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la vio-

lación de domicilio, numeral 3º del art. 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales (art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

"En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del honorable magistrado doctor Luis Eduardo Meza Velásquez (G. J. CXXXIX, núms. 2346 a 2351, pág. 355).

"c) En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240-241, 242), para reprimir la falsedad en documento privado. En el actual artículo 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión 'si lo usa' puede llevar a firmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de esta figura delictiva hace el artículo 356 del nuevo ordenamiento.

"El uso apenas si puede llegar a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa, pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descartada la existencia del concurso.

"d) El artículo 221 del Código Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos, por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado sólo está descrito como delito de falsedad. Esta exigencia tiene otro sentido pues con ella se obvió el problema de las llamadas falsedades inocuas, ya que resultaba exagerada la punición de hechos intrascedentes en la vida de relación; esto es, demasiado severo castigar la conducta de quien falsifica documento privado que jamás utiliza. Si alguien falsifica un documento privado y lo guarda, no habrá consumado el agravio contra la fe pública; el delito de falsedad, y sólo el delito de falsedad, se consuma con el uso.

"e) Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

"Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque, por ejemplo) y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos natu-

ralísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se adecúan y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos.

"f) En el orden de la punibilidad existe un argumento que descarta la tesis del delito complejo en este caso. El artículo 221, del Código Penal, tiene prevista una pena de uno a seis años de prisión, mientras que el artículo 356 establece pena de uno a diez años de prisión y además multa de mil a quinientos mil pesos, fuera de la agravante por cuantía. De aceptarse la tesis del delito complejo se llegaría al contrasentido lógico de que para el delincuente que comete estos dos delitos, materialmente diferenciables, sólo le sería aplicable, la pena menor.

"g) Finalmente y para ahondar en razones podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición que se sustenta. Un individuo falsifica partida eclesiástica de nacimiento (documento privado), con el fin de contraer nuevamente matrimonio estando vigente un vínculo anterior. Nadie negará la existencia de un concurso entre falsedad y bigamia si se contrae nuevo matrimonio, así como nadie lo negará si el uso que se da a la partida es el de medio engañoso para cometer estrupro. Tampoco se podrá desconocer la existencia de un concurso en caso de que alguien falsifique una nota amenazante para extorsionar. En todos estos casos hay concurso de hechos punibles, por la elemental razón de que el uso de documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad" (Cas. sept. 15 de 1983, mag. ponente: doctor Aldana Rozo).

En una segunda y más cercana ocasión (enero 24 de 1984) reiteró:

"El contenido del artículo 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretará a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición 'si lo usa' es equívoca porque el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de documentos de origen eclesiástico, o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y en el segundo concurso con el de estafa, si además se dan los elementos que estructuran este delito.

"En este proceso se dieron aquellos elementos que integran el delito contra el patrimonio económico, porque no solamente se emplearon las maniobras reseñadas en precedencia, sino que se valió del nombre de persona de reconocida solvencia y moral de la localidad, haciéndola aparecer como la giradora y aceptante del documento, aprovechando su calidad de tío.

"La apariencia de legalidad del documento apócrifo, apto para el tráfico jurídico y por tanto idóneo para inducir en error a un público de comprensión tenida como normal según el criterio que en el medio cultural se tiene por tal que, utilizado por el falsario, recurriendo a maniobras engañosas, produzca un ilícito provecho económico para sí o para un tercero con el subsiguiente perjuicio ajeno, estructura el concurso de los delitos de falsedad en documento pri-

vado y el de estafa" (Cas. enero 24 de 1984, magistrado ponente: doctor Calderón Botero).

Conforme a tal criterio de la Sala, la posibilidad de que concurran los delitos de falsedad en documento privado y estafa depende simplemente de que el uso que el actor dio al documento privado por él falseado configure al propio tiempo maniobra engañosa con la que obtuvo provecho económico para sí o para un tercero en perjuicio ajeno.

Y eso fue lo que ocurrió precisamente en el presente caso: la confección y utilización de una cédula de ciudadanía falsa, la apertura de cuenta de ahorros utilizando ese documento de identificación que no correspondía a quien lo empleaba, los datos personales falsos que estampaba Bolaños cada vez que consignaba o retiraba fondos de esa cuenta, a tiempo que configuraban plena y reiteradamente falsedades en documentos privados, constituían el mecanismo engañoso utilizado con Marmolejo para apropiarse —como lo hicieron en efecto— de cuantiosas sumas de dinero en detrimento de los intereses económicos del Banco de Colombia; de allí surgen nítidamente una pluralidad de delitos de falsedad documental que concurren con estafas igualmente reiteradas; y como el Tribunal ignoró tal concurso porque subsumió indebidamente aquellas en estas, incurrió en violación directa del artículo 221 del Código Penal por inaplicación.

2. Segundo cargo:

El núcleo rector de la estafa radica en la obtención de provecho ilícito de connotación patrimonial en perjuicio ajeno, como resultado de inducción o mantenimiento en error de alguien por medio de artificios o engaños; el del hurto, por su parte, radica en el apoderamiento de cosa mueble ajena con la finalidad de lograr provecho para sí o para otro. Ahora bien, cuando una o varias personas utilizando maniobras engañosas acrecientan su patrimonio económico con beneficio personal y perjuicio ajeno, mediante el ingreso a él de dineros o cualquiera otra clase de bienes muebles, no es dable sostener válidamente que cometen al propio tiempo delitos de estafa y hurto, por cuanto el provecho económico logrado como resultado de las maniobras engañosas consistió precisamente en la apropiación de cosa mueble ajena. En tales casos surge concurso apenas aparente entre los tipos de estafa y hurto, que ha de resolverse con la aplicación del primero de ellos en cuanto el provecho ilícito obtenido por efecto de las maniobras engañosas se concretó en el apoderamiento de cosa mueble ajena; de esa manera, lo que en el tipo de hurto es ingrediente subjetivo —propósito de obtener provecho— en la estafa es ya evento logrado que supone, por lo mismo, apropiación de bienes ajenos; no se olvide que una y otra conductas típicas vulneran un mismo interés jurídico, el del patrimonio económico.

En este orden de ideas, cuando Marmolejo tomaba los cheques que venían en las remesas enviadas de otras oficinas bancarias y en vez de darles el trámite que correspondía, se los hacía llegar a Bolaños y mediante alteraciones y otros mecanismos fraudulentos los consignaban a una cuenta de ahorros y luego retiraban de ellas los dineros correspondientes, no consumaban delitos de hurtos y estafas, sino es-

tos últimos porque las apropiaciones de los dineros derivadas de la sustracción y cobro de los cheques no eran otra cosa que los aprovechamientos económicos obtenidos como fruto de sus maniobras engañosas. Aplicó, pues el Tribunal indebidamente los artículos 349 y 351 del Código Penal en cuanto los hechos imputados a Marmolejo y Bolaños no configuran delitos de hurtos sino de estafas en concursos con los de falsedades documentales ya indicados.

Prosperan entonces los cargos formulados.

3. La pena principal que se le impondrá a Bolaños será de 30 meses de prisión, teniendo en cuenta la cuantía millonaria de las apropiaciones y la pluralidad de los delitos de estafa y falsedad documental cometidos, de conformidad con lo previsto en los artículos 356 del Código Penal en concordancia con los artículos 372, 221 y 26 *ibídem*. En cuanto a Marmolejo la pena principal será de 32 meses de prisión en razón de que a los delitos precedentes de los que fue coautor, ha de agregarse el de falsedad por destrucción de documento privado. A cada uno de ellos se le impondrá, además, pena de multa de cincuenta mil pesos, pues como ya se dijo el monto final de lo apropiado se estimó en cifra superior a los seis millones de pesos. Como el fallo absolutorio del procesado Witing Liz no fue demandado, se mantendrá tal determinación.

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:

Casar la sentencia acusada, y en su lugar:

a) *Condenar* a Ramón Bolaños Erazo de condiciones civiles conocidas en autos, a la pena principal de 30 meses de prisión como responsable de los delitos de falsedades documentales y estafas de que da cuenta este proceso, a la pena de multa de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo) y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la pena principal.

b) *Condenar*, igualmente a Hernando Marmolejo Murgueitio de condiciones civiles conocidas en autos, a la pena principal de 32 meses de prisión como responsable de los delitos de falsedades documentales y estafas de que da cuenta el proceso, a la pena de multa de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo) y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la pena principal.

c) *Condenar* en abstracto a los procesados al pago de los perjuicios ocasionados por los delitos que dieron lugar a esta sentencia.

d) *Absolver* a Derick Witing Liz de los hechos por los cuales se le llamó a juicio.

El Juzgado Sexto Superior de Cali librará las correspondientes órdenes de captura para que los condenados Bolaños y Marmolejo

cumplan la totalidad de las penas de acuerdo con los incrementos que de ellas se han hecho en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento parcial de voto; *Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* Salvamento parcial de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Proceso número 28758. Sindicados: Ramón Bolaños Erazo y otros.

Disentimos del planteamiento mayoritario de la Sala en cuanto configura el comportamiento investigado como un concurso material de delitos entre falsedad de documento privado y estafa.

En anteriores ocasiones hemos sostenido que cuando se falsifica un documento privado (cheque) y se usa, este uso, aunque esté acompañado de maniobras engañosas no constituye delito de estafa, sino agotamiento del de falsedad en documento privado.

Las razones que nos han llevado a expresar esta tesis están contenidas en salvamentos de voto anteriores, concebidos en los siguientes términos:

"1. Los delitos pluriofensivos o la conducta delictiva múltiple suele vulnerar a más de un bien jurídicamente tutelado. Ese desplazamiento psicofísico encuentra como primera y fácil solución la de advertir que se trata de un concurso de hechos punibles, institución reglada en los artículos 26 a 28 del actual Código Penal.

"2. Razones de política criminal, para evitar una represión excesiva, o de justicia retributiva, que busca impedir la violación del *non bis in idem*, llevan a la doctrina y a las legislaciones a restringir humanitariamente las formas concursales y establecer *como un solo delito*, conductas plurales que en sentido general darían lugar a varios delitos independientes, *o como una sola conducta* con efectos múltiples también susceptibles de ser tomados como varias infracciones autónomas. De allí las denominaciones de delito continuado, delito compuesto y delito progresivo, etc., y de ahí también, los criterios de especialidad, consunción y subsidiariedad ideados para darles sustento a los mismos y para explicar que no se trata propiamente de varios delitos, aunque éste sea la inicial valoración, porque en el fondo se tiene es un concurso aparente de tipos.

"3. La forma como discurre la ponencia de la cual nos apartamos, en su primera parte, sirve tanto para sus propios fines como para la tesis que se sostiene en este salvamento. Porque entendemos que la reforma penal de 1980 representa, en el campo de la falsedad, una enmienda profunda de efectos acentuados, más allá de aspectos meramente corticales, afirmamos que, en lo relacionado con los títulos valores, se quiso descartar la tradicional tesis de los concursos delictuales; porque aceptamos el delito complejo (en estricto o lato senti-

do), como fenómeno jurídico de aplicación y creación doctrinarias en nuestro medio forense, también aseveramos que el mismo puede resolver satisfactoriamente el problema planteado, mediante los criterios de la consunción o de la especialidad, y, finalmente porque el 'uso', como elemento del tipo (art. 221 del C. P.), interpretado con exactitud y rigor, esto es, en toda su extensión consecuencial, viene a constituir los actos propios de la estafa, resultado querido y propiciado con la alteración de la verdad en el título valor.

"4. No debe olvidarse, entonces, que los problemas inherentes a los concursos de delitos suelen desaparecer bajo el peso de una enmienda legislativa, así ésta pueda aparentar desapego de la técnica jurídica. Y esto es lo sucedido en el actual Código Penal.

Antes, a expensas de la asimilación del título valor a documento público, la falsedad cometida en estos tenía virtualidad delictiva así se omitiera su uso. En virtud de tal equivalencia se desplazaba la tesis del concurso (por el uso), dominante en el documento público propiamente tal, el instrumento negociable, originando también el uso de éste plurales entidades delictivas, de ordinario falsedad y estafa Pero eso se debía a la ausencia de una norma que reprimiera, dentro de la propia órbita del delito de falsedad, la conducta de quien, habiendo falsificado el documento *público*, igualmente lo usaba. Tanto que ese comportamiento, referido al documento *privado*, sí estaba sancionado como modalidad agravada de falsedad, con la obvia exclusión del concurso con la estafa (art. 242 del C. P. de 1936).

"En el nuevo estatuto se tuvo el cuidado de subsanar ese vacío estableciendo como circunstancia de agravación punitiva del delito de 'uso de documento público falso' el hecho de que su autor hubiese sido también el de la falsificación (art. 222, inciso segundo). Y respecto del uso en el documento privado el tratamiento que le dio el legislador fue el de erigirlo en elemento del tipo, con los alcances ya analizados (art. 221).

"De tal manera que no hay razón para hacerle desempeñar al uso papel diferente del que el propio código le asigna, en clara manifestación de la voluntad de reglamentarlo íntegramente dentro del ámbito del delito de la falsedad.

"5. Conviene repetir que, desaparecida la asimilación del título valor a documento público y requiriéndose el uso del documento privado para poder estructurar la falsedad, la interpretación lógica de este cambio legislativo debe estar al lado de la eliminación del concurso. El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo, inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal, como el no uso. Luego la consideración que hace el artículo 221 del 'uso', tiene que referirse, en la esfera de los títulos valores, a la estafa, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables, realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos valores adulterados, sirve simultáneamente a dos necesidades: A la de estructurar, hacia atrás la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa.

"La tesis de la mayoría desatiende este sesgo legislativo, que en el párrafo siguiente destacaremos más nítidamente, así como la tendencia de los últimos tiempos, que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, concentrando en una sola figura criminal los varios aspectos que puedan tener relación, mediante los concursos, con los títulos valores (ver: Decreto 1135 de 1970 y lo que a su turno establece el Capítulo 4º, Título 14, Libro 2º del C. P.). Pero además convierte una definición general y científica, que debiera obedecer a esquemas doctrinarios, en interpretación subjetiva y variable de las circunstancias. En efecto parece que poco vale como artificio y engaño, la cuidadosa adulteración de un cheque, con su presentación personal e identificación de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad documental; pero, si se aparenta solvencia económica (vestido, vehículo, amistades, etc.), entonces sí se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea, el de la estafa.

"Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta, en el fondo, sobre un resultado: La obtención del provecho económico, como si el uso exigido en el citado artículo 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia.

"6. Coincidimos con la decisión mayoritaria en afirmar que la reforma legislativa, en este tema de la falsedad de títulos valores, tiene características substanciales y no simplemente corticales. Baste reproducir el criterio expresado por la Comisión de 1979, la última que se ocupó de preparar el actual Código Penal. La simple transcripción denota cuán lejos está el contenido y consecuencias de este estatuto de la doctrina que nos merece este disentimiento. 'Doctor Estrada Vélez: El artículo 296 del proyecto final, «uso de documento falso», me parece importante siempre y cuando cambiemos la redacción del mismo. Precisamente, esta norma evitará los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia de falsificación de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona.

" '*Entonces, si contemplamos un tipo especial por el cual establecemos la falsedad agravada para el evento de que el autor de la falsedad en documento público sea el mismo que lo usa, evitaremos el concurso de delitos.* Igualmente, si establecemos un tipo especial de falsedad para la persona que usa un documento público falsificado, aunque no haya recurrido a la falsificación, estaremos precisamente guardando la fe pública. Por consiguiente, este artículo se debe referir al uso de documento público falso. Hecho diferente es el uso de documento privado falsificado por persona que no concurrió a la falsificación y que no debe ser tenido en cuenta dentro del texto de este nuevo artículo. Por consiguiente, propongo el siguiente texto: «*Uso de documento público falso.* El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años». Inciso. «Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentaría hasta en la mitad».

" 'Doctor Giraldo Marín: Señor Presidente, con el texto propuesto quiere usted decir que si una persona falsifica un documento público y lo usa con el propósito de cometer una estafa, no habría concurso de falsedad y estafa. En ese sentido me gustaría dejar una constancia el el acta.

" 'Doctor Estrada Vélez: *Efectivamente, constituirá ese evento un delito agravado de falsedad contemplado en este artículo a aprobar. En consideración el texto propuesto.*

" 'El Secretario informa que el nuevo texto propuesto por el doctor Estrada Vélez es aprobado por unanimidad y da lectura al nuevo artículo aprobado.

" 'Artículo 270. *Uso de documento público falso.* El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

" 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que la falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'. 'Doctor Estrada Vélez: El artículo 302 del proyecto final se refiere a la «falsedad en título valor». Me parece importante buscar un texto más simple porque el del proyecto final es demasiado casuístico y, precisamente, en los textos que hemos aprobado se ha eliminado, en lo posible, las enumeraciones. Soy partidario de establecer y otorgar un margen amplio para que el juez juzgue según la cuantía del ilícito. No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se pueda fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad comercial. *Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aún tratándose de un delito pluriofensivo.*

" 'Doctor Giraldo Marín. Precisamente, por el bien jurídico tutelado prioritariamente es la fe pública, la comisión encargada del proyecto final colocó este artículo en el presente título. Sin embargo, por razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos.

" 'Doctor Estrada Vélez: En principio, estoy de acuerdo con usted; porque no es lo mismo falsificar una escritura de hipoteca por cincuenta millones de pesos que una por diez mil pesos. Entonces, si el máximo de la pena imponible en los delitos de falsedad en documento público cometido por empleado oficial, es de diez años, resulta injusto imponer doce años por la falsedad en «título valor». Será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena. Teniendo en cuenta, obviamente, la cuantía del título valor falsificado, además de los factores establecidos en la parte general del código. *De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título valor precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome este tipo de conducta como una falsedad agravada.* En consecuencia, propongo el siguiente texto: «El que falsifique un título valor, si lo usa, incurrirá

en prisión de uno a diez años». Inciso. «En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor», de esta manera protegemos el título valor en su sentido amplio y dentro de un tipo especial porque simplificamos el primer inciso del texto del proyecto final y tenemos en cuenta el tercero. *No así el segundo inciso, porque el uso de un documento privado falso por quien no lo falsificó constituye un elemento de estafa, un ardid o forma de engaño. En consideración el nuevo texto propuesto.*

" 'El Secretario informa que la Comisión aprueba el texto propuesto por el doctor Estrada Vélez, con voto negativo al doctor Giraldo Marín.

" 'Y da lectura al nuevo artículo aprobado:

" 'Artículo 276. *Falsedad en título valor.* El que falsifique un título valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años.

" 'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor'. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano —parte especial— artículos 11 a 322. Volumen II, Acta número 20, páginas 355/356 y 357/358. Colección Pequeño Foro. Edición dirigida por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín. Subraya la Sala.

"7. Los casos que se pretenden arbitrar como contraargumento a la tesis del no concurso y que en concepto de la mayoría constituirían problemas insolubles si no se aplica su criterio, no pueden merecer tan significativa valoración, porque o bien no deben resolverse acudiendo al concurso, o bien pueden permitirlo sin que por esto lo relacionado en forma específica para los títulos valores también se les aplique. Sobre este último particular tendría que observarse la relación económica que alimenta la falsedad del título valor y su consiguiente aprovechamiento, lo cual no se aviene con la adulteración de un registro público de matrimonio con la consiguiente bigamia o engaño sexual, posibilidades últimas que, además, involucran otros distintos actos de naturaleza bien diferente, sobre los cuales sí descansa con firmeza el concurso. Y así podría continuarse el razonamiento sobre esa ejemplificación, pero no es oportunidad para hacerlo extensamente" (Casación. Sentencia de 15 de septiembre de 1983. Proceso contra Jaime Gallego Cifuentes).

Son estas las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha *ut supra.*

RECURSO DE APELACION

LEY 2ª DE 1984. SUSTENTACION

Es presupuesto indispensable para la admisibilidad del recurso de apelación, la previa y oportuna sustentación hecha por el apelante o por su representante ante el funcionario que dictó la providencia interlocutoria que se objeta

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 72.

Vistos:

El doctor Luis Cardona Aristizábal, en su condición de parte civil dentro de este proceso, interpuso recurso de apelación contra el auto en virtud del cual el Tribunal Superior de Cartagena sobreseyó definitivamente al doctor *Alberto Mercado Hernández,* Exjuez Primero Civil del Circuito de esa ciudad, a quien se sindicó de la comisión de un delito de prevaricato.

Para resolver se considera:

1º El recurso de apelación fue interpuesto por medio de comunicación telegráfica que en su parte pertinente dice:

"Sustentación dos puntos conforme artículo 196 Código Procedimiento Penal como el auto que dispone el sobreseimiento definitivo es apelable en el efecto suspensivo punto segundo según inciso tercero precitado artículo como la apelación se interpondrá por escrito dentro de los tres días siguientes punto tercero acervo probatorio y circunstancias ameritan que el superior se pronuncie acerca de si existe mérito para dictar auto de proceder o si confirma providencia inferior".

2º La Ley 2ª de 1984, publicada en el Diario Oficial número CXX 36450 del 17 de enero de 1984 y que según su artículo 76, regiría a partir de su promulgación, dispone en su artículo 57 lo siguiente:

"Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que venza el término para

resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho.

"Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento".

3º *A partir de la vigencia de la ley anteriormente citada es presupuesto indispensable para la admisibilidad del recurso de apelación, la previa y oportuna sustentación hecha por el apelante o por su representante ante el funcionario que dictó la providencia interlocutoria que se objeta. Esta medida legislativa orientada a impedir la inútil dilación de los procesos y a exigir del recurrente que señale, así sea someramente, las razones que lo llevan a impugnar la decisión, debe ser entendida de manera que no cercene los derechos procesales de quienes intervienen en el proceso, ni menoscabe el interés del Estado por una pronta y cumplida administración de justicia.*

La sustentación del recurso de apelación es carga del impugnante que le obliga a señalar en concreto las razones de su disentimiento con la providencia recurrida y que lo llevan a postular una determinación diferente que sea menos gravosa para sus intereses procesales. En este acto procesal no es necesaria la exhaustiva presentación de argumentos para demostrar inconformidad con la resolución apelada; basta con enumerar en el oportuno escrito, en forma clara y precisa, los fundamentos del disenso.

Sobre este aspecto en particular señaló la Corte en Sala de Casación Civil: "Si, como ya está dicho, la apelación es una faceta del derecho de impugnación *expresión esta derivada de la voz latina 'impugnare', que significa 'combatir, contradecir, refutar', tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación" (Auto del 30 de agosto de 1984, Magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén).*

La carencia de requisitos formales del memorial sustentatorio, no debe conducir, sin embargo, a que se desconozca la voluntad del legislador que exige al apelante el deber de sustentar y no simplemente ofrecer una apariencia de sustentación. La formalidad a que se refiere la ley demanda que se señalen los puntos de desacuerdo y las razones de hecho o de derecho sobre las cuales aquellos descansan. No constituye, por tanto, sustentación adecuada, el empleo de frases o expresiones en las cuales simplemente se manifieste un desacuerdo genérico pero no se indiquen en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior, ni tampoco estará cabalmente sustentado el recurso que carezca de las razones, de tipo probatorio o jurídico, que deben llevar a dicha reforma o revocatoria.

En este mismo sentido se pronunció la Sala Civil en la decisión precedentemente citada, en los siguientes términos: "Para no tolerar

esguinces al precepto legal transcrito, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no puede darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como 'sí hay prueba de los hechos', 'no están demostrados los hechos' u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado".

4º En el caso que ahora estudia la Sala el apelante se limitó a señalar que el auto de sobreseimiento definitivo era apelable, que lo hacía dentro del término legal y que el "acervo probatorio y circunstancias ameritan que el superior se pronuncie acerca de si existe mérito para dictar auto de proceder o si confirma providencia inferior". A juicio de la Sala esta frase no constituye sustentación en el sentido precedentemente indicado, por cuanto no señala las razones del desacuerdo con la providencia del Tribunal de Cartagena, ni los fundamentos, de hecho o de derecho, en los cuales basa el disentimiento.

En estas condiciones no se admitirá el recurso propuesto y, habida cuenta de que no se trata de decisión consultable, pues los delitos de prevaricato y abuso de autoridad por los cuales fue denunciado el juez sindicado, no admiten este grado de jurisdicción, se dispondrá la devolución del proceso al Tribunal de origen.

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

Resuelve:

Declarar inadmisible el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra el auto de sobreseimiento definitivo dictado dentro de este proceso.

En firme esta decisión, vuelvan las diligencias al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACIA

(ERROR SOBRE EL TIPO)

No cometen abuso de autoridad los empleados del orden judicial y del Ministerio Público cuando toman su propia representación en diligencias prestacionales de carácter oficial y en asuntos puramente administrativos donde no hay ni puede haber disputa de intereses entre partes

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Apobada: Acta número 72 de septiembre 11 de 1984.

Vistos:

Cumplida en su oportunidad la audiencia pública en la presente causa seguida contra el doctor *William Uribe Garcés,* en su condición de magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por un posible delito de abuso de autoridad, corresponde a la Corte proferir sentencia de mérito conforme a lo alegado y probado en el proceso.

El Procurador Delegado en lo Penal ha pedido fallo condenatorio para el acusado. Por su parte el defensor impetra su absolución con argumentos que se verán más adelante.

Hechos:

Se consignaron en el auto de procerder, así:

"...El doctor Diego López Mora, en escrito presentado ante la honorable Corte Suprema de Justicia, para los fines que esta honorable Corporación estimara pertinentes, transcribió un aparte de la Resolución número 011 de marzo 11 de 1980, emanada de la Gobernación del Departamento de Caldas, que textualmente dice lo siguiente: '...Llama la atención que el abogado William Uribe Garcés sostenga una tesis jurídica en defensa de sus intereses personales y en completo desacuerdo con expresas normas de orden legal y constitucional. Además, su doble posición de funcionario de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y actualmente magistrado de la Sala Civil del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales,

y de demandado en el caso *sub judice,* hubiere litigado en nombre propio cuando la ley y la Carta le prohíbe expresamente, ya que ocupa un cargo y por cierto de suma importancia judicial en el campo jurídico, cuando lo viable y procedente hubiera sido que otro abogado en ejercicio de su profesión hubiera defendido en los intereses económicos debatidos..."

Resultandos:

Hasta la calificación del sumario se había establecido lo siguiente:

"...Con fecha 9 de agosto de 1979 los señores Cosme Marulanda Villegas y Aurelio Calderón Marulanda presentaron ante la Gobernación del Departamento de Caldas solicitud de reintegro de excedentes pagados por concepto de cánones de arrendamiento de un inmueble de propiedad del doctor William Uribe Garcés; el 29 de agosto de 1979, la Oficina Jurídica de la Gobernación admitió la solicitud, la que fue notificada el 18 de septiembre del mismo año al arrendador; el 2 de octubre de 1979, invocando su calidad de abogado y obrando en su propio nombre, el doctor William Uribe Garcés contestó los descargos y aportó pruebas de sus afirmaciones; el 29 de noviembre de 1979, la Gobernación del Departamento, mediante Resolución 035, ordenó al arrendador devolver a los inquilinos la suma de $ 14.480; el 5 de diciembre de 1979, el doctor William Uribe Garcés interpuso los recursos de reposición y de apelación contra la providencia anterior; el 11 de marzo de 1980, la gobernación negó la reposición y concedió, en consecuencia, el recurso de alzada ante la Superintendencia de Industria y Comercio; el 24 de julio de 1980, la citada Superintendencia confirmó lo resuelto por la Gobernación de Caldas; y, por último, el doctor William Uribe Garcés se notificó personalmente de esta decisión el 11 de agosto de 1980.

"Igualmente, se comprobó que el acusado desempeñó el cargo de Fiscal del Juzgado Quinto Superior de Manizales hasta el 15 de febrero de 1980, fecha ésta en la que tomó posesión como magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, cargo que viene ocupando desde entonces sin interrupción alguna..."

En el período probatorio de la causa con la ampliación de indagatoria del procesado, con el acta de posesión del mismo como Fiscal del Juzgado Quinto Superior de Manizales, la certificación sobre tiempo de servicio en este cargo y la copia auténtica de todo el expediente administrativo que dio origen a este proceso, se completó la visión plena de los hechos y de la conducta que son materia de juzgamiento en este proceso.

Se considera:

La imputación al doctor William Uribe Garcés se adecuó al comportamiento descrito en el artículo 179 del Código Penal de 1936, vigente para la época de los hechos, por haberlo encontrado la Corte más favorable que el contemplado en el de 1980.

El auto de proceder la precisó de la siguiente manera:

"...4º Cuando dentro de ese proceso especial (se refiere al previsto por el Decreto 063 de 1977) un funcionario público interviene

como parte, alegando su calidad de abogado al afirmar que es portador de la tarjeta profesional de abogado emitida por el Ministerio de Justicia y advertir que actúa en su propio nombre y como demandado, y así alega e interpone recursos, asumiendo su propia representación, no cabe duda que obra en interés propio, que aboga o litiga sin legitimidad alguna porque la ley, la misma que viola con esa conducta, se lo prohíbe por razón de su investidura oficial.

"5º Habiéndose probado que el doctor William Uribe Garcés, en su condición de Fiscal del Juzgado Quinto Superior de Manizales y luego como magistrado de este distrito concurrió como demandado y que como abogado asumió su propia defensa en el proceso administrativo que ante la Gobernación del Departamento de Caldas le instauraron sus exinquilinos: Cosme Marulanda Villegas y Aurelio Calderón Marulanda para que les devolviera el exceso que a título de arrendamientos le pagaron; y habiéndose igualmente demostrado que en ejercicio de tales calidades contestó la demanda, presentó pruebas, alegó, interpuso recursos y se notificó de todas las providencias que se surtieron, cabe afirmar que cumplió el comportamiento típico reprimido por el artículo 179 del Código Penal vigente para entonces, sin justificación alguna..."

De la transcripción anterior se concluye que el procesado responde desde entonces por haber abogado o litigado en causa propia transgrediendo la prohibición que en tal sentido establece la ley para los funcionarios o empleados del orden judicial y del Ministerio Público.

Para rechazar esta imputación sostiene la defensa con fundamento en el artículo 80 del Decreto 250 de 1970, 25, 28 y 35 del Decreto 196 de 1971:

1. Que en ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la Constitución y la ley "...se puede *litigar*, en causa propia, sin ser abogado inscrito..."

2. Que no solamente en estas hipótesis sino también cuando se va actuar ante las autoridades administrativas en cuyo caso no es condición *sine qua non* "...ostentar la calidad de abogado inscrito..."

3. Que el Decreto 063 de 1977 por la naturaleza de las acciones en él previstas y por las autoridades encargadas de tramitar y decidir el asunto, cumple funciones de alta policía dentro de un procedimiento "de exquisito sabor administrativo" en donde "...no es requisito esencial que el interviniente... tenga la calidad de abogado inscrito, pudiendo, en consecuencia... comparecer cualquier persona, siempre que obre en su propio nombre..."

4. Que esos asuntos no tienen la categoría de verdaderos litigios o de reales procesos administrativos "...no solamente por la simplicidad de su tramitación o por la no necesidad de que no (sic) intervengan abogados inscritos, sino también porque ni siquiera se le da el calificativo preciso y técnico de *demanda* a la solicitud de la devolución de los excedentes, que simplemente recibe el modesto y preciso nombre de *petición*, que dará origen no propiamente a la contestación de una demanda, sino más simplemente, a presentar unos *descargos*..."

En esta forma se pretende por la defensa demostrar que el acusado podía personalmente gestionar el asunto ya que se encontraba dentro de las excepciones consagradas para litigar o abogar en causa propia, ante autoridades administrativas y en trámites de "exquisito valor administrativo" que no conforman proceso en el sentido técnico-jurídico.

Muy importantes son estos argumentos de la defensa, pero no vienen al caso. *No se trata de saber en qué asuntos se puede litigar o abogar sin ser abogado inscrito sino de saber si existen excepciones a la prohibición penal para los empleados del orden judicial y del Ministerio Público de litigar o abogar en causa propia o ajena.*

La jurisprudencia reconoce que estos funcionarios o empleados públicos no pueden intervenir por sí mismos en asuntos donde exista o pueda hipotéticamente existir controversia entre partes como acontece en los juicios civiles, laborales, penales o administrativos. En consecuencia, están facultados para formular peticiones dentro de un diligenciamiento prestacional de carácter oficial y en asuntos puramente administrativos o fiscales donde no hay ni puede haber disputa de intereses entre partes. De lo contrario deben constituir apoderado.

En el caso presente no puede negarse que existió controversia entre partes para ventilar los intereses encontrados de quienes pidieron la devolución de cánones de arrendamiento y el procesado, dentro del procedimiento administrativo estatuido por la ley para ese específico menester. No hay duda que aquellos presentaron pretensiones opuestas a este último, conformando por ese modo dos partes contrarias en disputa de un derecho sobre un excedente en el monto de los cánones cobrados y percibidos por el arrendador y dueño del inmueble respectivo doctor William Uribe Garcés quien intervino para abogar en su propio nombre, como efectivamente lo hizo, hasta el final.

Por consiguiente, el acusado litigó en causa propia, por fuera de las excepciones que ha señalado la jurisprudencia, ésto es, dentro del marco de la prohibición penal que se le imputa.

Por último, alega la defensa que no es posible hablar en este proceso de culpabilidad dolosa muy a pesar de las afirmaciones que se hacen en el auto de proceder en el sentido de que el encausado no ignoraba la ilicitud de su conducta por razón de su profesión, de su trayectoria judicial y en el Ministerio Público, y por su condición de estudioso del derecho, porque el dolo es "voluntad antijurídica" y aquí no la hubo en ningún momento.

Para consolidar su aserto sostiene que el delito que se le endilga al procesado está integrado por elementos reales o descriptivos, pero fundamentalmente por elementos normativos los cuales tienen unas connotaciones especialísimas que pueden afectar la culpabilidad a título de dolo, entre otros la referencia a *asunto judicial* o administrativo, que implica necesariamente un juicio de valor que puede resultar equivocado en el proceso de comprensión de la ilicitud.

Resume y concreta su planteamiento en la siguiente forma:

"...En el caso que se examina, no queda duda de que el doctor Uribe Garcés, al asumir el comportamiento que se tiene como ilícito,

por afirmarse que es violatorio de las incompatibilidades consagradas en la norma extrapenal que viene a integrarse con la norma de carácter penal, lo hizo en el convencimiento de que no estaba violando ningún tipo de prohibición por las razones que de manera clara, precisa y sincera ha expuesto a través de sus dos intervenciones en el proceso; o sea, porque primero, consideró o entendió que todo cuanto hacía referencia o tocaba con el *proceso de lanzamiento* propuesto por él, a través de un apoderado que obró en su representación y que terminó en forma definitiva con la *transacción,* había hecho tránsito a cosa juzgada y ya no era jurídicamente posible revivirlo. Entonces, cuando sus exarrendatarios formularon una *petición* ante una autoridad administrativa, mediante el diligenciamiento breve y sumario de que trata el Decreto 063 de 1977, tenía razones valederas para opinar, para creer, para valorar que esas diligencias administrativas no podían considerarse o tomarse como un verdadero *proceso* de naturaleza judicial o administrativa, sino que simplemente se trataba de una especie de incidente, de naturaleza *sui generis,* en el cual podía él, en ejercicio del derecho de petición, intervenir en forma personal, como lo hizo.

"Si el proceso ejecutivo y de formación del acto voluntario, con relación a la culpabilidad, se formó como lo dice el inculpado y he tratado de describirlo en los términos anteriores, no queda duda alguna de que cuando el doctor Uribe Garcés actuó dentro de tal convencimiento, no podía obrar con *dolo,* porque primero, no podía de ese modo representarse el *tipo* de delito que describe la ley, y mucho menos, puede decirse que podía querer el tipo de infracción con sus elementos normativos que son los que le dan significado de ilicitud al comportamiento. Por lo mismo, debe afirmarse, que tal comportamiento contiene el vicio del *error de tipo* de un error esencial que recae no sólo sobre los aspectos materiales del reato, sino fundamentalmente sobre sus factores *normativos* o *valorativos* que integran el tipo y son los que hacen que la conducta se pueda calificar de ilícita o antijurídica, material y formalmente..."

Pues bien, *mientras el error sobre el tipo se concreta en el desconocimiento de elementos de índole descriptiva o normativa, pertenecientes a la composición del delito, el error sobre la antijuridicidad recae sobre la comprensión, total o parcial, de la ilicitud del hecho punible. La defensa, en forma acertada, ha propuesto un error sobre el tipo* porque en su concepto el procesado malinterpretó los elementos normativos que integran el abuso de autoridad de que se trata, pues, si bien sabía que no podía abogar en asuntos judiciales o administrativos, creía que lo podía hacer en casos donde no se exigía por la ley la calidad de abogado, o donde por imperativo de la ley no podía surgir controversia algunas. Es decir, no pensó ni entendió que la norma prohibía su actuación directa en toda clase de asuntos litigiosos, esto es, donde hubiera o pudiera haber conflicto de intereses entre partes. Tampoco vislumbró que las únicas excepciones al respecto las estableció la jurisprudencia sobre la ausencia de conflicto, o sea, sobre el concepto contrario.

Y, más se reafirma este error si se toman en cuenta las explicaciones del acusado, quien manifiesta:

"...Sí, como se ha expuesto, el trámite administrativo contemplado en los artículos 15, 16, 17 y 18 del Decreto 063 de 1977 no se

cumple ante una autoridad encargada por la ley de administrar justicia; si la petición de devolución de excedentes no requiere de la presentación de una demanda con las formalidades legales; si la actuación termina mediante una resolución y no con una sentencia; si no hay lugar a debate probatorio que permita una amplia discusión del derecho que le asiste a cada parte y no es permitido controvertir la prueba; si la resolución que pone fin a la actuación no presta mérito ejecutivo; si para actuar dentro de dichas diligencias las partes (arrendador y arrendatario) no requieren de la asistencia de abogado titulado e inscrito; si el arrendatario no es titular de derecho alguno que pueda exigir del arrendador, y el derecho a pedir la devolución de excedentes, no constituye una pretensión que pueda exigir del arrendador y dé lugar a una controversia entre partes, sino que es un derecho específico de petición que se agota con el memorial en el cual se formula, necesariamente debe concluirse en sana lógica jurídica que el trámite contemplado en dichas normas no tiene la naturaleza de un juicio o proceso civil o contencio-administrativo. Al contestar los cargos dentro de la solicitud de devolución de excedentes formulada ante la Gobernación de Caldas por mis exinquilinos señores Cosme Marulanda Villegas y Aurelio Calderón Marulanda lo hice en la íntima convicción de que actuaba dentro de una actuación o trámite administrativo que se surtía ante autoridad administrativa y por el procedimiento de la vía gubernativa y no dentro de un proceso o juicio contencioso-administrativo. Obré, pues, de buena fe. Si me equivoqué en la interpretación de la ley debe tomarse en cuenta mi sana intención..."

Luego, agrega:

"...lo hice en la sana creencia de que el derecho de petición de que era titular en mi condición de ciudadano me autorizaba para interponer dichos recursos en forma personal sin necesidad de constituir apoderado para dicho efecto obré de buena fe y si me equivoqué en la interpretación de la norma legal se me debe tomar en cuenta mi sana intención..."

Por último, concluye con esta expresión:

"...Jamás tuve la intención de violar la ley penal..."

Sin embargo, no es posible aceptarle al doctor William Uribe Garcés que en algún momento confundió el ejercicio de la abogacía con el simple ejercicio del derecho de petición por las razones consignadas en el auto de proceder y que no fueron desvirtuadas. Pero, lo que si es necesario abonarle, es su buena fe, la ausencia absoluta de dolo en su conducta.

En efecto, de la confrontación de sus propias afirmaciones con el contenido de los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 063 de 1977, emerge, sin lugar a dudas, el error de tipo que se invoca. El delito por el cual se le dictó auto de proceder, cuando prohíbe a los empleados del orden judicial y a los agentes del Ministerio Público abogar en asuntos judiciales o administrativos, *introdujo en el tipo penal ese elemento normativo que fue mal interpretado por el procesado, pues entendió que la ley se remitía sólo al concepto de juicio,* strictu sensu; *vale*

decir, a aquellos procedimientos donde hay demanda y contestación a la misma, formulación de excepciones, términos de prueba y debates probatorios, recursos y sentencia definitiva y no a trámites como el del Decreto 063 de 1977 que se invocan con un simple memorial petitorio acompañado del contrato de arrendamiento y que se responde con un simple memorial de descargos, luego de lo cual se decide mediante una también simple resolución administrativa. De aquí que jamás le significó juicio o controversia alguna en el sentido ortodoxo de la técnica procesal, por lo que no creyó que en este especialísimo caso pudiera, al contestar descargos e interponer recursos, cumplir la acción de litigar.

Esta creencia de estar obrando correctamente, basada sobre la equivocada comprensión del tipo, excluye todo juicio de reprochabilidad al comportamiento imputado al doctor William Uribe Garcés en los hechos que dieron origen a este proceso.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *absuelve* al doctor William Uribe Garcés, del delito de abuso de autoridad por el cual se le llamó a responder en juicio en este proceso, en su condición de magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Como consecuencia de lo anterior, *ordena* devolver las cauciones que se hubieren prestado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DOCUMENTOS

Determinar si un documento es público o privado es hacer un juicio de valor. La equivocación en ese propósito constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez y ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 75.

Vistos:

Por sentencia proferida por el Juzgado Unico Superior de Pitalito (Huila) condenó a *Jaime Charry Trujillo* a la pena principal de 48 meses de prisión y a las accesorias de rigor por los *delitos de falsedad en documento público y tentativa de estafa.*

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en fallo del 18 de agosto de 1982, confirmó la resolución de instancia reduciendo la pena privativa de la libertad de Charry Trujillo a 44 meses de prisión e imponiéndole $ 375.000.oo de multa a favor del Tesoro Nacional.

Contra esta última sentencia interpuso el procesado el recurso extraordinario de casación.

Hechos:

Quedaron sintetizados en la sentencia impugnada de la siguiente manera:

"1º Se desconoce el criterio o las razones económicas, publicitarias o de otro orden que la Beneficencia del Huila tuviera en cuenta para disponer que los sorteos se efectuaran en distintas localidades del Departamento, pero lo cierto es que al igual que se había verificado el sorteo número 2340 el 4 de septiembre de 1979 en Altamira, se ordenó que siete días después, se realizara el número 2341 en la municipalidad de San Agustín.

"2º En desarrollo de este ordenamiento el martes 11 de septiembre del año citado el Jefe de la División de Loterías Marlio Charry Delgado, el Auditor de la Contraloría Jaime Charry Trujillo, el Auxiliar de Liquidación Paul Montero Alla, el Electricista Luis Alfonso Torrente Cuenca, su Auxiliar Ramiro Perdomo y el chofer Ignacio Parra Silva,

se desplazaron hacia San Agustín en la camioneta marca Dodge, modelo 1978, color blanco y placas CX-8306 llevando las cuatro ruedas fichets destinadas oficialmente por la Beneficencia para sortear los premios de la Lotería del Huila. Una vez en la localidad, tomaron la habitación número 104 del Hotel Yalconia donde guardaron las cuatro ruedas y luego el Jefe de la División de la Lotería como el Auditor con la colaboración del señor Alcalde Municipal Luis Jairo Ibarra Obando, se dedicaron a definir el sitio donde el acto se verificaría escogiendo los dos primeros, el parque de las Estatuas frente a la Iglesia Parroquial que fue rechazado por el Alcalde por la escasa iluminación y la dificultad que el desnivel presentaba para que el público presenciara el sorteo. Ante su insistencia se escogió la Plaza Cívica que presentaba mejores condiciones de iluminación y observación para el público aunque no era de la aceptación de los dos empleados de la Lotería. Ahí se instaló una mesa en la parte exterior y el electricista cuyo nombre mencionamos antes, efectuó el trabajo que le correspondía.

"3º Ya en las horas de la noche los medios de comunicación, propaganda e información hacían que la gente concurriera al lugar determinado para el sorteo donde también se encontraba un conjunto musical animando el acontecimiento. Fueron instaladas las cuatro ruedas que debían escoger el número ganador y luego cuando el entusiasmo de la gente por una canción de moda y la expectativa creada estaba en el máximo de su desarrollo, se anunció el sorteo del Premio Mayor y para tal efecto un señor que los testigos refieren como alto, moreno, de patillas y bigote y que el proceso identifica como Jaime Charry Trujillo, accionando con maestría la mano derecha, invitó por los equipos de amplificación a cuatro campesinos para que accionaran los instrumentos para sortear el Premio Mayor. Como impulsados electrónicamente u obedeciendo a una señal convenida previamente, surgieron de entre el público cuatro individuos que vistiendo a la usanza campesina subieron al escenario principal y se colocaron tras los aparatos. Ni las autoridades ni los particulares identificaron a ninguno porque la figura física de ellos era desconocida en la población. Cuando recibieron la orden de accionar, acataron el mandato y las ruedas se detuvieron dando como ganador el número 4764. Hecho esto los individuos que por desconocidos despertaban sospechas y por lo nerviosos ejecutaban movimientos extraños, se retiraron del lugar no regresando al público sino hacia sitios diferentes y por parejas.

"4º Las autoridades y principalmente los Servicios Secretos que informados de alguna anomalía presentada en el sorteo anterior, estaban prevenidas, efectuaron un seguimiento sobre la cuarteta mientras el mismo Auditor Charry Trujillo llamó para sortear los premios secos al Mayor de la Policía Nacional Jaime Alberto Patarroyo Barbosa, el Teniente de la misma Institución Wilson Vargas Segura, el Alcalde Municipal Luis Jairo Ibarra Obando y el Notario Olimpo Muñoz Sotelo quienes cumplieron la labor que se les encomendó. Mientras esto ocurría, dos de los que sortearon el Premio Mayor habían llegado hasta aproximarse a un campero Nissan Patrol donde se cambiaban de ropas y otros dos tomaron dirección distinta siendo observados cuando Charry Trujillo desde la camioneta oficial pasaba haciéndoles algunas señales que se traducían en la orden de esperar. Cuando los

servicios de investigación intercambiaron ideas con los superiores sobre los comportamientos y detalles del acto cumplido, se decidieron a realizar una operación consistente en la interrogación, requisa y aún captura de todas las personas que presentaban vinculación con los hechos.

"5º Los primeros capturados fueron los cuatro que accionaron las ruedas y respondieron dos a los nombres de Arturo Bermúdez Grimaldo y José Eduardo Perdomo Parra a quienes se les encontró que ya habían cambiado de indumentaria y en los bolsillos portaban dos agujas o especie de pin de aproximadamente cuatro (4) centímetros de largo y con base circular de un (1) centímetro de diámetro. Igualmente capturados los otros dos dijeron llamarse Eduardo Arias Lozano y Celimo Bermúdez Grimaldo quien también se hacía identificar como Eliécer Daza Salinas a quienes se les halló otro pin aguja. Continuando la operación las autoridades se trasladaron a las dependencias del Hotel Yalconia donde fueron capturados Jaime Charry Trujillo, Marlio Charry Delgado así como Carlos Arturo López Ramírez, Marco Tulio Castaño Londoño quien portaba una cuarta aguja o pin y Víctor Manuel Nepomuceno Amaya Mejía, estos tres últimos que habían ocupado la habitación 105 del mencionado establecimiento. En igual forma fueron limitados en su libertad Paul Montero Falla, Ignacio Parra Silva, Ramiro Perdomo y Luis Alfonso Torrente, como retenidos los vehículos siguientes: El automóvil marca Chevrolet, modelo 1956, color verde marfil, placas AA-5576 en cuyo interior se hallaron cuatro ruedas fichets empacadas en cajas de cartón y con las cuales se había hecho el sorteo. El campero Nissan Patrol, modelo 1974 color verde, placas JH-0406 en cuyo interior se encontró el cojín trasero del automóvil anterior que fue necesario sacar para introducir las ruedas, un maletín ejecutivo y otros implementos. Por último, la camioneta marca Dodge, modelo 1978, color blanco y de placas OW-8306.

"6º La misma noche pudo comprobarse que Marlio Charry Delgado y Jaime Charry Trujillo tomaron la habitación 104 del Hotel Yalconia donde guardaron las ruedas fichets, consagradas oficialmente por la Beneficencia para escoger en cada sorteo el número ganador y que los otros individuos no empleados de la Beneficencia Marco Tulio Castaño Londoño y Víctor Manuel Nepomuceno Amaya Mejía propietarios del campero y automóvil respectivamente, como Carlos Arturo López Ramírez compañero de los anteriores, ocuparon la pieza número 105 e igualmente que las ruedas empleadas en el sorteo no fueron las legítimas por haber permanecido ocultas en el establecimiento de hospedaje sino las hechizas o adulteradas que se encontraron dentro del automóvil de Amaya Mejía y así mismo, pudo comprobarse que Jaime Charry Trujillo portaba en sus bolsillos 15 fracciones de la Lotería del Huila que jugaba precisamente el 11 de septiembre y había escogido el número 4770 y que este individuo, Auditor de la Beneficencia, había sido el ganador junto con Marco Tulio Castaño Londoño del sorteo anterior número 2340 jugado el 4 de septiembre de 1979 en Altamira con el número 5109.

"7º Frente a la realidad anterior indicativa de haberse cometido un ilícito, los ciudadanos Mayor y Teniente de la Policía Nacional, el Alcalde Municipal y el Notario que habían suscrito el Acta de sorteo

como testigos, hicieron constar al dorso de la misma que solamente movieron las ruedas para adjudicar los premios secos. Y con las diligencias de indagación previas fueron puestos los detenidos y todos los implementos a órdenes de la Autoridad Judicial que abrió la investigación que ocupa la atención del Tribunal..."

La demanda:

Con fundamento en las causales primera y segunda de casación (art. 580-1-2 del C. de P. P.), formula a la sentencia estos cargos:

Causal primera.

a) *Violación indirecta.* Sostiene que la sentencia con relación al delito de falsedad, quebrantó la ley sustancial por error de hecho manifiesto proveniente de la apreciación errónea de una de las pruebas que llevó a la aplicación indebida de los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 231 del Código Penal de 1936.

Se refiere al acta del sorteo de la Lotería del Huila del 11 de septiembre de 1979 que el Tribunal consideró como documento público cuando carece de sus características, pues no fue suscrita por Jaime Charry Trujillo como Auditor de la Contraloría Departamental ante la Beneficencia del Huila ni por ningún otro empleado público, es decir, no llenó los requisitos del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal para ser un documento de tal naturaleza. Al darle la sentencia "un alcance que no tenía por expreso mandato legal", incurrió en error manifiesto de hecho.

Por esta vía, anota:

"...La sentencia recurrida hace caso omiso del concepto de documento público del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, siendo esta la norma probatoria violada, cuya desatención conlleva a la apreciación errónea del Acta del sorteo como prueba porque sin considerar que el procesado Jaime Charry Trujillo no llenó el formato, ni lo suscribió, ni obtuvo la firma de las personas que lo hicieron como testigos y sin que su nombre apareciera ni siquiera mencionado en el Acta de sorteo, en otras palabras, sin que hubiese participado en la formación de la referida acta ni dentro ni fuera de las funciones que le eran propias como Auditor de la Contraloría Departamental del Huila ante la Lotería de ese Departamento, lo condenó como autor de falsedad ideológica. Lo anterior está significando, que el error en la apreciación de la prueba determinó que el sentenciador incurriera en la violación de la ley sustancial (art. 231 del C. P. anterior) al darle aplicación como norma supuestamente infringida por el procesado Charry Trujillo..."

b) *Violación directa.*

Afirma que la sentencia, en lo que respecta al delito de estafa, conculcó la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 408 del Código Penal de 1936, por "errada interpretación de esta norma".

Arguye para demostrar la violación propuesta, que si el Tribunal dijo, de acuerdo con la prueba:

"...las etapas de ideación, ejecución y desarrollo tuvieron cabal cumplimiento mas no el beneficio del delincuente (se refiere a Jaime Charry Trujillo) con el correspondiente perjuicio de los apostadores...", incurrió en errada interpretación del artículo 408 del Código Penal anterior "...toda vez que los hechos consignados en el proceso y contenidos en la sentencia acusada no tipifican el delito de estafa, por carencia de uno de los elementos estructurales de la infracción como lo es el 'perjuicio de otro', aún tratándose de delito tentado o frustrado de los artículos 16 y 17 de la misma obra.

"La carencia de uno de los elementos configuratorios del tipo penal impide integrar jurídicamente la infracción, en el presente caso, la estafa, ojalá ella sea en el grado de tentativa (art. 17) o de frustrada (art. 16), porque no puede sancionarse lo que la ley penal no tiene establecido como delito y no tenga existencia fáctica y jurídica en el proceso..."

Causal segunda.

La sentencia impugnada no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

La falta de consonancia la hace consistir en que Jaime Charry Trujillo fue llamado a juicio por el delito de estafa en grado de frustración y condenado por tentativa de acuerdo con el nuevo Código Penal, sin que en la etapa del juicio se hubiera producido prueba que degradara el cargo original.

Sobre el punto aduce:

"...La sentencia debe conservar una perfecta armonía con el auto de vocación a juicio, toda vez que los cargos formulados en aquél son los mismos que son debatidos en el juicio y que pueden o no sufrir modificaciones sea que se produzcan o no nuevas pruebas. De todas maneras los cargos que se formulan en el auto de proceder son los que se deciden en la sentencia, bien sea declarándolos probados o improbados.

"Dentro de la etapa del juicio no hubo ninguna modificación de la situación procesal, en forma tal que los cargos contenidos en el auto de proceder en relación con los delitos de falsedad ideológica y estafa frustrada quedaron inmodificados, y el fallo impugnado ha debido referirse a ellos exclusivamente y no como lo hizo condenando al procesado Jaime Charry Trujillo por el delito de tentativa de estafa, esto es, por un cargo distinto a los contenidos en el auto enjuiciatorio, rompiendo la relación jurídica que necesariamente debe existir entre éste y la sentencia produciéndose el quebrantamiento de la estructura básica del proceso..."

El Ministerio Público:

Solicita que la sentencia no se case porque los cargos no están llamados a prosperar.

En apoyo de su petición expresa respecto de cada cargo:

a) *Violación indirecta.*

Después de analizar las fallas técnicas de la demanda y reconocer por este aspecto su ineptitud, entra a demostrar que la acusación carece de fundamento, así:

"...es indiscutible la calidad de documento público del acta del sorteo de la lotería. El formulario impreso con espacios destinados a ser llenados con los datos escuetos que interesaban a la entidad oficial responsable del sorteo y del pago, ciertamente fue diligenciado sin especificar circunstancias modales del acto, y en su anverso sólo alcanzó ser suscrito por los ciudadanos que ocasionaron las ruedas para la rifa de los premios secos, que al firmar como testigos en general del sorteo, resultaron dando fe de su intervención como colaboradores ocasionales también para la rifa del premio mayor sin haber sido así.

"Pero como la casualidad del inmediato descubrimiento del fraude llevó a estos mismos testigos a esclarecer su participación mediante la constancia dejada en el envés del acta en un texto integrado al del anverso de la misma y referida única y exclusivamente a éste, del cual dio fe uno de los empleados públicos llamados a hacerlo por razón de sus funciones, es decir responsable de la realización del sorteo como lo era el Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia, Marlio Charry Delgado —para cuya firma estaba previsto un espacio en el formulario impreso—, dicho texto aclaratorio así autorizado en debida forma vino a convalidar todo el contenido del acta, y a darle la categoría de documento público con el alcance probatorio del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal.

"No se trata la mencionada aclaración de una prueba documental más, valedera por sí sola como parece entenderlo el demandante cuando pregona que respecto a ella hubo también por parte del Tribunal error de hecho al dejar de apreciarla; está tan absolutamente integrada al acta, haciendo cuerpo de ella, que ni siquiera reproduce los números ganadores; se remite en este punto a la primera parte del acta y le transmite la validez de su contenido de tal manera que la Beneficencia del Huila hizo el pago de todos los premios con base en los registros tomados del sorteo del 11 de septiembre de 1979 del cual el único medio de prueba valedero es naturalmente el acta.

"A la luz del artículo 261 citado, el acta del sorteo, no obstante la circunstancia en que se produjo, no admite objeción como documento público: Fue expedida por un funcionario público, con las formalidades legales y hallándose éste en ejercicio de sus funciones. Y como no hay en el proceso fundamento para colocar en tela de juicio ni la investidura, ni las funciones de Marlio Charry Delgado, ni su obligación de suscribir el acta del sorteo, se repite, el reproche al documento por su naturaleza a través del error aducido no tiene asidero..."

b) *Violación directa.*

Luego de anotar que el actor propone la violación directa de la ley sustancial alegando la indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal anterior y simultáneamente su interpretación errada, incurrió en falta de técnica, precisa:

"...Además es sofística la argumentación según la cual la figura delictiva de la estafa en grado de tentativa por la cual se responsabilizó penalmente al señor Charry Trujillo no llegó a tipificarse por ausencia de sujeto perjudicado con la infracción, pues es un hecho cierto que tal perjuicio no llegó a materializarse ni tenía porqué hacerlo, pues justamente se trataba de un delito imperfecto en cuanto a que la conducta delictiva no logró la finalidad buscada porque el acusado no encontró el beneficio económico a que aspiraba y con miras al cual montó la serie de artificios claramente establecida a lo largo del proceso..."

c) *La falta de consonancia.*

Asevera que este cargo es infundado también puesto que no existe disconformidad entre el auto de proceder y la sentencia, pues advierte:

"...La concordancia entre el auto de proceder y la sentencia es clara, pues la única que hizo el juzgador de segundo grado fue acogerse, sin alterar la estructura procesal ni perjudicar la situación del acusado, a la tendencia doctrinaria unificadora de las nociones de tentativa y frustración plasmada en el actual Código Sustantivo de la materia.

"Huelga recordar que la legislación anterior consagraba respecto del delito imperfecto en sus artículos 16 y 17 las figuras conocidas como tentativa y frustración, que hoy se refunden bajo el nombre global de tentativa, cuya punibilidad depende en rigor de la mayor o menor cercanía a la consumación del reato.

"Además, el actor no demuestra la incidencia de la desarmonía que plantea, pues lo cierto es que la situación resuelta en la sentencia es la misma planteada en el auto de proceder, lo cual hace inepto el cargo en referencia..."

Se considera:

Acierta el Procurador Delegado en los argumentos que propone para rechazar los cargos de la demanda y para que, en definitiva, la Corte se abstenga de casar la sentencia impugnada. Sin embargo, la Sala se ve obligada a precisar:

Causal primera.

a) *Violación indirecta.*

El ataque a la sentencia consiste en que el juzgador al apreciar como prueba el Acta del sorteo de la Lotería del Huila que se tacha de falsa la estimó como documento público y le dio el valor probatorio que corresponde a esa clase especial de documento, cuando, según sus

afirmaciones, no fue suscrito por empleado público alguno, en ejercicio de sus funciones.

Frente a esa realidad, insiste el actor, no es posible imputar la autoría de la falsedad de esa acta a quien no intervino en su confección ni aparece firmándola.

Ubica estos despropósitos como constitutivos de error manifiesto de hecho.

No tiene razón el demandante en la calificación del pretendido error, ni en lo referente a que el documento no tiene la calidad de público, ni a las consecuencias jurídicas que dice haberle atribuido el fallador.

La determinación de la calidad de un documento, esto es, en cuanto a si es público o privado, implica necesariamente un juicio de valor sobre los alcances de su propia legalidad, no para descalificar el documento como prueba sino para clasificarlo conforme a los presupuestos axiológicos condicionantes de su especial naturaleza que se hubieren observado en su producción. El error que recae sobre este proceso de adecuación del documento a un tipo legal de la prueba documental, constituye error de derecho por falso juicio de legalidad.

Si, a renglón seguido, sobre ese mismo error, se discurre asignándole al documento el valor probatorio que la ley señala, se enlaza un error de derecho con otro de igual estirpe jurídica, cayendo el fallador, por este modo, en un falso juicio de convicción.

Esta reacción en cadena de un presunto error de derecho en la apreciación de la prueba documental cuestionada, fue confundida por el actor, en este caso, al presentarla como error manifiesto de hecho, y al tratarla de esa manera infringió la técnica del recurso haciendo inepta la censura. Situación que la Corte no está llamada a corregir porque, por esa vía, sustituiría al propio demandante, lo que sería insólito.

De otro lado, basta observar el acta dubitada para concluir con la opinión del Ministerio Público que al aparecer firmada y, por ende, autorizada por Marlio Charry Delgado, Jefe de la División de Lotería de la Beneficencia, tiene la categoría de documento público al tenor de lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, es forzoso reconocer que a Jaime Charry Trujillo no se le endilgó el haber falsificado materialmente el documento denominado Acta de sorteo, pues de esa imputación quedó excluido desde el auto de proceder, sino de haber sido el determinador de esa falsedad.

De modo que por ningún aspecto el cargo puede prosperar.

b) *Violación directa.*

La hace recaer sobre el artículo 408 del Código Penal vigente para la época de los hechos, por haberlo aplicado de modo indebido y haberlo interpretado erróneamente, al mismo tiempo, pues en su criterio el delito de estafa, en grado de imperfección, por el cual fue condenado su cliente en concurso con el de falsedad, no se tipificó porque faltó

el elemento "en perjuicio de otro", ya que ningún provecho ilícito se alcanzó con la conducta.

La aplicación indebida, que es un error de selección de la norma sustancial aplicada, no puede concurrir jamás con la interpretación errónea en donde, no obstante haberse acertado en la escogencia de la norma, tan sólo se le da un entendimiento falso. Y, no pueden simultáneamente alegarse estas dos formas de violación directa porque se excluyen en medida que la primera supone la aplicación de una que no subsume el caso concreto y, la segunda, por el contrario, la aplicación de la que corresponde, sin lugar a dudas.

De todas maneras, poco serio es sostener que el delito imperfecto no es delito. Que el delito de estafa, en grado de imperfección, no existe porque uno de sus elementos compositivos no se realizó, esto es, porque el perjuicio se halla ausente. Precisamente el fundamento filosófico, o razón de ser de esta clase de delitos, es la idoneidad de un comportamiento dirigido a lesionar un bien jurídico tutelado, y su *conditio sine qua non* que su conducta típica se desarrolle hasta llegar al punto de consumación sin que este extremo se cumpla por circunstancias ajenas a la voluntad del actor.

Luego, si es de la esencia del delito imperfecto que no se consume, no es posible alegar que debió consumarse para que exista delito, porque tal argumento además de antitécnico, resulta ingenuo.

El cargo no prospera.

Causal segunda.

Asevera que la sentencia no está de acuerdo con el auto de proceder porque si en éste Jaime Charry Trujillo fue llamado a juicio por el delito de estafa en grado de frustración, en aquella se lo condenó por ese mismo ilícito, pero en grado de tentativa, sin que en la causa se hubiera desvirtuado el cargo original.

Suma perplejidad causa esta censura por provenir de quien representa el interés del procesado a una sentencia justa, por las siguientes razones:

En términos generales para recurrir en casación no es suficiente que quien interpone el recurso extraordinario sea parte en el proceso respectivo, o que la ley lo haga titular del recurso, se requiere además que el recurrente sufra agravio con las determinaciones de la sentencia.

La lesión que el fallo cause al impugnante hace patente el interés jurídico para recurrir, o sea, el derecho subjetivo al recurso.

Por consiguiente, no puede interponer el recurso de casación aquel sujeto procesal que no ha sufrido perjuicio alguno, o que habiéndolo recibido renuncia, expresa o tácitamente, al desagravio, con su silencio.

En este proceso y con relación a este último cargo, se tiene:

a) No se puede entender como la aplicación en la sentencia de una norma más benigna pueda lesionar a quien favorece. En efecto, la frustración contemplada en el código anterior fue suprimida como

figura autónoma en el nuevo estatuto penal y refundida en la tentativa con ventajas penológicas evidentes que por lo mismo excusan su demostración; y,

b) No es posible aceptar que exista interés para formular este cargo. Si, como se advierte, la sentencia no perjudica al recurrente sino que, por el contrario, le degrada la imputación favoreciéndolo de modo indiscutible, el interés jurídico para impugnar desaparece.

En conclusión, si el reproche no puede ser propuesto por el recurrente, no hay motivo valedero para que prospere.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con éste, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 18 de agosto de 1982, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACCION O LA OMISION Y EL HECHO PUNIBLE

Debe ser consecuencial, esto es, debe ser el resultado de aquellas, de las que depende su existencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

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

Aprobado: Acta número 75.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 9 de febrero de 1983, confirmó la de primera instancia proferida el 25 de septiembre de 1982 por el Juzgado 13 Superior de la misma ciudad que había condenado al procesado *Johnathan Kennedy* a internación por el término mínimo de dos (2) años, en un establecimiento psiquiátrico oficial, como cómplice de la comisión del delito culposo de homicidio de que había resultado víctima Parmenio Garay Tibuaque, modificándola respecto de la naturaleza de la infracción que, por tratarse de un inimputable, no podía atribuirse al condenado a título de dolo, culpa o preterintención, ni como cómplice, sino, simplemente, por haberla ejecutado sin tener la capacidad de comprender su ilicitud, debido al trastorno mental que padecía.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación la Fiscal 14 del Tribunal, que le fue concedido por esa Corporación y luego mayoritariamente declarado admisible por la Corte y en sustentación del cual la recurrente presentó la correspondiente demanda, sin ampliación de la Procuraduría, que se estimó formalmente ajustada a las exigencias legales.

Resultando:

I. Los hechos atribuidos al procesado Johnathan Kennedy fueron los siguientes:

1. A las ocho y media horas de la mañana aproximadamente del día 18 de noviembre de 1981, en la Avenida 68 con la calle 13 del perímetro urbano de esta ciudad, un sujeto, que usaba media-pantalón de mujer y llevaba otra a manera de gorro en la cabeza, salió de debajo de uno de los puentes que cruzan la avenida para dedicarse a molestar

a las personas que en el lugar se hallaban a la espera de los buses de servicio público que incluyen esa ruta o simplemente buscaban la ocasión propicia para cruzar la calzada.

2. Una de las personas allí presentes era el señor Parmenio Garay Tibuaque, quien se encontraba en el separador de la vía con el objeto de cruzar la calle y quien, cuando pretendió hacerlo, fue súbita e inesperadamente atacado a puntapiés por el extraño sujeto salido del puente, lo que le hizo perder el equilibrio y caer al pavimento, donde le arrolló uno de los varios vehículos que transitaban por él, pese a las maniobras del conductor para evitarlo.

3. Garay Tibuaque fue recogido más tarde por una ambulancia del Departamento de Tránsito y conducido a la sección de urgencias del Hospital San José, donde falleció como consecuencia de los traumatismos recibidos.

4. El sujeto que le empujó dijo llamarse Johnathan Kennedy quien, según era previsible y lo dictaminó luego Psiquiatría Forense de Medicina Legal, sufría trastorno mental de carácter permanente.

II. La Fiscal 14 del Tribunal de Bogotá impugna la sentencia con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial consistente en indebida aplicación de los artículos, 215 del Código de Procedimiento y 33 y 21 del Penal, cargo que, en lo sustancial, desarrolla en los siguientes términos:

"...Cargo único:

"...Al amparo de la causal de casación invocada, formuló contra la sentencia el cargo de haber violado la ley sustancial al imponer una medida de seguridad, a quien no realizó el hecho punible de homicidio, puesto que entre la conducta del procesado y el evento que originó la investigación, no hay relación causal. En consecuencia se aplicaron indebidamente los artículos 33 y 21 del Código Penal y el 215 del Código de Procedimiento Penal..."

"....."

"...en el caso presente no existe nexo causal entre la conducta de Johnathan Kennedy y la muerte violenta de Parmenio Garay y por consiguiente al *no haber realizado el hecho punible de homicidio, no podía imponérsele una medida de seguridad por medio de una sentencia condenatoria...*"

"...En efecto, la problemática de la causalidad incorporada al mundo jurídico ha sido estudiada desde antiguo por la doctrina y en la actualidad ha evolucionado su concepto situándolo dentro del contexto íntegro de la normatividad penal tal como brevemente pasamos a reseñarlo para demostrar frente a cada concepción la inaplicabilidad de la teoría, en sus diversas concepciones sobre la causalidad, y por ende la indebida aplicación del artículo 21 del Código Penal..."

"...Nuestro Código Penal en su artículo segundo prescribe que para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, consagrando así la concepción pentatómica del hecho punible

cuyo primer elemento es la conducta. Ahora bien, de acuerdo al artículo 21 *ibídem*, surge un subelemento, el nexo causal o relación causal existente entre la conducta del hombre y el resultado de ésta en el mundo material..."

"....Por tanto no puede atribuirse a un sujeto determinado resultado mientras aquél no se encuentre en relación de causalidad con la acción o la omisión de aquél..."

"...Así, para el derecho penal nexo causal equivale a relación o enlace entre la conducta y su resultado material..."

"......"

"...La teoría de la condición relevante enmarcada dentro de la dogmática jurídica expresa que en los tipos penales conformados exclusivamente por elementos descriptivos, la causalidad es decisiva para la realización de la acción o conducta típica, pues ésta en sentido lato o entendida como una parte del hecho, sólo puede concebirse como actividad o inactividad voluntarias a las causales se suma el resultado y la necesaria relación causal entre la primera y el segundo..."

"...Al respecto anota el doctor Baquero Borda: 'La dogmática jurídica al examinar la relación causal en el delito no hizo otra cosa que aplicar a ella los principios de la tipicidad, debe examinarse primero si la conducta ejecutada por el agente se acomoda a la descripción legal en concreto...el mismo procedimiento se aplica al hecho ocurrido al referirlo al tipo para concluir que estamos frente a un resultado típico. Y la relación entre la conducta y el resultado adquiere relevancia en cuanto se ajusta al contenido del tipo en cuestión'..."

"...Siguiendo los lineamientos de esta teoría tenemos..."

"...a) Conducta: Kennedy da un puntapié en la pierna de Garay..."

"...Tipo penal por el cual se le condenó: 'El que matare a otro'..."

"...Adecuación típica: No la hay entre conducta y hecho punible descrito en el artículo 323 del Código Penal...";

"...b) Evento: Muerte de Parmenio Garay por fractura de cráneo al ser arrollado por un vehículo..."

"...Proceso de adecuación. Se adecúa el evento al artículo 323 del Código Penal...";

"...c) Relación de causalidad. La muerte de Garay derivó de la actividad ejecutada por un tercero (la del conductor del vehículo que lo arrolló)..."

"...Consecuencialmente no hay nexo causal relevante..."

"...*No hay relación causal* entre la conducta de Kennedy la muerte de Parmenio Garay..."

"...Como conclusión de lo expuesto afirmamos que J. Kennedy *no es autor de la muerte de* Parmenio Garay y por ende quedó demostrado que el juzgador de segunda instancia violó directamente la ley sustancial al aplicar indebidamente los artículos 215 del Código de

Procedimiento Penal 33 y 21 del Código Penal, lo que reclama la infirmación del fallo recurrido..."

Considerando:

La demandante pretende demostrar que no existió relación de causalidad entre la acción del procesado y la muerte de la víctima, porque estima que la conducta desarrollada por Johnathan Kennedy se agotó y quedó circunscrita al puntapié que le propinó a Parmenio Garay Tibuaque, de suerte que, a su juicio, hubo solución de continuidad entre ese primer evento y el que ocurrió inmediatamente después, cuando el infortunado peatón cayó al pavimento y fue arrollado allí mismo por uno de los vehículos automotores que transitaban por el lugar, lo que le produjo fractura del cráneo, la causa real de su muerte, pericialmente dictaminada.

1. *El análisis de la relación causal entre la actividad psico-física del agente y el resultado material producido, tema de interminables discusiones y de las más variadas y opuestas doctrinas, no es en este proceso sin embargo, materia tan compleja, por tratarse de inimputable, ni tan polémica, tampoco, por hallarse definida la cuestión en el Código Penal.*

a) Respecto de los imputables, en efecto, el conocimiento de la relación causal, o el deber de conocerla o la imposibilidad de poder hacerlo, fueron circunstancias generalmente consideradas entre aquellas de las cuales deducíase el dolo, la culpa y el caso fortuito, de modo que la conducta era dolosa si el agente tenía conciencia de ese vínculo de causalidad en relación con el hecho que pretendía producir, o apenas culposa si, a pesar de no querer el resultado tenía el deber de preverlo o había confiado imprudentemente en poder evitarlo y el caso fortuito, por último, cuando el evento ocurría en forma y tiempo imprevisibles y, por consiguiente, súbita e inesperadamente.

En el caso de los inimputables, las doctrinas tradicionales sobre el elemento subjetivo del delito carecen de relevancia y de utilidad, pues el estudio de los factores psíquicos o morales no podría realizarse ni tendría sentido hacerlo en relación con conductas de personas que a tiempo de ejecutar el hecho legalmente descrito no tenían la capacidad de comprender su ilicitud o la de determinarse de acuerdo con esa comprensión, como quienes adolecen de inmadurez psicológica o sufren transtorno mental, permanente o transitorio.

Desprovista de la necesidad de aquel análisis, la cuestión de que ahora se trata es, por consiguiente, de mucho más fácil comprensión;

b) El problema de la causalidad ha sido, por lo demás, expresamente resuelto en el código actual, donde el fenómeno aparece claramente definido, constituyendo, como lo advirtió la Comisión Asesora en su Exposición de Motivos, "una innovación importante (...) tanto para los hechos de acción como para los de omisión" (Nuevo Código Penal, edic. ofic. del Ministerio de Justicia, 1980, págs. 26 a 27).

Conforme al artículo 21 del Decreto número 100 de 1980, en efecto, la relación de causalidad entre la acción o la omisión y el hecho punible

debe ser consecuencial, esto es, que éste debe ser resultado de aquellas, de las que depende su existencia, y sin cuya realización —la acción o la omisión— el hecho punible no habría podido producirse.

2. Esto sentado, no puede menos que admitirse una evidente relación de causalidad entre la acción ejecutada por Johnathan Kennedy, consistente en lanzar a Parmenio Garay Tibuaque al sitio por donde transitaban raudos los vehículos y la consecuencia de esa acción, el arrollamiento y muerte de la víctima bajo las ruedas de esos automóviles.

No interrumpió ni desvió el nexo causal, por supuesto, el comportamiento del propio Garay quien, prudentemente, esperaba en el separador de las calzadas la ocasión para poder atravesarlas sin peligro, cuando la ausencia de automotores le permitiera hacerlo, lo que indica que el infortunado peatón no se suicidó, ni fue por culpa o descuido suyos por lo que fue arrollado; no lo interrumpieron o desviaron, tampoco, los numerosos automovilistas que se aproximaban al lugar, vía preferencial, de intenso tránsito y de altas velocidades por carecer de intersecciones a causa de los puentes elevados que la atraviesan, luego tampoco puede afirmarse que quienes conducían los vehículos, lo hacían con violación de reglamentos o de las disposiciones de tránsito y que por tanto causaron la muerte a Garay por culpa o negligencia en la conducción de sus automotores (el que arrolló a la víctima fue en su oportunidad definitivamente sobreseído por el juez del conocimiento); ni, tampoco, constancia en el proceso que la víctima hubiese muerto como consecuencia de la ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

La relación causal no puede establecerse, por tanto, ni con la propia actividad de la víctima, ni con la de los conductores que transitaban por el lugar, ni con el caso fortuito o la fuerza mayor.

Eliminadas de este modo todas las demás posibilidades que habrían podido producir el hecho punible, queda una sola según la cual el resultado, la muerte de Garay, fue consecuencia de la acción de Kennedy, sin la cual aquella no habría ocurrido.

Con sobrada razón el Tribunal, en la sentencia recurrida, hace las siguientes consideraciones frente a la petición de la Fiscal 14 en el sentido de que el procesado fuera absuelto porque "un puntapié sobre una pierna era inidóneo para destrozar o fracturar los huesos (del) cráneo:

"...Después del estudio pormenorizado del acervo probatorio que milita en las sumarias, es evidente que el procesado fue el autor de la patada que determinó que el desprevenido peatón que se hallaba en el separador fuera a parar a la vía, por donde circulaban vehículos automotores, uno de los cuales lo atropelló, causándole lesiones en el cráneo que a la postre motivaron su muerte, así lo aseguraron los testigos presenciales de los hechos Marco Antonio González, Jorge Alirio Plata y Fabio Sánchez a quienes se les otorga credibilidad, dada la concordancia de sus exposiciones y la ausencia de interés para perjudicar o favorecer a persona determinada..."

"...Cómo decir que no existe nexo causal entre el puntapié y el deceso de la víctima, si precisamente el primero desencadenó toda la acción que culminara con el resultado que ahora nos ocupa, si fue su 'causa eficiente', porque sin él no se hubiera obtenido esa consecuencia funesta, y fue de tal magnitud que determinó la caída de la víctima sobre la avenida..."

"...Ahora, si se prescindiera de la patada que 'Kennedy' propinó al hoy fallecido, éste no hubiera dejado de vivir, entonces, la relación causal entre el puntapié y la muerte de Parmenio Garay es incuestionable, aquél fue la causa relevante e idónea para la producción de ésta..."

"...Por ello, se disiente de los planteamientos de la Fiscal, pues si bien, el puntapié no podía producir las fracturas del cráneo del hoy occiso que a la postre se tradujeron en su deceso, tal golpe determinó la caída de Garay sobre el automóvil, ésta a su vez las fracturas en la cabeza y la consiguiente muerte, estableciéndose una concatenación directa de hechos, que en últimas harían del puntapié la causa mediata y relevante del fallecimiento, generador de la causa inmediata del mismo. Existe conexión directa e innegable entre la conducta desplegada por el sujeto activo y la muerte de la víctima; el medio utilizado para la comisión del hecho no sería lo determinante, sino el fallecimiento de una persona ocasionado por la acción de otra, para que pueda serle atribuido el ilícito a ésta como su autora..." (fls. 28 a 29, Cdno. Apel. Sentencia).

En consecuencia, el Tribunal aplicó correctamente la norma del artículo 21 del Código Penal y con igual corrección, por consiguiente, tanto la del artículo 215 del de Procedimiento Penal en cuanto debía dictarse sentencia condenatoria, como la del artículo 33 del Penal en cuanto impuso medidas de seguridad al condenado.

No prospera el cargo.

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

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD INDIGENA NO CIVILIZADO

El reciente ordenamiento penal no menciona en forma expresa la situación del indígena no civilizado para atribuirle la condición de inimputable relativo; no obstante al señalar las medidas de seguridad dispone en su artículo 96 "que cuando se trate de un indígena inimputable por inmadurez sicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 75 de septiembre 18 de 1984.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó integralmente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, en contra del procesado *Luis Evaristo Mancipe Rodríguez,* a quien se impuso la pena de veinte años de prisión en su condición de autor responsable de los delitos agravados de homicidio en Hernando Rodríguez Silva y María Vitalia Vargas de Barreto y del delito de robo.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el procesado el recurso de casación oportunamente concedido y declarado admisible por la Sala, presentada la demanda que se declaró ajustada a los requisitos formales previstos en la ley y recibido el concepto del Ministerio Público, se procede a tomar la correspondiente determinación.

Hechos:

Relatan los autos que Hernando Rodríguez Silva y María Vitalia Vargas hacían vida marital y residían en la finca "Los Laureles", ubicada en la vereda Yurimena del Municipio de Puerto López (Meta). En ese lugar también vivía la menor María Nohemí Arismendy o Rodríguez, hija de María Vitalia, y el trabajador Luis Evaristo Mancipe. Este pretendía a la menor y con ella había consumado el acceso carnal; sin embargo, el 27 de mayo de 1978 Mancipe dio muerte a Hernando y

a María Vitalia y tomó algunos bienes de estos y luego de enterrar los cadáveres se dirigió a Puerto López en compañía de la menor quien allí lo entregó a la autoridad, manifestando que Evaristo había dado muerte a su madre y a su padrastro para quedarse con ella y con los bienes de propiedad de los occisos.

Actuación procesal:

Inició la investigación el Juez Trece de Instrucción Criminal que practicó la diligencia de levantamiento de los cadáveres, recibió la indagatoria del procesado y realizó diversas actuaciones orientadas al perfeccionamiento del sumario.

El procesado Mancipe confesó haber cometido los homicidios que se le atribuyeron, aun cuando afirmó que lo había hecho por insinuación de la menor María Nohemí Arismendy. Además, dijo que ese día estaba aquejado por un dolor de cabeza que ordinariamente padecía, lo que llevó al juez del conocimiento a ordenar la práctica de un examen psiquiátrico a Mancipe.

De acuerdo con dictamen del Instituto de Medicina Legal Mancipe es "de extracción indígena pero civilizado"; en relación con sus aspectos intelectuales destaca que "el curso de su pensamiento es lento incidiendo en ello su actual estado de ánimo. Su organización lógica es suelta. El paciente se ubica fundamentalmente en el plano de lo concreto y práctico; ahora, da muestras de sensibilidad para captar detalles y aspectos pequeños de las situaciones y, en ocasiones es capaz de hacer elaboraciones que sugieren la existencia de recursos para acceder al nivel de lo abstracto. El vocabulario que moviliza está referido a objetos propios de la vida del campo y es relativamente rico. El paciente tiene capacidad para atender a los problemas y para movilizar sus recursos en la perspectiva de solucionarlos".

Este experticio terminó con las siguientes conclusiones:

"Examinado el señor Luis Evaristo Mancipe Rodríguez dictaminamos que en el momento de los hechos por los cuales se encuentra incriminado y motivo de la presente investigación, no se encontraba bajo grave anomalía síquica, estado de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia o estado de enajenación mental.

"Al estudio electroencefalográfico y estudio de personalidad por medio de test psicológicos, no se detecta de que padezca de disritmia cerebral u organicidad cerebral patológica.

"Exhibe en la actualidad un psiquismo dentro de los límites normales, acorde a su extracción social y medio ambiente donde se desenvuelve".

Terminado el período investigativo el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio llamó a responder en juicio criminal al procesado Mancipe por los delitos de homicidio, robo, violencia carnal y rapto. Tramitada la causa y superados algunos incidentes procesales, se verificó la diligencia de audiencia pública, al término de la cual el jurado condenó a Mancipe por los delitos de homicidio y robo y lo absolvió

por los delitos de violación y rapto. El juzgado acogió la veredicción y condenó al procesado a la pena de 20 años y las accesorias de rigor, decisión esta que fue confirmada por el correspondiente Tribunal.

La demanda de casación:

El representante judicial del condenado solicita que se case la sentencia impugnada por cuanto fue dictada dentro de un juicio viciado de nulidad.

Destaca, en primer término, que la nulidad invocada se basa en la falta absoluta de defensa del procesado, pues, de conformidad con el dictamen médico legal que le fuera practicado, se deduce que este es un indígena, de modo que eran de imperiosa aplicación los numerales 1º y 2º del artículo 10 de la Ley 31 de 1961, que ordenan tener en cuenta el grado de evolución cultural de los indígenas vinculados a los procesos penales. Como no se dispuso la práctica del examen necesario para establecer si el indígena actuó dentro de una situación de inimputabilidad por inmadurez psicológica, se violaron las formas propias del juicio y se desconoció el derecho de defensa.

Señala, de otra parte que la falta de un examen para determinar la inmadurez psicológica del indígena, impidió el adecuado juzgamiento, pues de haberse establecido esta condición, no era procedente la intervención del jurado de conciencia, a más de que, como lo ordenan los artículos 31 y 96 del Código Penal, ha debido aplicársele la medida de restituirlo a su medio ambiente natural, respuesta del nuevo ordenamiento penal más favorable que la que regía para el momento de la realización del hecho.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que sean desestimadas las pretensiones del actor, porque procesalmente quedó establecido mediante experticio psiquiátrico, que el procesado era imputable cuando cometió el hecho punible que dio lugar a su condena.

Sólo pueden considerarse inimputables quienes están en incapacidad de determinarse, por cualquiera de los motivos indicados en el ordenamiento penal, pero la causa que determina aquella situación debe estar cabalmente acreditada, pues de lo contrario y con el pretexto de la defensa de los derechos del procesado, se llegaría a la impunidad con perjuicio de la sociedad.

Del dictamen médico se deduce que el condenado es un indígena civilizado; así mismo de las manifestaciones hechas en su indagatoria se infiere su capacidad de comprensión y se establece que dio muerte a dos personas con el propósito de convertir a una menor en su concubina y obtener provecho económico. Además los delitos cometidos son también repudiables en sociedades primitivas, de manera que todo conduce a la evidencia de que el juzgamiento fue correcto, pues se procesó a un imputable y, en consecuencia, no se presentaron las causas de nulidad invocadas por el recurrente.

Consideraciones de la Corte:

Imputabilidad e inimputabilidad son conceptos que tienen connotación en el ámbito del derecho penal y que, concretamente, tienen significado específico en el ordenamiento penal colombiano a partir de la promulgación del Decreto 100 de 1980. No significa esto, sin embargo, que durante la vigencia del Código Penal de 1936 estos conceptos no hubieran sido desarrollados doctrinaria y jurisprudencialmente, con apoyo en el artículo 29 de aquella codificación, de modo que la concepción entonces aceptada, sustancialmente corresponde a la que adoptó el nuevo ordenamiento.

De acuerdo con la noción consagrada en el artículo 31 del Código Penal, es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental; por el contrario, será imputable quien al realizar la conducta típicamente antijurídica posea la necesaria capacidad de comprensión y determinación.

Según la anterior concepción legal, para que un sujeto pueda ser considerado inimputable, es necesaria la presencia simultánea de las exigencias consagradas normativamente, pues no toda persona que padezca trastorno mental o tenga una inmadurez psicológica, tiene por esa sola razón aquél carácter. Tampoco será inimputable toda persona que teniendo características de trastornado o inmaduro realice un comportamiento previsto en la ley como delito, ya que, además, es requisito indispensable para que el sujeto tenga esa condición, el que el trastorno mental o la inmadurez psicológica sean concomitantes con la realización de la conducta y que ésta haya obedecido a la situación personal del agente, de modo que por su entidad le hayan impedido conocer el sentido antijurídico de su conducta o menoscabado en forma severa su capacidad de determinación.

Tiénese, en consecuencia, que para afirmar la inimputabilidad de un procesado es necesario: 1º La condición personal del sujeto, que debe padecer trastorno mental o carecer de madurez psicológica; 2º La realización de una conducta legalmente descrita como hecho punible; 3º Una exigencia de carácter temporal consistente en que la conducta debe ser realizada cuando el sujeto se encuentra en la condición personal precedentemente indicada y, 4º La necesaria relación de causalidad entre dicha condición personal y la realización del hecho penalmente definido, de modo que esa situación le haya impedido conocer la ilicitud de su comportamiento o determinarse de manera jurídicamente adecuada.

Adviértese que según la regla contenida en el artículo 32 del Código Penal, no será considerado inimputable el sujeto que haya preordenado su trastorno mental para la comisión del ilícito, pues aun cuando tal condición es concomitante con la perpetración del hecho, es evidente que en este caso existía plena capacidad cuando libremente se tomó la determinación de realizar la conducta.

Desde antes de la vigencia del Código Penal que actualmente rige, la doctrina había estimado que el indígena no civilizado debía ser con-

siderado como un inimputable, pero en forma relativa, porque no todo indígena y ni siquiera todos los indígenas no civilizados, por el hecho de tener esa condición personal, estaban en incapacidad de comprender el sentido antijurídico de sus conductas típicas o de comportarse adecuadamente de acuerdo con su comprensión.

El vigente ordenamiento penal no menciona en forma expresa la situación del indígena no civilizado para atribuirle la condición de inimputable relativo, no obstante; al señalar las medidas de seguridad dispone en su artículo 96 que "cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural".

Una rigurosa exégesis de esa disposición conduciría a la afirmación de que como la principal causa de inmadurez psicológica es la minoría de edad, sólo los indígenas menores que han realizado conductas típicas serían destinatarios de la indicada medida; no obstante, ni el concepto de inmadurez psicológica es tan estrecho, ni tampoco puede serlo el campo de aplicación de la medida consagrada en el inciso final del artículo 96 del Código Penal.

Adviértese que la expresión del vigente ordenamiento para hacer referencia al indígena, así sea para indicar la medida que en el caso de resultar inimputable le sería aplicable, no es precisamente afortunada, pues si con ella se quiso hacer alusión al menor indígena que realiza conducta punible, su alcance sería bien limitado; por el contrario si a todo indígena no civilizado se le pretende dar el tratamiento de inmaduro desde el punto de vista psicológico, se incurre en una visión deformada de la realidad, pues el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre civilizado, en manera alguna permite aseverar que aquél sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos visiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos escalas distintas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas, a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación.

En ese orden de ideas y aun cuando se estime que el calificativo de inmaduro psicológico que se endilga al indígena no civilizado es sustancialmente incorrecto, es necesario determinar su alcance dentro del contexto de la codificación promulgada en 1980. En primer lugar es incuestionable que al indígena no civilizado menor de dieciséis años que realiza conducta penalmente descrita debe aplicársele la medida prevista en el inciso final del artículo 96 del referido código. Pero, además, esta medida será también aplicable al indígena no civilizado mayor de la edad indicada, que no padezca trastorno mental, y que realice hecho descrito en la ley penal siempre y cuando su condición de indígena no civilizado le impida conocer el sentido antijurídico de su comportamiento o comportarse adecuadamente con esa comprensión, pues aun cuando su condición no sea la de inmaduro, su situación personal frente al delito lo coloca ante la incapacidad de conocer y de comportarse, esto es, en condición de inimputable.

Si se trata de indígena, sea o no civilizado, inimputable por trastorno mental, le serán aplicables las medidas de seguridad contempladas en los artículos 94 y 95 del Código Penal, según el caso, pues ninguna finalidad rehabilitadora o curativa cumplirá el reintegro a su medio ambiente natural.

En el caso que ahora estudia la Sala y dados los presupuestos anteriormente señalados, debe concluirse que el procesado Luis Evaristo Mancipe Rodríguez no tiene la calidad de inimputable, ni la tenía para el momento de la realización de los hechos punibles que se le atribuyen. En primer lugar existe un examen de los expertos del Instituto de Medicina Legal en el cual se afirma que es "de extracción indígena, pero civilizado", apreciación pericial que por sí sola hace innecesaria cualquier discusión sobre el tema debatido, por cuanto además, en el mismo experticio se indica que no padecía trastorno mental cuando dio muerte a dos personas y se apropió de algunos de sus bienes.

El mismo dictamen pericial en el que intervino un psicólogo forense, destaca que el procesado tiene un psiquismo dentro de los límites normales, acorde con su extracción social y con el medio ambiente en donde se desenvuelve, que permite concluir que Mancipe no se halla en situación de inmadurez psicológica y a la vez rechazar la afirmación del impugnante en el sentido de que al procesado no se le había practicado esta clase de examen. De otra parte, el procesado tiene un relativo nivel cultural, como que estudió algunos años de primaria; además, desde hace muchos años vive en regiones y con personas civilizadas.

La indagatoria rendida por Mancipe denota claridad de conciencia y evidencia el sentido de reproche que da a su conducta, el cual aparece ostensible desde el mismo día de los hechos cuando enterró a sus víctimas y luego cuando huyó del lugar. Inicialmente ante las autoridades de policía negó ser el autor de los ilícitos, pero luego ante el peso de la evidencia confesó su autoría, aun cuando en las actuaciones procesales insinúa que obedecía a los designios de la menor que pretendía y con quien huyó.

Estas circunstancias que surgen con nitidez del proceso llevan a la conclusión de que Mancipe tenía conciencia de sus actos y capacidad de auto-regulación, esto es, que es imputable y, por lo tanto, que los cargos formulados a la sentencia por el recurrente no están asistidos de razón por lo cual deberán ser desestimados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia del 11 de agosto de 1983 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en la causa adelantada contra el procesado Luis Evaristo Mancipe Rodríguez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CUESTIONARIO UNICO

NULIDAD

A pesar de la existencia del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal (formulación separada de cuestionarios), idéntico al 561 del Código de Justicia Penal Militar por este aspecto, la inclusión en cuestionario único de preguntas sobre delitos diferentes no constituye nulidad sino irregularidad censurable

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 90 de 30 de octubre de 1984.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto contra la sentencia de 22 de octubre de 1982 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a *Jorge Barinas Pérez, Alfonso Arias, Julio César Correa Posada, Carlos Rojas Villada, Jorge Eliécer Yepes Avila y José Raúl Torres Rodríguez* a la pena de treinta (30) años de prisión para cada uno, como autores responsables de los delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado en la persona del menor Alexander Carranza González.

Todos los procesados recurrieron pero solamente se presentaron demandas para Yepes Avila y Torres Rodríguez. Para los demás se declaró desierto el recurso.

1. Los hechos:

Fueron condensados en la segunda instancia tal como a continuación se transcribe:

"El día 20 de septiembre del año de 1978, a eso de las siete y media de la mañana, en momentos en que se dirigía con la muchacha del servicio a esperar una buseta que lo conducía al colegio, fue secuestrado el menor de siete (7) años de edad, Alexander Carranza González, por los sindicados Jorge Barinas Pérez por aquel entonces Cabo de la Policía Nacional y los particulares Jorge Eliécer Yepes Avila y Alfonso Arias, quienes se movilizaban en un automóvil Renault 6, de color azul, de propiedad de un Capitán de la Policía Nacional. Para tal acontecer el Cabo Barinas Pérez le manifestó al niño que si sus padres estaban en casa, a lo cual le respondió que su papá se encontraba en los Llanos y su madre en los Estados Unidos. Acto seguido lo invitó a que subiera al automóvil para llevarlo al colegio a lo cual accedieron

tanto el menor como la muchacha del servicio que lo acompañaba. Se dirigieron los cuatro hacia la Escuela de Carabineros de Suba en donde el Cabo Barinas prestaba sus servicios en el Laboratorio de Criminalística a donde entraron al menor dentro del baúl del carro en una tula, pues su ánimo era el de tenerlo allí. Pero como se les presentaron algunas dificultades, el menor Alexander fue sacado de la mencionada institución oficial y llevado inicialmente a unos potreros por los lados de Suba en donde quedó al cuidado de Yepes Avila. Allí fue recogido en horas de la noche por el automóvil conducido por el Cabo Barinas y remitido a los sótanos de la revista 'Guión' en donde prestaba sus servicios como celador el sindicado Julio César Correa Posada quedando al cuidado del incriminado Alfonso Arias, más o menos durante ocho (8) días. Posteriormente Alexander Carranza González fue sacado de allí y llevado a Villavicencio en una flota de la empresa Macarena por Alfonso Arias y Medardo Valencia. Por último los fascinerosos ya con el concurso de Carlos Rojas Villada condujeron al menor a una finca o hato denominado 'El Diamante' en jurisdicción de Puerto Lleras en donde lo tuvieron al cuidado del administrador de la finca Gumersindo González durante aproximadamente un (1) mes. El día 28 de marzo de 1979, fue encontrado por las autoridades con el concurso de algunos de los sindicados, el cadáver del menor Alexander, en una fosa que habían cavado sus propios asesinos, en su presencia, que fue el último epiosodio de tan execrables hechos que dieron origen a este proceso".

2. El proceso:

Conoció inicialmente del proceso el Juez 76 de Instrucción Criminal radicado en Suba. Luego el asunto fue a la Brigada de Institutos Militares pues el país estaba en estado de sitio. Por comisión inició el proceso y lo continuó el Juzgado 4º de Instrucción Penal Militar. Más tarde y mediante Resolución número 116 de 22 de septiembre de 1981 la Brigada de Institutos Militares convocó a Consejo de Guerra. En dicha resolución se consignó expresamente que se trataba del delito previsto en el artículo 1º del Decreto 1923 de 1978 y Código Penal, Libro 2º, Título XV, Capítulo 1º.

El veredicto fue de condena para todos. Sólo para Torres Rodríguez uno de los vocales escribió al pié de su respuesta "sí es responsable no de asesinato".

Cabe agregar que para los sindicados Jairo Ambrosio Peña, Manuel Palacios Bastidas, William Hernández Cuartas y Oscar Marín Ospina hubo providencia de cesación de procedimiento. Gumersindo González murió en prisión y Medardo Aníbal Valencia Lemus fue muerto a bala y no aparece indagado en el proceso. También debe agregarse que por el rescate del menor se pidieron $ 5.000.000.oo y el padre del mismo, Julio Alberto Carranza Niño, alcanzó a pagar $ 500.000.oo.

La segunda instancia se surtió ante el Tribunal Superior de Bogotá pues el estado de sitio fue levantado mediante Decreto número 1874 de 9 de junio de 1982. La sentencia de primera instancia se dictó el 9

de noviembre de 1981 y la de segunda, objeto del actual recurso, el 22 de octubre de 1982.

3. Las demandas:

La primera es para el condenado Yepes Avila y su apoderado aduce las causales previstas en los numerales 4 y 1, en ese orden, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal con la advertencia de que la colocada en segundo lugar es "subsidiaria" de la primera.

El primer cargo que formula es de nulidad con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional pues según afirma su defendido confesó haber participado en el secuestro y no en el homicidio y se valoró erróneamente dicha confesión pues no se la tomó en su integridad para condenarlo sólo por el primer delito y no por el segundo. De tal manera se le imputó un delito que no cometió y, por tanto, se conculcaron sus derechos y las garantías que la ley le concede, lo que llevó también a que se le impusiera una pena que no guarda relación con la realidad procesal.

En el segundo cargo habla, indistintamente, de "error de hecho y de error de derecho" pero al desarrollarlo se inclina más por el primero toda vez que afirma que el juzgador ignoró un hecho del proceso y luego que lo distorsionó. Ese hecho, según todo lo indica, se refiere a la no participación del procesado en el homicidio, caso en el cual solamente podía ser responsable por el secuestro.

La segunda demanda es para Torres Rodríguez y se fundamenta en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal a cuyo amparo formula cuatro cargos de nulidad que se resumen así:

a) Violación del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal porque en el cuestionario que se sometió a los vocales del Consejo de Guerra y que corresponde al auto de proceder como lo ha dicho la jurisprudencia, se incurrió en error relativo a la época de consumación del homicidio y de finalización del secuestro que fija para el 25 de octubre, o entre dicha fecha y la del 1º de noviembre de 1978 y no como dice el cuestionario "entre el período comprendido del día veinte (20) de septiembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) al veintiocho (28) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979)";

b) Violación del numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar pues se trataba de dos delitos, secuestro de un lado y homicidio de otro, que exigían la formulación de dos cuestionarios separados y, en el presente caso, se formuló uno;

c) Violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 537 del Código de Procedimiento Penal puesto que al formularse un cuestionario, en lugar de dos como ha debido ser, "era muy difícil para el *iuri* dar una calificación de las acciones tipificantes de hechos punibles" que resultaron entrelazados. De tal manera, dice, el procesamiento fue anfibológico y ello implica falta de garantías procesales pues no se podía ejercitar una defensa adecuada en un procesamiento ambiguo;

d) Violación del numeral 1º del artículo 21 del Código de Procedimiento Penal pues no era el Tribunal de Bogotá sino el de Villavicencio el competente para conocer del proceso en segunda instancia pues el homicidio ocurrió en territorio del departamento del Meta.

4. Réplica del Ministerio Público:

Para la primera demanda y en cuanto al cargo de nulidad por haberse formulado cuestionario único cuando se trataba de un concurso de infracciones afirma el Procurador Segundo que se trataría de un cargo extraño a los lineamientos de la causal cuarta de casación y extraño a los procesos que se realizan ante jurado. Agrega que la confesión del procesado no fue aceptada en su integridad pues otras pruebas desvirtuaban parcialmente lo dicho por el procesado y, además, que podía ser examinada con entera libertad por los vocales. Para el segundo cargo de la misma demanda dice que incurre en notorio desatino el censor al aducir en relación con una misma situación dos causales distintas, principal la una y subsidiaria la otra, pues ignora que las causales de casación son autónomas. Agrega que el desatino mayor se presenta en el alegato de violación indirecta, de la ley por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas cuando quiera que se trata de un juicio por jurado.

Para la segunda demanda y en cuanto al primero de los cargos advierte que la causal de nulidad esgrimida se refiere a la época de consumación de los hechos y no a la fecha, caso en el cual el cuestionario está bien redactado; examina en conjunto los cargos segundo y tercero pues uno y otro se refieren a una pretendida incorrecta redacción del cuestionario y recuerda que se aplicó en el caso de autos el Decreto 1923 de 1978 ("Estatuto de Seguridad") que consideraba al homicidio no como un delito autónomo sino como circunstancia de agravación del secuestro. Para el cuarto cargo afirma que es cierto que el secuestro comenzó en Bogotá y el homicidio del secuestrado se consumó en Puerto Lleras (Meta) pero que también es cierto que la denuncia se formuló en Bogotá y allí se adelantó la investigación. Desde dicho momento los jueces de Bogotá previnieron en el conocimiento de acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, no resultan incompetentes.

5. Las consideraciones de la Sala:

El cuestionario que se somete a los vocales en el Consejo Verbal de Guerra contiene una concreta y precisa formulación del cargo por el cual se procede y equivale, según lo ha establecido y reiterado la jurisprudencia, al auto de proceder de los juicios ordinarios. Por este aspecto asiste razón a los demandantes al presentar dicha doctrina como presupuesto de sus impugnaciones.

Cuando en la primera demanda se sostiene, como aquí sucede, que se incurrió en nulidad de rango constitucional porque se redactó un cuestionario para un concurso de delitos, concretamente por homicidio agravado y secuestro extorsivo, y el procesado había reconocido mediante concreción su participación sólo en el último, lo que se plan-

tea en verdad es la hipótesis de nulidad prevista por el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal puesto que una calificación excesiva resulta errónea. No se necesitaba, por consecuencia, darle ropaje supralegal al reproche.

En el caso concreto es cierto que aceptó el procesado haber participado en lo relacionado con el secuestro extorsivo pero también lo es que negó todo cuanto al homicidio atañe. Su confesión es, por tanto, parcial. Del examen del proceso aparece que se le creyó en lo primero y que, con fundamento en otras pruebas, fueron contradichas sus aseveraciones de inocencia para lo segundo. Así vino la formulación del cuestionario que nadie objetó y, por el contrario, la defensa enderezó sus esfuerzos a demostrar que no había prueba de la participación en el delito contra la vida. Se produjo veredicto de condena y nadie lo tachó de contrario a la evidencia de los hechos. En consecuencia, los argumentos que ahora se traen para respaldar el cargo por errónea evaluación probatoria de la confesión, resultan tardíos pues debieron agitarse en las instancias, e inútiles si se atiende el hecho de que se trata de un juicio ante jurado.

El defecto que se comenta al final del párrafo anterior existe también en la sustentación del segundo cargo que se formula como subsidiario cuando en verdad es autónomo. Se propone casar la sentencia por vía de violación indirecta de la ley sustancial proveniente, indistintamente, de presuntos errores de hecho y de derecho que giran alrededor del supuesto desconocimiento de una confesión que se reputa indivisible cuando en verdad es apenas parcial. En razón de la facultad que asiste al jurado, en este caso a los vocales, para apreciar libremente las pruebas del proceso mientras ello no choque con la evidencia de los hechos, no procede alegar esa causal en estos casos.

De lo dicho se concluye que carecen de consistencia los cargos propuestos y, por tanto, no prospera la demanda.

En cuanto al segundo libelo procede la Sala de la siguiente manera en el examen de los cuatro cargos que lo integran.

No existe nulidad en relación con la época en que se sucedieron los hechos investigados y juzgados. Esa nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la "época" y no a la "fecha" en que se sucedieron los hechos. Los conceptos de una y otra guardan estrecha relación por ser ambos de carácter cronológico pero no pueden identificarse y confundirse como aparece en la censura.

Fecha es el tiempo en su momento actual o en un pasado que puede fijarse con exactitud y certeza. Epoca equivale a período y éste es el tiempo que media entre el principio y el fin de una cosa. Equivale también a temporada que corresponde a los días, meses y años que forman un conjunto. Es un espacio de tiempo de considerable duración o, si se prefiere, un amplio margen temporal. Una época se desarrolla y extiende entre dos fechas y una fecha puede situarse al principio, al final o dentro de una época.

En censor no discute la fecha de iniciación del secuestro (20 de septiembre 1978) ni su carácter de delito permanente. Afirma sí que

cesó cuando se dio muerte al menor, lo cual resulta lógico. La fecha del homicidio la coloca para el veinticinco de octubre, máximo para el primero de noviembre, pero nunca, y son sus propias palabras, para el veintiocho de marzo de 1979 pues esta última fue la fecha del hallazgo de sus restos. En tal alegación identifica y confunde "fecha" y "época" y en su afán por precisar la primera en relación con el homicidio termina por colocar a éste dentro de la "época" en que se sucedieron los hechos pues no rebasa ni acorta sus límites máximo y mínimo temporales. Y olvida que el cuestionario coloca dos fechas, la de la iniciación del secuestro y la del hallazgo de los despojos mortales del menor, y sitúa el homicidio y el fin del secuestro dentro del "período" comprendido entre las dos fechas, con lo cual acierta en el señalamiento de la "época" en que se sucedieron tales hechos.

Los cargos segundo y tercero guardan íntima conexión pues los dos se refieren al cuestionario único que se ataca primero como violatorio de los artículos 441 numeral 6º y 561 del Código de Justicia Penal Militar, del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal y, para mayor abundamiento en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Las disposiciones legales en un y otro códigos se refieren a la redacción de cuestionario único cuando se trata de juzgamiento de un solo delito y a la proposición de varios cuestionarios cuando de varios delitos se trata. Por la cita de la disposición constitucional se pretende demostrar que al plantearse cuestionario único para dos delitos diferentes se incurrió en ambigüedades y en confusiones que dificultaron la defensa. Como consecuencia de lo dicho procede para los dos cargos la misma respuesta.

Es punto perfectamente comprobado en este proceso el de que se formuló "cuestionario único" para los delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado por los cuales se procedía a pensar de que la resolución que convocó a Consejo Verbal de Guerra citó el Decreto 1923 de 1978 para regir el primero y el Código Penal, Libro 2º, Título XV, Capítulo 1º para el segundo, con lo cual se indicaba que debían redactarse dos cuestionarios para cada uno de los varios procesados. En el cuerpo del acta correspondiente se dice desde un principio que se declaran abiertas las sesiones del Consejo para el juzgamiento de los delitos de homicidio y secuestro y en las sentencias de una y otra instancias se condena por los dos delitos.

El censor no discute la realidad de uno y otro hechos punibles pues sólo reprocha el desconocimiento de dos disposiciones similares como son las de los artículos 537 y 561 del Código de Procedimiento Penal y de Justicia Penal Militar, respectivamente, que se refieren a la expedición de cuestionarios separados para cada delito y es de allí de donde deduce las nulidades de carácter legal y de rango constitucional que alega.

El artículo 561 del Código de Justicia Penal Militar dispone que "para cada delito y para cada sindicado se elaborará un cuestionario separado". Esta disposición se refiere, por consiguiente, a la unicidad o a la multiplicidad, en su caso, de los cuestionarios que deben proponerse, pero no a la forma como deben redactarse o formularse, puntos estos que sí aparecen en el artículo 559 y en el parágrafo del 568. Por consecuencia, la causal de nulidad prevista en el numeral 6º

del artículo 441 que se refiere al hecho de "no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida en este código" no reza con el número o la cantidad de los mismos, sino con el quebranto de la exigencia de que, así se trate de uno o de varios, cada cuestionario, en sí mismo considerado, debe acomodarse a las normas que reglan su redacción, formulación o elaboración.

Disposición igual a la del artículo 441 comentado no se halla en el Código de Procedimiento Penal y en la interpretación de las disposiciones que ordenan la materia relacionada con la celebración de la audiencia pública con intervención del jurado se ha llegado a la conclusión de que, a pesar de la existencia del artículo 537, idéntico al 561 del Código de Justicia Penal Militar por este aspecto, la inclusión en cuestionario único de preguntas sobre delitos diferentes no constituye nulidad sino irregularidad censurable. Las mismas consideraciones caben para el procedimiento castrense de acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior y, por consecuencia, la pretendida nulidad de carácter legal que se aduce no existe para el presente caso.

Tampoco la de rango constitucional por el mismo defecto que se puntualiza y censura porque no hay ambigüedad ni anfibología en el cuestionario ni se presta a confusión su formulación si se atiende al hecho de que cada delito deducido tiene su correcta mención y distinción allí. Debe aceptarse, por consecuencia, que quien redactó el controvertido "cuestionario único" entendió perfectamente que preguntaba por los dos delitos a los cuales se refiere la resolución que convocó a Consejo Verbal de Guerra. También, que aquellos a cuyo cargo estuvieron las labores de defensa supieron con claridad y nitidez que se imputaban dos hechos distintos a los procesados y, en consecuencia, pidieron unos absolución por ambos, otros absolución parcial y algunos modificaciones relacionadas con el grado de participación. De la misma manera los vocales tuvieron plena conciencia de la distinción de los hechos punibles que juzgaban hasta el punto de que alguno de ellos negó para un procesado su vinculación al homicidio aunque la aceptó para el secuestro y otro habló de complicidad y no de coautoría como se preguntaba.

No se desconocieron los principios que orientan el debido proceso ni se quebrantaron las formas propias del juicio, ni se obstaculizaron o anularon los mecanismos de la defensa. Por tanto, tampoco la nulidad de rango constitucional existe.

Finalmente, tampoco existe incompetencia del juez (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) por el hecho de haber conocido del proceso, en su segunda instancia, el Tribunal de Bogotá, cuando quiera que la muerte del menor se produjo en terrenos de la finca "El Diamante" o "Hato Guaraní", en jurisdicción de Puerto Lleras en el Departamento del Meta. Es evidente que todo comenzó con el secuestro del menor, hecho este sucedido, sin lugar a dudas, en Bogotá, en donde se formuló la denuncia y se inició y continuó la investigación hasta el descubrimiento total de los hechos. El secuestro es delito de carácter permanente pues su consumación se prolonga en el tiempo y el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal en su inciso final dispone que cuando de tal hipótesis se trata y los hechos

se cometan en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones "conocerán a prevención los jueces de todas ellas". Luego desde un principio se estableció la competencia a prevención para las autoridades judiciales de Bogotá, sin que importe que luego se trasladara el menor a otros territorios. No existe, por consecuencia, la nulidad que plantea la demanda que, de acuerdo con todo lo dicho en precedencia, tampoco prospera.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

FALSO TESTIMONIO

VIOLACION DEL JURAMENTO

En Colombia se continúa sancionando como modalidad del delito de falso testimonio la consciente y voluntaria violación del juramento como garantía para determinadas actuaciones judiciales o administrativas, aun cuando su autor sea persona interesada en los resultados de las mismas, pues si tiene derecho para defender sus pretensiones, no lo tiene para engañar a la justicia empeñada en establecer la verdad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 91.

Vistos:

Se procede a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de *José Rubén Salazar Salazar* contra la sentencia de veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y tres, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al confirmar la proferida el dos de noviembre de mil novecientos ochenta y dos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, lo condenó a la pena principal de doce meses de prisión como responsable del delito de falso testimonio.

El recurso fue admitido y la demanda se encontró ajustada a las prescripciones formales de ley (fls. 3 y 9 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

Luz Marina Rojas Mancera dio en préstamo el 5 de mayo de 1980 tres mil pesos ($ 3.000.oo) a José Rubén Salazar Salazar para pagar unos cánones de arrendamiento.

En el mes de diciembre de ese mismo año le abonó la suma de mil trescientos pesos ($ 1.300.oo), quedando pendientes de pago mil setecientos pesos ($ 1.700.oo).

Este saldo no se lo cubrió jamás, no obstante haberle enviado a cobrar con varias personas, a las que, aunque les reconoció la exis-

tencia de la deuda, les informó que no la pagaría, o al menos no lo haría entonces.

En vista de esto, la acreedora solicitó al Juzgado Sexto Civil Municipal de Manizales que hiciera comparecer a José Rubén Salazar Salazar para que absolviera un interrogatorio de parte que, por escrito, le formuló.

Así se hizo, y en la diligencia *efectuada el 16 de noviembre de 1981*, y bajo la gravedad del juramento, Salazar negó la existencia de la deuda, dijo que no conocía a su requirente, o al menos de nombre no sabía quién era, y manifestó que nadie había ido donde él a cobrarle ese dinero.

Con fundamento en la copia que le fue entregada de ese documento y en las declaraciones de María de los Angeles Mancera Osorio y María Offir Sossa Murillo, recibidas extraproceso, denunció penalmente Luz Marina Rojas a José Rubén Salazar Salazar (fls. 2 a 8) del cuaderno principal).

El Juzgado Segundo Penal del Circuito, despacho al que por reparto le correspondió el asunto, dispuso inicialmente la práctica de diligencias preliminares y posteriormente abrió la investigación (fls. 11 y 15 *ibídem*).

En el decurso de ella se escuchó en declaración bajo juramento a las personas que tuvieron el encargo de cobrarle a Salazar el dinero que le adeudaba a Luz Marina Rojas, y se le oyó a él en indagatoria y para tratar de aclarar las versiones encontradas de todos ellos se practicaron los careos de rigor.

El Juzgado encontró acreditada la materialidad del delito atribuido a Salazar y la responsabilidad de éste, por lo cual lo llamó a responder en juicio, en pronunciamiento que, apelado por el apoderado, fue confirmado por el Tribunal (fls. 91 a 98 y 112 a 117 del cuaderno principal).

En la audiencia pública impetró el defensor la absolución de su patrocinado con fundamento en las mismas argumentaciones que posteriormente le han venido a servir de apoyo para la demanda de casación (fls. 120 y 121 *ibídem*).

Tanto el Juzgado como el Tribunal las desestimaron, y de allí los fallos adversos a Salazar ahora cuestionados dentro del ámbito del recurso extraordinario (fls. 122 a 127 y 136 a 140 *ibídem*).

De los elementos de prueba que sirvieron de sustento a las sentencias en las instancias se destacan estos:

1. El interrogatorio de parte, formulado y respondido de la siguiente manera, después de haber prestado el absolvente "juramento de rigor previas las disposiciones penales pertinentes bajo cuya gravedad prometió decir únicamente la verdad". "Primera pregunta: Cómo es cierto sí o no el día 5 de mayo de 1980, le entregué a usted en calidad de préstamo y pagara (sic) pagar a fines de dicho mes la suma de $ 3.000.oo m/cte., manifestándome usted que la necesitaba para pagar un arrendamiento? Contestó: *No es cierto*. Segunda pregunta: Cómo es cierto sí o no, usted me abonó a la suma de tres mil pesos

m/cte., que le había prestado, la suma de $ 1.300.oo, abono que usted me hizo en el mes de diciembre de 1980? Contestó: *No es cierto* y explicó: Yo no he tenido negocios con la preguntante, nunca he necesitado de ella, *yo no la conozco* o pueda que la conozca pero de nombre no sé quién es. Al punto tercero contestó: Cómo es cierto y usted no lo puede negar si es que respeta el juramento que hizo hace unos momentos, que con varias personas le he enviado a cobrar la suma de $ 1.700.oo que me resta del préstamo hecho a usted y usted le ha manifestado a quienes he enviado a cobrarle, que espere unos días que es que se encuentra en malas condiciones económicas? Contestó: *No es cierto*. Explicó: Ella en ningún momento me ha enviado a cobrar ya que no le debo plata. Cuarta pregunta: Cómo es cierto sí o no, en varias ocasiones lo he requerido personalmente para que me pague o asegure el valor de los $ 1.700.oo que me debe de plazo vencido y usted se ha negado, argumentando que se encuentra en malas condiciones económicas? Contestó: *No es cierto* y explicó: Eso nunca ha pasado puesto que no le debo plata. Agregó: Yo a esta señora no le debo plata si le debiera hace tiempo que se la hubiera pagado" (fls. 4 y vto. del cuaderno principal. Subrayas fuera de texto).

2. Las versiones bajo juramento de quienes recibieron de la denunciante el encargo de cobrarle al sindicado el dinero que adeudaba. En lo pertinente dijeron estos testigos:

"Luz Marina, mi sobrina, fue secretaria del Comando Político que este señor Rubén dirigía en el barrio Fátima, y por esta razón eran compañeros y Luz Marina en una ocasión me dijo que le había prestado a este señor la suma de $ 3.000.oo y que se los estaba negando *y entonces que cuando yo me viera con él se los cobrara y fue así que fui al directorio liberal de acá del centro y le cobré la plata y me dijo que no le pagaba dizque porque ella le había dañado una moto* y que además le estaba poniendo problema para que le respondiera por el embarazo, me dio a entender de que ellos convivían juntos y que él no respondería ya que ella se había vuelto una mujer de la calle... él sí me dijo que le debía pero que no le iría a pagar, no me dijo cuánto" (Declaración de María de los Angeles Mancera Osorio, fl. 12 *ibídem*). En el expediente hay constancia de que José Rubén Salazar denunció penalmente a Luz Marina Rojas Mancera por daño en la cojinería de una motocicleta de propiedad de aquél (fls. 32 a 38 *ibídem*).

"Sucede que Luz Marina le prestó a José Rubén la suma de $ 3.000.oo y éste le hizo un abono a este préstamo y aún le adeuda el excedente; *Luz Marina me pidió el favor de que yo le cobrara la plata y efectivamente lo hice, habiéndome respondido que aunque se los debía no tenía dinero ya que estaba muy mal económicamente*" (Testimonio de Offir Sossa Murillo, fl. 13 *ibídem*).

"Yo lo que sé, es que en las pasadas fiestas de Villamaría, yo me encontraba en compañía de Luz Marina, *cuando vio a este señor por el parque* (se refiere al sindicado, aclara la Sala) *y le reclamó la plata* y lo que sucedió fue que se agarraron los dos a darse puños y yo ya le dije que mejor nos viniéramos y que luego le cobrara. Unos días después Luz Marina le pidió el favor a un hijo mío que se llama Diego Rivillas para que fuera a cobrarle la plata que le debía a ella y él le

mandó a decir que no le debía ninguna plata" (Declaración de Nohelia Quintero de Rivillas, fl. 14 *ibídem*).

"José Rubén y Luz Marina fueron novios y como Luz Marina vivió un tiempo en mi casa, un día cualquiera me pidió el favor de que fuera a donde Rubén y le dijera que le mandara una plata que él le debía y yo fui a donde él y me respondió que él sí le debía a esta muchacha esa plata pero que esperara que tuviera plata ya que por el momento no tenía" (Declaración de Diego Rivillas Quintero, fl. 19 *ibídem)*. —Las subrayas no pertenecen a los textos—. Estos testigos, excepto Offir Sossa con quien no se practicó esa diligencia, sostuvieron sus versiones en los careos practicados con el procesado (fls. 83 y vto., 85 y vto., 86 y vto. *ibídem*).

3. La indagatoria de Salazar, pues aunque en ella siguió negando la deuda, al menos reconoció que sí conocía a Luz Marina Rojas y que con ella había tenido, inclusive, trato sexual (fls. 25 a 26 vto. *ibídem*).

4. El careo practicado entre denunciante y sindicado, pues aunque aquella se empeñó en esta ocasión en decir que el José Rubén Salazar al que ella se venía refiriendo no era el mismo que tenía en su presencia, del contexto de la diligencia se deduce con claridad que lo que trató fue de favorecerlo, quien sabe por qué razón, pero no queda duda de la identidad entre el confrontado y el denunciado por Luz Marina Rojas (fls. 28 a 30 *ibídem*).

La demanda:

Al amparo de la causal de casación descrita en el numeral primero del artículo 56 del Decreto número 528 de 1964 (sic) formula el recurrente un cargo único contra la sentencia que impugna, referido a la violación directa del artículo 172 del Código Penal que reprime y sanciona el delito de falso testimonio.

Lo hace consistir en la aplicación indebida de esa norma, pues no se adelantó previamente un juicio de naturaleza civil para establecer judicialmente la existencia de la obligación a cargo del procesado y a favor de Luz Marina Rojas Mancera, y poder, de esa manera, comprobar la falsedad de la manifestación de aquél en el interrogatorio de parte que absolvió en forma extraprocesal.

Lo fundamenta en los siguientes términos:

"En consecuencia de lo anterior la sentencia del Juzgado Segundo Civil (sic) del Circuito de Manizales, conformado (sic) por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caldas es violatoria de la ley sustancial, violación directa, pues no había razón para dar aplicación al artículo 172 del Código Penal vigente, pues para probar la existencia de la obligación se debió tramitar un juicio ordinario de *mínima cuantía*, mediante el cual se probara lo contrario a lo manifestado por el interrogado y una vez concluido este juicio y según el fallo de la justicia civil incoar la acción penal si hubiera lugar a ello. Es decir que si el fallo del juicio civil ordinario fuere declarando la existencia de la obligación de pagar la suma de dinero a favor de

Luz Marina y por parte de Rubén Salazar, en ese momento se estaba configurando presumiblemente la existencia de un hecho punible, antes no, por cuanto que la sana lógica enseña lo contrario.

"Es decir que el principio de la prejudicialidad civil no fue tenido en cuenta por ninguno de los funcionarios que conocieron del asunto, a pesar de que la defensa a mi cargo en reiteradas oportunidades lo puso de presente".

Agrega que "sin necesidad de entrar en engorrosos análisis, se puede afirmar que mientras la justicia civil declare o no la existencia de la obligación de pagar la suma de dinero a favor de Luz Marina Rojas Mancera y a cargo de José Rubén Salazar Salazar, la rama penal está impedida para conocer de este asunto; además por cuanto que los elementos que integran la prejudicialidad civil lo están indicando. Son ellos: a) Que se trate de un hecho o de una relación jurídica cuyo conocimiento esté atribuido a una jurisdicción distinta; y, b) Que se trate de una cuestión cuya decisión es indispensable para que pueda estudiarse otras cuestiones o decidirse sobre estas".

Dice que, además del artículo 172 del Código Penal, se violaron también los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del mismo Código y el 18 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita a la Corte "revocar" la sentencia y, en consecuencia "absolver" al procesado del cargo por el que se le condenó en las instancias.

Respuesta del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se deseche la demanda, pues "adolece de serias e insubsanables fallas en la técnica propia de este recurso extraordinario que impiden su prosperidad".

Recuerda, en primer término, el Procurador que el Decreto 528 de 1964, invocado por el libelista, dejó de regir al entrar a hacerlo el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 27 de marzo de 1971).

Puntualiza, luego, que el recurrente no aportó el motivo de la violación que pregona del artículo 172 del Código Penal, esto es, "las razones jurídicas por las cuales considera que esa disposición no ha debido estimarse para dictar la sentencia de la segunda instancia", ni dijo tampoco a que título, si por falta de aplicación, interpretación errónea o indebida aplicación, se produjo la violación que enuncia de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Código Penal y 18 del Código de Procedimiento Penal, ni adujo la razón de esa presunta violación.

El representante del Ministerio Público pone de presente la inaplicabilidad, en este caso, del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal sobre prejudicialidad civil, pues en el proceso no aparece prueba alguna que demuestre la existencia de un juicio civil para la fecha en que José Rubén Salazar absolvió, bajo la gravedad del juramento, el interrogatorio de parte propuesto por Luz Marina Rojas, exigencia aquella que trae la citada norma para la suspensión del proceso penal.

Concluye el Procurador manifestando que, aparte de esos vicios insalvables de técnica en el manejo del recurso, en opinión del Ministerio Público el delito atribuido a José Rubén Salazar aparece plenamente comprobado.

Consideraciones de la Corte:

Además de las fallas de técnica en la formulación y sustentación del cargo que anota el Procurador, el libelo presenta otra más, que sumada a aquellas, conduce a su desestimación.

En efecto, al desentrañar el sentido de la demanda se colige que lo que el recurrente sostiene es que el Tribunal dio por probada la existencia de la obligación a cargo de José Rubén Salazar Salazar y en favor de Luz Marina Rojas Mancera, sin que se contara para ello con la prueba necesaria e idónea, que no podía ser otra, en opinión suya, que la que emanara de una sentencia proferida en juicio civil ordinario, en la cual se hiciera ese reconocimiento judicial.

Al no haber ocurrido esto, como en efecto no sucedió, se supuso la existencia de ese presupuesto indispensable para poder predicar, en concepto del impugnante, la presencia del delito de falso testimonio y responsabilizar por él a su defendido.

Cuestiona, por tanto, las bases probatorias del fallo y desplaza, por ese modo, aunque no lo dijo expresamente, la censura hacia la violación indirecta de la ley por un presunto error de hecho.

Esa situación implica confusión en el planteamiento del cargo y obliga a no tenerlo en cuenta.

Pero aún, aceptando que la crítica estuviera bien formulada y sustentada en debida forma, tampoco estaría llamada a prosperar, puesto que, como lo comenta el representante del Ministerio Público, el ilícito atribuido a José Rubén Salazar está comprobado y no era del caso dar aplicación a la norma sobre prejudicialidad, ya que no hay constancia en el informativo de la existencia de un proceso civil en el cual se estuviese discutiendo el asunto que motivó el interrogatorio de parte que absolvió Salazar.

La norma a que aluden Procurador y censor es el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

> "Prejudicialidad civil. La competencia del juez penal se extiende, *para el solo efecto de la represión*, a las cuestiones civiles y administrativas que surjan en el proceso penal; *pero si tales cuestiones se refieren a hechos que sean elementos constitutivos de la infracción perseguida y sobre ellas estuviere pendiente, a tiempo de cometerse el delito, un proceso civil o administrativo*, no se calificará el sumario mientras aquél estuviere pendiente.
>
> "No obstante, transcurrido un año desde la oportunidad de calificación del sumario, sin que el proceso civil o administrativo haya concluido, *el juez penal reanudará la actuación sin subordinación a éste.*

"El respectivo agente del Ministerio Público podrá intervenir en el proceso civil o administrativo correspondiente y hacer todas las diligencias conducentes a su pronta terminación" (Las subrayas no pertenecen al texto).

El claro sentido de la disposición indica que para poder ordenar la suspensión de la actuación penal, se precisa establecer la existencia de un juicio civil o administrativo en el que se esté debatiendo asunto substancialmente vinculado con lo que es objeto del proceso penal.

No de otra forma puede entenderse la expresión "estuviere pendiente" que emplea la norma. El interpretarla en el sentido de que exista la posibilidad de iniciar una acción civil, equivaldría a supeditar indebidamente el curso de un proceso penal frente a la espectativa de uno de naturaleza civil.

Es más, aún sobre el presupuesto de la realidad del juicio civil o administrativo, la prejudicialidad no es absoluta, pues la disposición que se comenta señala que si, suspendida la actuación penal, transcurriere un año desde la oportunidad para calificar el mérito del sumario sin que el proceso civil o administrativo hubiere concluido, el Juez Penal la reanudará sin sujeción a éste.

En el caso presente no se estableció en el expediente que se estuviera adelantando, al momento en que absolvió Salazar el interrogatorio de parte, un juicio civil para la comprobación de esa obligación o para hacer efectivo su pago.

No existía razón, entonces, para esperar a que tal cosa ocurriera y se decidiera el asunto para poder entrar a dilucidar la responsabilidad del procesado en el campo penal.

De los elementos de juicio aportados al informativo podía y debía el funcionario penal deducir, para los solos efectos de la represión, la existencia de la obligación a cargo de José Rubén Salazar y en favor de Luz Marina Rojas, y establecer si se había o no faltado a la verdad en el interrogatorio contestado por aquél bajo juramento.

Esos elementos están constituidos por las declaraciones de quienes estuvieron cobrándole a Salazar el dinero adeudado a la denunciante, en las cuales consta que aquél, aunque reconoció la deuda, expresó que no la pagaría por razones de diversa índole.

Como en sus respuestas al interrogatorio Salazar afirmó cosas contrarias a esa verdad procesal, tales como las de no conocer a la acreedora, no deberle dinero y no haber sido requerido por los deponentes para el pago, ni conocerlos, los juzgadores en las instancias dedujeron de allí la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado.

Como la conducta referida a la falsa declaración de parte en asunto civil no figura de manera expresa en el nuevo Código Penal, como sí ocurría en el anterior (art. 193), no está por demás decir que su incriminación no ha desaparecido de la legislación penal, sino que se procede con fundamento en el tipo básico del falso testimonio (art. 172), por subsumirse en él, pues, además, los hechos sucedieron bajo la vigencia del nuevo estatuto.

En momento alguno, como pasa a verse, estuvo en mente de quienes participaron en el estudio y elaboración de los diversos proyectos que precedieron a la expedición del código vigente, abolir dicha forma de delictuosidad.

En efecto, en el Acta número 72 correspondiente a la sesión del día 19 de septiembre de 1974 de la comisión que preparó el anteproyecto de ese año, se lee:

"Al igual que en el anterior capítulo traté (expresa el ponente que fue el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, aclara la Sala) de seguir de cerca los postulados del actual estatuto represivo, pero se hicieron reformas con criterio de actualización. Se reducen las normas a tres, se refunden los artículos 191 y 192 y se suprime el 193 que se refiere al falso juramento en procesos civiles, el que quedaría incluido en el primero de la ponencia *(en el tipo básico de falso testimonio, aclara la Sala)... La Comisión igualmente acuerda suprimir el actual artículo 193 del Código Penal,* ya que la conducta allí descrita encaja perfectamente en el tipo básico *y no se justifica tratamiento especial o privilegiado, porque* pueden presentarse en los asuntos civiles, incluso casos más graves que los que se presentan en los procesos penales" *(Anteproyecto de Código Penal Colombiano, año 1974, publicación hecha por el Ministerio de Justicia, páginas 444 y 445).*

La Comisión que elaboró el anteproyecto de 1978 no dejó librada la figura a su adecuación dentro del tipo básico del falso testimonio sino que revivió en su articulado el tipo especial, de la siguiente forma:

TITULO IV

Delitos contra la administración de justicia
Capítulo Segundo
Del falso testimonio

Artículo 214. "Falsa declaración de parte. El que como parte en asunto extrapenal, declare bajo juramento un hecho falso, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y multa de mil a cincuenta mil pesos" (Anteproyecto de Código Penal Colombiano, año de 1978, publicación hecha por el Ministerio de Justicia, página 47).

Finalmente, el pensamiento a este respecto de quienes elaboraron el proyecto de 1979 que se convirtió en el actual Código Penal, y el cual fue concebido, como lo dispuso la ley de facultades que fue la 5ª de enero 24 de 1979, sobre las "bases, principios y lineamientos generales" de los dos anteproyectos que acaban de mencionarse, quedó expresado tanto en las actas como en la "relación explicativa" redactada por el presidente de la Comisión Asesora, doctor Federico Estrada Vélez.

En las actas se dijo sobre el punto:

"En el articulado del Capítulo Segundo 'Del falso testimonio' del Título IV del proyecto final, se acordó no tener en cuenta el artículo 214 'falsa declaración de parte', a solicitud del doctor Gutiérrez Anzola,

porque en realidad esa conducta está subsumida en el artículo 213 'falso testimonio' del mismo proyecto" (Actas del nuevo Código Penal Colombiano, publicación Colección Pequeño Foro, dirigido por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín, miembro de la Comisión, página 314).

En la relación explicativa se dejó dicho:

"En cuanto al falso testimonio (Capítulo Segundo), se creó el tipo básico (art. 181), con una fórmula más precisa que la utilizada en el artículo 191 del código actual, puesto que la acción se extiende al hecho de faltar a la verdad o callarla totalmente en cualquier actuación judicial o administrativa cumplida bajo la gravedad del juramento. Se deroga, por considerarlo innecesario, el artículo 1º del Decreto 0623 de 1955, se suprime el artículo 192, porque 'quien no estando legalmente obligado a declarar lo hace bajo la gravedad del juramento e incurre en falsedad, consuma el delito de falso testimonio en las mismas condiciones que cualquiera otra persona; la Comisión no encontró, pues, razón alguna valedera para privilegiar punitivamente esta situación'. Igual suerte corrió el artículo 193, porque el comportamiento allí descrito se subsume en el tipo básico" *(Nuevo Código Penal, publicación hecha por el Ministerio de Justicia, páginas 59 y 60. Las subrayas no pertenecen a los textos).*

Por manera que el pensamiento de quienes inspiraron y redactaron todos los antecedentes del actual código, y por lo mismo el pensamiento del Gobierno al expedirlo con fundamento en esos trabajos, fue el de mantener la ilicitud de la conducta de quien, como parte en asunto civil, falta a la verdad en actuación judicial o administrativa.

De allí la amplitud que refleja el tipo básico de falso testimonio, dentro de cuya redacción cabe el anotado comportamiento, pues no emplea términos restrictivos ni fija en marcamientos procesales que pudieran excluirlo. Simplemente alude a "actuaciones judiciales o administrativas". Luego, pueden ser procesales o anteriores al proceso.

En el Código Penal anterior hubo necesidad de estructurar la figura especial (art. 193), pues el tipo básico aparecía como de sujeto calificado en razón de su descripción y, en tales condiciones, difícil resultaba la adecuación dentro del mismo de la conducta que se viene analizando.

En efecto, al versar el artículo 191 de ese estatuto sobre el comportamiento de quien en declaración, dictamen o versión *rendidos bajo juramento faltare a la verdad, aludía, en forma clara, el* testigo, *al* perito *y al* intérprete *como sujetos activos de la ilicitud punible.*

En cuanto al momento en que podía presentarse la conducta que se describía y sancionaba en el tipo especial del artículo 193, fácilmente entendieron los juzgadores e intérpretes, auxiliados de las actas de la Comisión Redactora del Código, que ello podía ocurrir dentro del proceso o en diligencias anteriores a éste preordenadas al mismo, y que el concepto de parte había que entenderlo, por lo tanto, en un sentido amplio, y no exclusivamente limitado a quienes estuviesen ya trabados en la litis haciendo valer ante el juez sus pretensiones.

Sobre estos aspectos bien está transcribir los siguientes apartes jurisprudenciales, contenidos en fallo de 3 de diciembre de 1948, recaído en un proceso en el cual se juzgó la conducta de una persona acu-

sada de haber faltado a la verdad al absolver unas posiciones. Dijo entonces la Corte:

"La ley penal no puede dejar sin protección adecuada, sin tutela suficiente, el que el falso testimonio pueda presentarse frente a cuestiones civiles, bien sea judiciales o extrajudiciales, que por no tener la categoría propia que le da a la infracción del falso testimonio el hecho de producirse éste en declaración, dictamen o versión, no por ello puede dejar de estar comprendida en alguna norma legal.

"De aquí el texto del artículo 193, para cuyo alcance basta con la lectura de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal.

"Al discutirse dicho texto, 'el doctor Escallón opina que en vez de decir 'juicio civil', debe ponerse 'asunto civil', porque hay muchas diligencias extrajudiciales en las cuales puede cometerse el hecho aquí contemplado, y que no quedarían cobijados por ese artículo, que sólo habla de juicio'. Agregan las actas que la Comisión 'convino en aceptar la modificación propuesta por el doctor Escallón y el artículo quedó aprobado'.

"No puede negarse, según esto, que al proponerse el cambio de la locución 'juicio civil', que contenía la primera redacción del artículo, tal como fue propuesto en la ponencia, por la expresión 'asunto civil', el pensamiento del legislador no fue otro que dar un significado más extenso al texto legal, ya que esta última locución abarca todas aquellas diligencias de carácter extrajudicial que, como las posiciones por ejemplo, de otra manera no habrían quedado incluidas en la norma" (G. J. Tomo LXV, números 2066 a 2072, años de 1948 y 1949, pág. 387).

El análisis que se ha hecho de la conducta de quien falta a la verdad en sus respuestas al contestar un interrogatorio de parte en relación con asunto que le interesa en materia civil, permite concluir que hay identidad entre ella y la que recogía el tipo penal del artículo 193 del Código de 1936, conducta esta última que, como se dejó puntualizado, quedó subsumida en el tipo básico del falso testimonio, según se desprende del estudio histórico que se ha hecho de la expedición de las normas del estatuto vigente.

La voluntad del Gobierno, habilitado como legislador para la expedición de éste, permite afirmar que en Colombia se continúa sancionando como modalidad del delito de falso testimonio la consciente y voluntaria violación del juramento como garantía para determinadas actuaciones judiciales o administrativas, aunque su autor sea persona interesada en los resultados de las mismas, pues si tiene derecho para defender sus pretensiones, no lo tiene para engañar a la justicia empeñada en establecer la verdad. En materia penal *nadie está obligado a declarar contra sí mismo, pero por virtud de expreso mandamiento de jerarquía constitucional (art. 25).*

En el presente caso, el interrogatorio de parte, que constituye una "actuación judicial", fue recibido de acuerdo con las normas que rigen la materia en el campo civil y bajó la gravedad del juramento y, desde luego, ante juez competente, que lo fue el Sexto Civil Municipal de Manizales (arts. 294, 301 y 208 del C. de P. C.).

Como en éste afirmó el absolvente José Rubén Salazar Salazar cosas contrarias a la verdad procesal establecido por los juzgadores de las instancias con fundamento en las versiones de los testigos que antes se relacionaron, su comportamiento se adecuó al tipo penal del falso testimonio (art. 172 del C. P.), con base en el cual fue condenado.

Tiene, por tanto, respaldo la afirmación del Procurador Primero Delegado en lo Penal, que la Sala comparte, en cuanto a que "el ilícito penal atribuido a José Rubén Salazar aparece plenamente comprobado".

No teniendo, como se dejó estudiado, validez jurídica las argumentaciones con que el censor impugna el fallo recurrido, y en presencia de las fallas de técnica que se la anotaron, no cabe otra conclusión que la de desestimar sus pretenciones.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

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

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

TECNICA DE CASACION

CAUSAL PRIMERA

Violación indirecta de la ley sustancial por error manifiesto de hecho. Falso juicio de identidad. Su naturaleza

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 92.

Vistos:

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira (Valle), mediante sentencia del 15 de octubre de 1983, condenó a *Eliseo Ramírez Bermúdez* a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de *"acceso carnal abusivo con menor de catorce años"* en perjuicio de la niña Gloria Nelly Dueñas Sánchez.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por sentencia del 7 de diciembre de 1983, al conocer en grado de consulta, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

La decisión de segundo grado ha sido recurrida en casación por el Fiscal Quinto del Tribunal sentenciador.

Hechos:

Fueron resumidos por el juzgado en el auto de proceder, en la siguiente forma:

"...Gloria María Sánchez en su condición de madre de la ofendida, formuló denuncia ante le Inspección Departamental de Policía del Corregimiento de Rozo, el día 6 de noviembre de 1981 contra Eliseo Ramírez, en la cual da cuenta cómo su denunciado quien es hermano de su concubino Ignacio Dueñas, aprovechando la circunstancia de haberle dado alojamiento en su residencia perjudicó a su hija Gloria Nelly, hecho del cual tuvo conocimiento por María Isabel su otra hija, quien sintió cuando éste se levantó y acostó junto a su hermana. Refiere también que nunca pensó que aquél llegara a tanto, a pesar de notar los continuos irrespetos hacia sus hijas. Agrega que cuando Ramírez fue llamado a la inspección confesó en forma cínica que desde hacía más de dos años convivía con Gloria Nelly, habiendo so-

licitado la enviaran donde los médicos legistas para así salir de dudas. Anota por último que Gloria Nelly en todo momento niega haber sostenido relaciones carnales con Eliseo, pero cree que esto se deba a las amenazas de aquél..."

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación (art. 580-1 del C. de P. P.), el Ministerio Público recurrente aduce la violación indirecta de la ley penal sustantiva de que tratan los artículos 303 y 61 del Código Penal por error manifiesto de hecho debido a un falso juicio de identidad, pues en su criterio el fallador le dio a la prueba recaudada un alcance objetivo que no tiene.

Al referirse al experticio médico-legal, señala:

"...si en este caso la prueba pericial es una prueba que sirve para complementar la materialidad de la infracción, se equivocó el honorable Tribunal Superior al darle un mayor alcance porque sólo está recogiendo el hecho de que la menor está desflorada, pero el dictamen no puede decir que la desfloración fue por la introducción de un miembro viril, ni tampoco está complementando la prueba sobre ese aspecto material del hecho punible, porque como se analizará más adelante, los distintos testimonios que se aportaron a los autos, ninguno de ellos estuvo en condiciones de declarar haber visto que la menor Gloria Nelly Dueñas fue accedida carnalmente, ni menos por el enjuiciado Eliseo Ramírez.

"En similar error cae el honorable Tribunal Superior, para el momento de definir la responsabilidad en ese hecho punible del acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ya que también se echa mano del dictamen de los médicos legistas, para sostener que el vacío que presenta el proceso sobre la responsabilidad del indagado Ramírez, se llena con la prueba técnica, cuando los peritos legistas nunca están en condiciones de señalar en su dictamen qué motivó la desfloración de la mujer sujeta del examen, y por otro lado lo están para determinar, en caso de acceso carnal quién lo ejecutó.

"Con el dictamen de los legistas no es posible señalar quién es el autor del hecho punible, pues si no prueba, ni menos sirve de complemento de prueba de la ejecución del acceso carnal, mucho menos sirve de referencia para conocer al autor de la presunta violación. Es indudable que ese peritazgo es prueba de unas consecuencias, pero las causas que las origina no pueden quedar comprendidas en el concepto médico, están fuera de su alcance..."

Con relación a los testimonios, advierte:

"...al aceptarse en toda su integridad los testimonios del señor inspector de policía y su secretario, sólo puede entenderse que esos declarantes no hacen otra cosa que reproducir lo que expresó Eliseo Ramírez ante ellos, en cuanto a que había perjudicado a la menor, pero de allí nada más se puede recoger como hecho probado, y como ya se anotó, esa expresión no sólo es muy equívoca, sino que además está desvirtuada por la misma versión del acusado, y por la declaración de la presunta ofendida, Gloria Nelly Dueñas Sánchez.

"Se sostiene por el honorable Tribunal Superior que el hecho de haber sorprendido 'al procesado al pie de la cama de la ofendida en altas horas de la noche', constituye, con el dictamen médico-legal, la materialidad de la infracción, lo que no deja de ser manifiestamente errado, no sólo por lo que realmente comprende la prueba pericial, el simple hecho aislado de la desfloración de la menor, sino que también los testimonios de los consanguíneos, sólo llegan hasta el punto de asegurar que vieron al procesado al pie de la cama de la ofendida, Jorge Eliécer Sánchez y María Isabel Sánchez, y a su vez, Gloria Nelly y su hermana Dora Delcy Dueñas, hablan únicamente de tocamientos, desconociendo en forma absoluta el acceso carnal..."

Sobre la declaración de la presunta ofendida anota:

"...Es indiscutible que en los delitos sexuales, es trascendental la versión de la presunta ofendida con el hecho punible, por la misma naturaleza del acontecimiento, y la intimidad de la acción, y si es precisamente la persona que se cree es el sujeto pasivo del hecho punible, o sobre el cual el sujeto activo realizó la infracción penal, quien niega en forma rotunda haber sido accedida carnalmente por el acusado, cualquier otra prueba que no sea directa, no estaría en condiciones de constituir demostración de la materialidad del ilícito. Y es esto lo que ocurre en este proceso, ya que Gloria Nelly Dueñas Sánchez niega en forma categórica haber realizado el acto carnal con Eliseo Ramírez, y confiesa a su hermana María Isabel Sánchez que nunca ha tenido nada en ese sentido con el señor Eliseo, y que más bien 'le tiene asco'..."

Para articular sus observaciones, precisa:

"...El error de hecho en que incurrió el honorable Tribunal Superior, con respecto a la prueba pericial y testimonial, por interpretación falsa de esos medios probatorios, al darles un mayor alcance fáctico, o en otras palabras, al dar por comprobados unos hechos que no recogen ninguna de las pruebas analizadas, error éste manifiesto, y con incidencia directa en el resuelve de la sentencia, puesto que se consideró como probada la materialidad de la infracción y —la responsabilidad del enjuiciado Eliseo Ramírez—, que determinó una sentencia condenatoria, sin que se llenaran, por lo tanto, los requisitos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, puesto que con la prueba pericial y los testimonios, no se alcanzó a comprobar el cuerpo del delito, y la responsabilidad del supuesto hecho criminoso en cabeza del sindicado Eliseo Ramírez..."

Se considera:

El actor intenta demostrar que el juzgador al apreciar las pruebas cayó en un falso juicio de identidad, error de hecho, pues les dio un alcance fáctico que no tienen, razón por la cual propone la violación indirecta de la ley sustancial en sus artículos 61 y 303 del Código Penal.

Siendo que el juicio de identidad determina la coincidencia descriptiva del hecho probado con el hecho condicionante de una norma sustantiva cualquiera, resulta falso cuando este proceso identifi-

cativo se violente porque al hecho que recoge la prueba se le da un alcance que no tiene, se le quita el que realmente presenta, se tergiversa su contenido objetivo, o bien, se le encuentra idéntico al de una norma que no lo considera. En estos eventos hay que convenir que el fallador comete un error manifiesto de hecho que conduce, sin lugar a dudas, a conculcar la norma sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Por esta vía afirma que el sentenciador entendió equivocadamente que el dictamen médico-legal no sólo demostraba la desfloración antigua de la ofendida sino que indicaba que se había producido por acceso carnal; que el testimonio de las hermanas menores de haber visto al procesado de noche cerca de la cama de la víctima lo señalaba como el autor del desafuero; y, por último, que no obstante negar la menor haber sido accedida por éste, se le hizo la imputación haciéndole expresar a estas pruebas lo que no dicen, para luego condenarlo por un acceso carnal abusivo, sin existir la prueba objetiva de que con su comportamiento hubiera realizado ese tipo penal.

La presentación de la causal y del señalado error de hecho es correcta. Desde el punto de vista técnico esa es la forma de fundamentar un ataque serio contra la sentencia cuando las condiciones probatorias lo permiten. En este caso concreto, las bases probatorias que sustentan la sentencia son tan sólidas que aún frente a la negativa de la perjudicada en señalar al procesado como el autor de su desfloración, la condena subsiste en toda su plenitud.

Si el experticio médico-legal no indica que la desfloración que presenta la víctima fue ocasionada por acceso carnal, pues pudo serlo por mecanismos o maniobras diversas, lo evidente es que no lo descarta; si de otra lado, la menor acepta que pudo haber sido accedida sexualmente por el procesado, sin darse cuenta, por hallarse dormida, y el propio acusado por ante el Inspector Departamental de Policía del Corregimiento de Rozo, Municipio de Palmira, y su secretario, expresó que desde hacía dos años vivía con la ofendida "...la perjudicó y de allí en adelante hace uso de ella...", hay que admitir que, exenta de suspicacias o de mera imaginación, el juzgador no le dio a la prueba alcances reales que no tiene.

En consecuencia, no se ha incurrido en falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba allegada al proceso, como lo pregona el demandante.

El cargo no prospera.

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 *No casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 7 de diciembre de 1983, y de la cual se ha hecho mención en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SENTENCIA. Motivación

Si el proceso es la respuesta que el Estado da a la realización de hechos supuestamente delictivos, es obvio que la sentencia que es su conclusión, debe hacer un estudio de la realidad probatoria que acredita esos hechos y su atribución al procesado y el examen jurídico indispensable para encontrar la correspondencia entre los hechos y el ordenamiento

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 98 de noviembre 27 de 1984.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el representante judicial del condenado *Helí Pardo Pardo,* contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se le impuso la pena de tres años de prisión y las accesorias correspondientes, por el *delito de falsedad documental.*

Hechos:

Para obtener la suspensión de la detención preventiva de Alvaro Moyano Cerón quien se encontraba en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá por cuanto del Juzgado Sexto Penal del Circuito, sindicado de un delito de peculado, se presentó un certificado del Instituto de Medicina Legal en el que se señalaba que la señora Raquilde de Moyano, madre del detenido, se encontraba gravemente enferma. Lograda la libertad de ese procesado se estableció fehacientemente la falsedad del citado documento.

Los hechos ocurrieron en esta ciudad en el mes de julio de 1977.

Actuación procesal:

Se inició la investigación por el Juzgado 89 de Instrucción Criminal el 26 de agosto de 1977, en virtud del informe rendido por el señor Juez Sexto Penal del Circuito. Dentro de ella se recibió inda-

gatoria a Helí Pardo Pardo y previo emplazamiento se declaró reo ausente a Alvaro Moyano Cerón.

El Juzgado Noveno Superior dictó auto de proceder contra los sindicados Pardo Pardo y Moyano Cerón, por el delito de falsedad documental, en providencia del 20 de junio de 1981.

Tramitada la causa luego de la declaratoria de reos ausentes de los procesados, se verificó la diligencia de audiencia pública el 5 de octubre de 1982. Posteriormente el juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia cuando el 17 de marzo de 1983 dictó la sentencia en la que condenó a Helí Pardo Pardo a la pena de tres años de prisión, por el delito de falsedad documental que había dado lugar al enjuiciamiento, a la vez que absolvió al procesado Moyano Cerón.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó integralmente la sentencia referida. Uno de los componentes de la Sala se apartó de la mayoría por cuanto consideró que también ha debido ser condenado el procesado Moyano Cerón.

La demanda de casación:

Con apoyo en el segundo cuerpo de la causal primera de casación, formula el recurrente dos cargos a la sentencia acusada, ya que encuentra que en la decisión que puso fin al proceso se violó de manera indirecta el artículo 220 del Código Penal, como resultado de manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Para sustentar el primero de los cargos presentados asevera que el Tribunal apreció erróneamente la indagatoria del procesado Helí Pardo Pardo, la declaración de Nancy de García y el dictamen grafológico.

Con relación a la indagatoria de Pardo Pardo, razona el casacionista, el Tribunal hizo la categórica deducción de que aquél, ante el cúmulo de pruebas que lo comprometían, tuvo que aceptar en parte su ilícito comportamiento, apreciación que riñe abiertamente con la realidad procesal, pues en la indagatoria que éste rindió en momento alguno aceptó la realización de los hechos investigados y, antes por el contrario, negó su participación de manera rotunda. Lo único que reconoció fue haber escrito un papel en donde aparece el nombre de Raquilde de Moyano, pero este es documento completamente distinto del falso dictamen, en el que se da cuenta de la grave enfermedad padecida por esta señora.

Así mismo el Tribunal invocó el testimonio de Nancy Henao García para decir que esta declarante escuchó una conversación telefónica relacionada con la confección del falso dictamen, cuando de la lectura de esta pieza probatoria se infiere que tal afirmación nunca fue hecha por esta testigo, quien se refirió a una conversación que le escuchó a Pardo Pardo en la cual se habló de destruir una tarjeta, pero jamás a la elaboración del falso documento que dio origen a este proceso.

De otra parte, el Tribunal dio por sentado que de conformidad con el dictamen grafológico se hallaba establecido que el procesado Pardo Pardo había elaborado el documento falso, cuando justamente

de ese dictamen se infiere que "No se halló uniprocedencia manuscritural con ninguna de las anteriores grafías remitidas para tal fin", de donde se deduce que el Tribunal incurrió en protuberante error de hecho. Es posible que el juzgador haya incurrido en el citado error al atribuir los resultados de un examen a hechos diferentes, pues los expertos dedujeron que el procesado Pardo Pardo escribió en un papel el nombre de Raquilde de Moyano, hecho que éste aceptó, pero este es un escrito completamente distinto del que dio lugar a la investigación por falsedad documental.

Los anotados errores de hecho condujeron a la violación del artículo 220 del Código Penal, por apreciación errónea de la prueba, a través del desconocimiento de los artículos 215, 216, 217, 236 y 278 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo cargo formulado, también por violación indirecta del artículo 220 del Código Penal, a través de la violación por medio de los artículos 215, 216, 217, 228 y 236 del Código de Procedimiento Penal, lo hace descansar en la afirmación de que el Tribunal dejó de apreciar varias pruebas, lo cual constituye manifiesto error de hecho.

El juzgador de segunda instancia no apreció la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas del Instituto de Medicina Legal, en la cual se demostró, con el auxilio del perito grafólogo, que el reconocimiento falso no fue escrito en ninguna de las máquinas de la oficina de correspondencia en donde laboraba el procesado.

Dejó de apreciar igualmente el testimonio del doctor Guillermo León Restrepo Isaza, Director del Instituto de Medicina Legal, quien dijo que la jefe de reconocimientos médicos le informó que su ayudante le había entregado la tarjeta de Raquilde de Moyano a Jorge Parra y a William Pineda, de donde infiere que de este testimonio se deduce que el procesado no tenía acceso al kárdex y por lo tanto ese hecho no puede erigirse en circunstancia indiciaria en contra del condenado.

No se apreció la diligencia de inspección judicial practicada al Instituto de Medicina Legal, en la cual Nancy Henao de García afirmó que cuando llegó a trabajar a esa oficina la tarjeta de Raquilde de Moyano había desaparecido, de manera que si fuera cierto que el procesado propuso la destrucción de dicha tarjeta ya desaparecida, no pudo ser el autor de ese comportamiento.

El Tribunal no apreció el testimonio de Nancy Henao de García, rendido ante la Procuraduría, pues dicha declarante se limitó a decir que escuchó a través del conmutador una conversación entre el procesado Parra y un tercero sobre la destrucción de la tarjeta de Raquilde de Moyano; no obstante el cargo que formuló en el auto de proceder nada dice en relación con la destrucción de la tarjeta, sino con la elaboración de un dictamen médico falso.

Finalmente estima el recurrente que no se apreció el testimonio del doctor Héctor Calderón Alarcón, quien en algunos pasajes descalifica la declaración de la testigo Nancy Henao de García, única persona que hace cargos contra el procesado.

En estas condiciones, concluye, no existe legalmente producida la prueba necesaria para condenar, de modo que pide que se case la sentencia recurrida y se dicte la que deba reemplazarla.

Consideraciones del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de hacer una crítica a la sentencia impugnada en casación, por cuanto se limita a presentar un esquema teórico, sin hacer un análisis de la realidad probatoria, afirma que los fallos de primera y de segunda instancia forman un todo inseparable, de modo que las evidentes deficiencias de la providencia del Tribunal quedan subsanadas con la proferida por el juez del conocimiento.

En relación con el primer cargo formulado el Ministerio Público encuentra que le asiste razón al impugnante, ya que el juzgador de segunda instancia distorsionó los elementos de convicción señalados por el recurrente, incurriendo así en error de hecho manifiesto en los autos. Es evidente que el procesado no aceptó ni en todo ni en parte la autoría de los hechos, que la testigo Nancy de García no dijo haber oído una conversación telefónica atinente a la elaboración de un documento falso, así como tampoco el experticio grafológico en momento alguno encontró que los rasgos escriturales del procesado aparecieran en el documento apócrifo.

No obstante, a pesar de que el casacionista demostró el alegado error de hecho, no logró comprobar que dicho error hubiera incidido en la sentencia, pues el juez de primer grado hizo un análisis completo del causal probatorio del cual surge la plena prueba de la responsabilidad del imputado.

En lo que al segundo cargo concierne, opina el Ministerio Público que ciertamente las pruebas que relaciona el impugnante no fueron analizadas en el fallo acusado, pero de ellas se hizo una detenida estimación por el juzgado del conocimiento, a más de que no son acertadas las conclusiones que de su estudio en particular hace el demandante. El señor representante de la sociedad hace un nuevo examen de esas pruebas para destacar el poder incriminante que tienen algunas de dichas pruebas. Solicita, en consecuencia, que no se case el fallo recurrido.

Consideraciones de la Sala:

1. La Sala prohija las críticas que a la sentencia de segunda instancia hizo el señor Procurador Delegado en lo Penal, pues *el primer deber de todo funcionario judicial es dar cumplimiento al artículo 163 de la Carta que dispone que toda sentencia deberá ser motivada, mandato constitucional que tiene su desarrollo en el artículo 171 del estatuto procesal penal. Si el proceso es la respuesta que el Estado da a la realización de hechos supuestamente delictivos, es obvio que la sentencia que es su conclusión, debe hacer un estudio de la realidad probatoria que acredita esos hechos y su atribución al procesado, y el examen jurídico indispensable para encontrar la correspondencia entre los hechos y el ordenamiento. Esta exigencia constituye garantía fundamental para el procesado y paa la sociedad.*

Se incumplirá el citado mandato constitucional cuando se omite el análisis probatorio y éste será deficiente cuando se desconocen determinantes medios de convicción, o cuando se hace con superficialidad tal que desconoce el verdadero sentido de la prueba. Así mismo la valoración jurídica de los hechos no puede convertirse en un mero esquema adaptable a cualquier tipo de decisiones; se requiere, además, que ese examen se haga en relación con una concreta realidad probatoria, el que debe apuntar hacia la demostración de una particular responsabilidad.

2. *Las sentencias de primera y de segunda instancia forman una unidad inescindible, de manera especial cuando ésta es totalmente confirmatoria de aquella.*

Es obvio que esto es así por cuanto el juzgamiento no es el acto aislado de un funcionario, sino la respuesta que da la jurisdicción a una conducta punible que ha sido objeto de un proceso y por cuanto en la sentencia debe hacerse un examen total de la verdad demostrada y del derecho. En este orden de ideas las sentencias que dictan el juez del conocimiento y su respectivo superior se autointegran y complementan para formar un todo integral, por manera que en sede de casación no puede desconocerse este postulado, ya que si bien es verdad que el objeto de la demanda es la sentencia de segundo grado dictada por un Tribunal Superior, no lo es menos que la sentencia es una como es una la realidad jurídico-probatoria a la cual aquella responde.

3. Como lo advierte el Ministerio Público, acierta el recurrente cuando plantea el primer cargo por violación indirecta de la ley sustancial debida a la errónea apreciación de los tres medios probatorios mencionados por el Tribunal. Porque es verdad que el procesado en momento alguno aceptó la comisión del ilícito, como se desprende de la lectura de su indagatoria; porque la testigo Nancy de García dijo haber escuchado una conversación telefónica del procesado, pero en ella no oyó nada relacionado con la elaboración del falso documento que sirvió para la iniciación de este proceso, como se afirma por el Tribunal, sino que dijo haber oído hablar sobre la destrucción de una tarjeta del kárdex; además, por cuanto en el experticio grafológico no se dijo que la autoría de la confección del falso dictamen pudiera atribuirse al procesado, como lo indica el Tribunal, quizá confundiendo dos escritos diferentes, ya que lo que dijo una prueba grafotécnica fue algo distinto, esto es, que el procesado elaboró un escrito en donde sólo aparece el nombre de Raquilde de Moyano, que no es justamente el objeto material del atentado contra la fe pública.

En el señalamiento del error del Tribunal en la apreciación de la prueba le asiste razón al recurrente; empero, para la prosperidad del recurso de casación no es suficiente la demostración del error, se requiere también demostrar que el yerro fue determinante en el pronunciamiento del fallo acusado, exigencia que no se da en el caso que se examina por cuanto, como luego se verá, la correcta apreciación de las pruebas a que se hizo alusión dentro de este cargo y el estudio de otras pruebas sirven de suficiente fundamento a la sentencia de condena.

4. En relación con el segundo cargo formulado, es verdad que en la sentencia de segunda instancia se dejaron de analizar algunos medios de prueba, pero ellos fueron objeto de detenida apreciación en la sentencia de primera instancia. Además, las conclusiones que el censor deduce de su análisis de las pruebas no estudiadas por el *ad quem* no siempre concuerdan con lo demostrado en el proceso.

De la lectura del expediente aparece plenamente establecido que al Juzgado Sexto Penal del Circuito fue llevado un certificado médico falso, en el cual se daba cuenta de que la señora Raquilde de Moyano se hallaba en grave peligro de muerte, cuando justamente el examen que se le practicó arrojó un resultado opuesto. Por este medio obtuvo su libertad el detenido Alvaro Moyano Cerón.

Sobre la autoría material de la falsedad investigada no hay una prueba directa; sin embargo, un cúmulo de indicios permiten afirmar que el procesado Helí Pardo Pardo realizó la conducta que dio lugar a su condena. En efecto, el papel en que fue elaborado el falso documento y el sello que en él se estampó son los que para tales fines utiliza el Instituto de Medicina Legal; así mismo entre la redacción del documento verdadero y el apócrifo existe una notoria similitud, lo que permite deducir que el falso dictamen fue elaborado por personas vinculadas a esa entidad.

De otra parte, de conformidad con la inspección judicial practicada en las dependencias del Instituto de Medicina Legal, se estableció que el documento legítimo en donde aparecía el reconocimiento practicado a la señora Raquilde de Moyano fue recibido el 23 de julio de 1977 personalmente por el condenado y a partir de ese momento no se volvió a tener noticia de dicho escrito. Este indicio en contra de Pardo adquiere mayor valor si se agrega que la declarante María Nancy de García afirmó que cuando trabajaba en el conmutador del Instituto, oyó una llamada telefónica que alguien le hizo al procesado Helí Pardo, en la cual quien llamaba "...le decía que si el negocio iba a salir bien, o sea el que llamaba le decía a Helí que si el negocio sí iba a salir bien, entonces él, Helí le dijo que estuviera tranquilo que todo iba a salir perfecto..." y agregó: "Porque cuando la llamada el señor que le hizo la llamada a Helí el cual ignoro cuál sería el que lo llamó, le dio el nombre de Raquilde de Moyano..."

Pero a más de esto la declarante Henao de García fue trasladada a la oficina de kárdex a donde acudió el mismo procesado cuando ya las indagaciones se habían iniciado, a pedirle que destruyera la tarjeta de Raquilde de Moyano y no puede decirse que esta afirmación carezca de veracidad porque el procesado le dejó un papel con el nombre de esa paciente, que el dictamen grafológico atribuye a Pardo Pardo y cuya confección este mismo reconoce.

De las pruebas anotadas dedúcese que el falso dictamen fue elaborado por personas vinculadas a la oficina de correspondencia del Instituto de Medicina Legal y, en forma concreta, los indicios señalan como autor de este comportamiento al condenado, porque a éste fue entregado el reconocimiento legítimo que desapareció, a más de que se le oyó una conversación en la cual se habló de la destrucción de la tarjeta de kárdex correspondiente a Raquilde de Moyano y

personalmente pidió a la empleada Henao de García que dicha tarjeta fuera destruida, para lo cual entregó un papel, de su indiscutida autoría, con el nombre de esta persona. Podría argüirse, como lo hace el censor, que estas últimas pruebas apuntan a la destrucción de un documento mientras que el cargo se hizo por la creación de un dictamen apócrifo; sin embargo, la destrucción de dicha tarjeta sólo podía favorecer a los autores de la confección del documento falso, porque de esta manera se eliminaba el necesario elemento de comparación que acreditara de manera incontrovertible la mendacidad del dictamen enviado al juzgado, y es obvio que estas pruebas sólo comprometen al procesado recurrente.

En estas condiciones los errores que el recurrente ha presentado para sustentar sus cargos no fueron determinantes para el pronunciamiento del fallo condenatorio, porque éste se sustentó en prueba diversa o en el distinto acertado enfoque que a esas pruebas dio el juzgador de primera instancia. En tales condiciones la demanda no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

TRASTORNO MENTAL PREORDENADO EN QUE CONSISTE

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Quien preordena su trastorno mental responde como imputable por dolo o por culpa, pues se coloca ipso facto por fuera de cualquier causa de inimputabilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 98.

Vistos:

El Juzgado Once Superior de Medellín condenó el 8 de septiembre de 1983 al procesado *Jesús Antonio Marín Cañas* a la pena principal de 10 años de prisión y a las accesorias de rigor, por el *delito de homicidio* en la persona de Ricardo Antonio Montoya Marín conforme a hechos ocurridos en la vereda "Corrientes" del Municipio de Barbosa (Anitoquia).

Al ser recurrida esta decisión el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, previo concepto de su fiscal colaborador, mediante resolución del 21 de enero del año en curso la confirmó en todas sus partes.

Inconforme el defensor con esta determinación interpuso contra la sentencia recurso extraordinario de casación.

Hechos:

Quedaron resumidos en el fallo impugnado de la siguiente manera:

"...Después de realizar distintos menesteres en las horas de la mañana del día siete de marzo del año próximo pasado, cada uno por separado, en las horas de la tarde concurrieron, entre otras numerosas personas, al establecimiento comercial de cantina y granero del señor Eustiquio Ospina García en la vereda 'Corrientes' del municipio de Barbosa el procesado Marín Cañas y el ofendido Ricardo Antonio Montoya Marín, tío y sobrino, respectivamente. Allí se dedicaron, como muchos otros de los contertulios de aquella tarde, por

su cuenta y riesgo cada uno a la ingestión de licor, lo cual hacía el primero acompañado de otras personas y el segundo aparte cercano al mostrador del establecimiento. Sin que se sepa exactamente por qué motivo, dan a entender algunas probanzas testimoniales que entre víctima y victimario se presentó una corta pero acalorada discusión (que sí existió, a despecho de las protestas de la defensa en sentido contrario), que dio lugar a que el inculpado se retirase por unos minutos, ingresó nuevamente esgrimiendo un revólver que, sin dar tiempo a Montoya Marín para ejercer defensa, disparó por la espalda contra él ocasionándole las heridas que se describen en el experticio médico legal de folios 20, 21 y 22 fte., las cuales le causaron la muerte cuando era conducido al municipio de Barbosa en procura de atención médica.

La demanda:

Al amparo de la causal cuarta de casación (art. 580-4 del C. de P. P.) formula un solo cargo a la sentencia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad supralegal consistente en que el fallador "erró en la escogencia del tipo" en el auto de proceder, pues le imputó al procesado un delito doloso cuando la verdad demostrada apunta a un delito culposo.

Tilda de anfibológico el auto de proceder porque acepta la embriaguez del acusado, pero la rechaza como determinante de una conducta culposa.

De aquí que expresa:

"...En el evento a estudio la atribución culposa se basa en un resultado que a su vez tiene como antecedente inmediato una circunstancia de inimputabilidad. En estos casos la valoración de la conducta retrocede hasta la situación existente antes del surgimiento de la incapacidad de comprensión o de autocontrol en cuanto que ha de analizarse si era previsible y se previó efectivamente su ocurrencia y la de los hechos que durante su desarrollo podrían acaecer.

"Como el pliego de cargos descarta como posible móvil, la enemistad entre el occiso y el indagado, nos corresponde ubicar la decisión de beber, como el único factor de imprevisibilidad y por ello es aplicable el artículo 32 del ordenamiento penal en su modalidad culposa. Porque no debe olvidarse que la embriaguez que produce trastorno mental susceptible de generar incapacidad de comprensión o de autodeterminación da lugar a inimputabilidad. No interesa que se trate de ebriedad aguda, crónica o patológica. Todas ellas tienen la virtualidad de borrar la culpabilidad plena..."

Y, más adelante reafirma:

"...El protuberante error sobre la apreciación probatoria, que indujo a su vez al grave error sobre la culpabilidad (por considerar doloso, lo que es culposo) plasmado en el auto encausatorio, extiende el vicio a toda la actuación posterior, por desconocimiento en el proveído de las exigencias formales y sustanciales de los artículos 481 y 483 de la reglamentación adjetiva. En el primero de ellos, por no haber sido precisado el grado eficaz de responsabilidad; y en el se-

gundo por la desobediencia al mandato de sus numerales 2º y 3º que ordenan el análisis de las pruebas demostrativas de la imputación y la calificación del hecho que se imputa. Y con tan dilógica formulación analizada en el numeral 2, literal a, de este capítulo, no pueden darse por llenas las fórmulas propias del enjuiciamiento. Generándose así una nulidad jurisprudencial de carácter constitucional por irrespeto, además, a las garantías procesales..."

Termina solicitando que la Corte case la sentencia anulando el proceso a partir del auto de proceder.

El Ministerio Público:

Rebate las pretensiones de la demanda con estos argumentos:

En relación con el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, anota:

"...Y aquí es preciso advertir —siguiendo las enseñanzas de la jurisprudencia— que la violación de los grados probatorios para poder dictar determinadas providencias (auto de detención, auto de proceder o sentencia) configura un error *in iudicando,* pero jamás un error *in procedendo* generador de nulidad; es decir, que un falso juicio del fallador sobre la materia a decidir no constituye motivo de nulidad..."

Respecto del artículo 483 de la misma codificación, apunta:

"...una atenta lectura del auto enjuiciatorio dictado en esta causa —consentido por el acusado y su defensor— pone de manifiesto la estricta observancia y cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la citada disposición toda vez que su parte motiva contiene la narración sucinta de los hechos investigados, con la debida individualización del procesado; se hace un análisis completo de las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y la culpabilidad que en el mismo le cabe al sindicado; se hace una calificación genérica del hecho imputado con especificación de las circunstancias que lo individualizan ubicándose dentro de la especie a que pertenece; se citan las normas infringidas y se examinan las peticiones de las partes dándose las razones por las que se acogen o desechan. La parte resolutiva contiene como conclusión de las premisas sentadas el señalamiento del delito de acuerdo a la denominación que le da el Código en el respectivo capítulo.

"Siendo ello así, resulta un desatino predicar ambigüedad, imprecisión o falta de claridad en la formulación de cargos al acusado cuando éste y su defensor entendieron exactamente de qué se le acusaba y por qué imputación debía defenderse..."

Finalmente, sobre el pretendido error en la escogencia de la especie delictiva por la embriaguez como factor determinante de un delito culposo, señala:

"...El censor se ocupa preferencialmente en reabrir un debate probatorio que concluyó en la audiencia pública, con miras a demostrar una incorrecta adecuación típica de la conducta de su asistido por haberse errado en cuanto a la *especie* de delito imputado y no en

cuanto al *género,* olvidando que en esta clase de procesos el jurado de conciencia goza de absoluta autonomía para pronunciarse sobre los elementos estructurantes del tipo penal, sus circunstancias y modalidades, que durante el debate oral la defensa ni siquiera osó plantearle como alternativa de su veredicción el reconocimiento de un homicidio culposo y que, en tales juicios resulta a todas luces impertinente cuestionar la prueba tenida en cuenta para calificar la delincuencia máxime que, como ocurrió en el presente caso, tanto el procesado como su defensor mostraron conformidad con el llamamiento a juicio.

"El tema más debatido en las instancias fue el relativo a la embriaguez del sindicado y a las explicaciones por él suministradas en cuanto al desarrollo de los acontecimientos lo que obligó a la observación y examen de peritos psiquiatras a fin de establecer si se trataba de sujeto inimputable por haber obrado en estado de inconsciencia por efecto del alcohol, con el resultado de que los peritos forenses, mediante razonado dictamen no objetado ni cuestionado, descartaron dicha posibilidad.

"Entonces, si tal aspecto fue claramente definido y sirvió de pauta para el juzgamiento del procesado por la vía del jurado de conciencia, es inoportuno ocuparse de él..."

Se considera:

Por la causal cuarta (art. 580-4 del C. de P. P.) el recurrente pretende la invalidación del proceso al estimar que hubo anfibología en el auto de proceder, pues se violaron los artículos 481 y 483 del Código Procesal, lo que condujo a calificar con poca claridad el delito de homicidio como doloso cuando la realidad probatoria indica que fue culposo. Esta confusión constituye en su criterio una nulidad de rango constitucional porque con ella se dificultó la defensa y se conculcaron las formas propias del juicio (art. 26, C. N.).

Realmente la anfibología o equivocidad del pliego de cargos no existe como atinadamente lo observa el Procurador porque esa pieza procesal se ajusta a los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal, pues contiene la narración suscinta de los hechos y el señalamiento de su autor; el estudio de todas las pruebas recaudadas para concretar el aspecto material del delito y la culpabilidad del acusado; a determinación de la ilicitud con sus circunstancias específicas; las peticiones de las partes y las que se acogen o rechazan; y, por último, en su parte resolutiva, la calificación genérica de la infracción con el señalamiento del Libro, Título y Capítulo que le corresponden.

Se debe, entonces, admitir que la forma del auto resulta de acuerdo con las exigencias normativas que lo regulan; y del mismo modo hay que reconocer que conceptualmente no presenta dubitación alguna, confusión u obscuridad que empañen su perfecto entendimiento.

Plantea la demanda que el procesado preordenó, al ingerir bebidas embriagantes, un trastorno mental que lo llevó a cometer de manera culposa el delito de homicidio que se le imputó en el auto de proceder, situación que ignoró el juez y que lo precepitó a "...un ostensible

error de imprecisión en la determinación del grado eficaz de responsabilidad".

Esto conduce a determinar previamente el concepto de imputabilidad.

Si el artículo 31 del Código Penal señala al inimputable, por contraposición está indicando al imputable. En este sentido si se sabe quién es imputable, se deduce fácilmente en qué consiste la imputabilidad.

Según esta técnica de interpretación normativa, se puede afirmar que en nuestro estatuto penal la imputabilidad consiste en la capacidad de comprender en el momento de la ejecución del hecho la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, siempre y cuando se goce de madurez psicológica y no se padezca de trastorno mental.

Integran, pues, el concepto de imputabilidad dos elementos:

1. El intelectivo, o sea, la capacidad de comprender una persona madura y sana de mente que la acción que va a realizar está legalmente prohibida. Supone la capacidad de efectuar correctamente un juicio de valor sobre la ilicitud de su propia conducta.

2. El volitivo, esto es, la capacidad de auto-determinarse una persona madura y sana de mente para realizar la acción ilícita o para abstenerse de realizarla. Supone la capacidad de ejercitar su libre albedrío.

Significa lo anterior que el presupuesto fundamental o conditio sine qua non *de ambos elementos y, por consiguiente, de la imputabilidad, es la sanidad mental con madurez psicológica del sujeto-agente.*

En faltando este presupuesto porque el individuo carece de madurez psicológica o porque actúa bajo trastorno mental, condiciones personales que le impiden conocer la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se cae en el terreno de la inimputabilidad.

El trastorno mental como causa de inimputabilidad no puede ser preordenado según el artículo 32 del Código Penal, pues cuando el agente lo provoca con el propósito de cometer un delito determinado responde como persona imputable a título de dolo, y si lo hace, por imprudencia o negligencia, habiendo previsto o estando en condiciones de prever que puede, aunque no quiere, delinquir, responde como persona imputable a título de culpa.

En otras palabras, cuando el acusado sabe que en sus manos está provocarse a sí mismo un trastorno mental, eficaz para cometer dentro de ese estado perturbador de sus facultades intelectuales y volitivas un determinado delito, o cuando por negligencia o imprudencia habiendo previsto o pudiendo prever el resultado antijurídico que no quiere causar, procede, en ambos casos, a desatar el estímulo respectivo, debe responder como cualquier imputable, sólo que en el primero responderá por dolo y, en el segundo, por culpa.

Debe entenderse que si se alega un trastorno mental preordenado al delito por el propio procesado, se le coloca ipso facto *por fuera de cualquier causa de inimputabilidad porque en el preordenamiento se castiga al delincuente como imputable.*

De manera que la única razón que se tiene en este proceso para invocar el artículo 32 del Código Penal es la pretensión hábil del censor de convertir una conducta dolosa en simplemente culposa. Este intento no tiene eco en la prueba, en efecto:

a) Los testigos presenciales reconocen que el sindicado, a pesar de su estado de embriaguez, tenía capacidad de movimiento y de comprensión normal, y,

b) Los médicos-legistas encontraron que el procesado en el momento de los hechos se hallaba en posesión de "...su capacidad motora voluntaria y su capacidad de decisión electiva..."

Todo lo cual descarta de manera absoluta la existencia de un trastorno mental provocado por el alcohol al perpetrar el delito el procesado.

Con evidente acierto el Procurador destaca:

"...Apareciendo de autos mediante prueba intocable en casación, por la naturaleza del juicio ventilado, que el procesado recurrente después de haber tenido un altercado verbal con la víctima abandonó la cantina para regresar minutos después armado de revólver disparándolo repetidamente por la espalda de su ocasional contrincante causándole la muerte, no se ve de qué manera o con qué argumentos valederos pueda distorsionarse tal situación fáctica para encajarla dentro del fenómeno de la culpa..."

Si la verdad probatoria rechaza la tesis esgrimida por el impugnante y si el procesamiento anfibológico que con base en ella pregona no tiene tampoco asidero de ninguna clase, la violación constitucional se desmorona.

El cargo, en definitiva, no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *No casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintiuno de enero del año en curso, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

Negativa u omisión de practicar pruebas, sólo constituye nulidad cuando están encaminadas a obstaculizar la defensa o revelan una inercia censurable de los jueces. La capacidad transformadora de la prueba como criterio rector

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 99.

Vistos:

El Juzgado Veintisiete Superior de Bogotá profirió sentencia condenatoria el 21 de julio de 1983 contra *Alvaro Garzón Espinosa* por el delito de homicidio en la persona de Adriano Jiménez Mahecha, imponiéndole la pena principal de 10 años de prisión y las accesorias de rigor.

El 16 de diciembre de ese mismo año el Tribunal Superior de este Distrito Judicial confirmó totalmente esa determinación.

Contra este último fallo interpusieron recurso extraordinario de casación el procesado y su defensor siendo sustentado en su debida oportunidad.

Hechos:

Quedaron descritos en el proceso de la siguiente manera:

"...que el 13 de febrero de 1982, a eso de las cuatro (4) de la tarde, en la localidad de Pacho (Cundinamarca), en casa de la señora María Eloísa Ospina, fue muerto en forma violenta el señor Adriano Jiménez Mahecha, por heridas causadas con arma cortopunzante que le interesó el tercer espacio intercostal derecho y perforación aórtica de 2 ctms. a 1 ctms. por encima de válvula aórtica, causándole la muerte inmediata, siendo señalado como autor material de estos hechos el encausado Alvaro Garzón Espinosa, teniéndose como presunto móvil el cobro que hizo la víctima al homicida de la suma de quinientos pesos que le había prestado con anterioridad a los hechos..."

La demanda:

Mediante una demanda ajustada a la más estricta técnica jurídica de orden formal se propone al amparo de la causal cuarta de casación

(art. 580-4 del C. de P. P.) un cargo único de nulidad supralegal (art. 26 de la C. N.) contra la sentencia de segunda instancia acusándola de haberse dictado en juicio viciado por el conculcamiento del debido proceso y más concretamente del derecho de defensa.

Entiende el recurrente violados los artículos 335 y 392 del Código de Procedimiento Penal por incuria manifiesta de la administración de justicia.

Sobre el artículo 335 aduce:

"...En el caso propuesto, el juez instructor según lo refleja el proceso, no se preocupó por investigar las circunstancias que pudieren eximir, atenuar o extinguir la responsabilidad del hoy procesado Alvaro Garzón Espinosa.

"Es así como únicamente al proceso llegan las declaraciones del señor Pastor Gómez (fl. 18), Luis Enrique Rozo (fl. 21) e Israel Lesmes García (fl. 22), amigos personales del occiso Adriano Jiménez y al parecer sujetos activos de los hechos, amén de la declaración de Abel Alfonso Vega Gracia (fl. 20) a quien no le constan los hechos, pero se le interroga sobre el paradero del sindicado.

"*No se recepcionan* las declaraciones de Pablo Alfonso Rodríguez, según cita que le aparece a folio 2 vto. cuaderno principal; José Israel Ospina según cita de los folios 19, 23, 24 y 72; Maribel Ospina según cita de los folios 19, 23, 24, 72; Angelito N. según cita de los folios 21, 22, 24, 77; Luis Cubillos según citas de los folios 71 y 77 *(así se puede comprobar al revisar estos folios)*.

"No pudiéndose decir que estas declaraciones no eran importantes para establecer la justa responsabilidad del encartado Garzón Espinosa pues son testigos de facto, y no existiendo constancias a excepción de la existente con relación al testigo Pedro Alfonso Rodríguez; tenemos que concluir que efectivamente se atacó gravemente la garantía constitucional del *debido proceso* en razón a que no se observaron a plenitud las formas del juicio y en consecuencia se limitó el derecho de defensa en razón a la *inercia* del juez instructor, pues por falta de estas pruebas de las cuales no se puede pregonar que de existir fuesen negativas a los intereses del procesado, la defensa se encontró en notable desventaja probatoria, *máxime* cuando se puede sospechar que las declaraciones recibidas pertenecen a los amigos del occiso y por lo tanto matizadas con el ingrediente de la parcialidad..."

Con respecto al artículo 392 expresa:

"...*Verificación de citas por obligación legal* propuestas por el indagado:

A) Señores Moreno para probar el hecho de la enemistad;

B) Identificación y posterior declaración del "agente es conocido" para probar el hecho de las amenazas o desvirtuar la coartada;

C) Declaración del señor Alfonso Vega;

D) Identificación y declaración de la señora que hace el aseo en los juzgados.

Estas citas no se verificaron.

Entonces este humilde defensor se pregunta:

"No se violó el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal y consecuencialmente el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando para la jurisdicción es una *obligación* de carácter imperativo por estar relacionada con el derecho de defensa en el ámbito de la explicación y justificación del hecho, al *no verificar* las citas del indagado Garzón Espinosa propuestas para comprobar su aseveración?

"Siendo respetuoso con el criterio que sobre este caso en concreto exponga la honorable Corte Suprema de Justicia por intermedio de su Sala de Casación Penal a quien se ha recurrido; debo contestar que efectivamente y en razón a la *inercia* del juez instructor complacientemente aceptada por el *a quo*, se *violento* el derecho de defensa del procesado Alvaro Garzón Espinosa por no haberse dado cumplimiento a lo ordenado por el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal y por lo tanto limitando el derecho del sindicado hoy procesado al no verificar las citas insinuadas por éste lo que dificultó en sumo grado su defensa..."

Con fundamento en estos argumentos solicita la infirmación del fallo y la invalidación del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive en adelante.

El Ministerio Público:

Solicita desechar el recurso bajo la creencia razonable de que no existe la nulidad propuesta.

Al efecto discurre:

"...En cuanto a los testigos cuyas declaraciones no se recibieron indica el actor a Pablo Alfonso Rodríguez, a quien mencionado en la diligencia de levantamiento (fl. 2 vto.) no se le recibió exposición como se enuncia, ni posteriormente declaración; al respecto debe anotarse que no le aparece cita distinta, ni lo menciona el acusado, sin que del hecho de no habérsele citado se deduzca omisión sustancial; y de los restantes testigos mencionados, los menores hijos de la dueña de la tienda en la cual ocurrieron los hechos, Maribel y José Israel Ospina, Angelito N. y Luis Cubillos, cabe anotar que el hecho de no habérseles interrogado, tampoco determina nulidad por afectarse la defensa, aunque hubiera sido conveniente recibir tales pruebas, por cuanto los hechos se demostraron con las declaraciones de los testigos oídos, como se dijo, confrontados con el acusado y sin que éste haga referencia especial a los mismos, para sustentar su versión; además de que como se desprende de lo dicho, no se genera u ocasiona nulidad por el solo hecho de no interrogarse a todos los testigos existentes o que pudieran presenciar los hechos, cuando se ha escuchado a varios de estos, en forma suficiente para demostrar o establecer la realidad de lo sucedido, sometiéndose estas pruebas a las formalidades legales en su producción, como ocurrió con la confrontación mencionada.

"Existen otros testigos citados por el acusado en su indagatoria, Alfonso Vega y la aseadora de los juzgados en cuanto a amenazas del occiso al procesado; respecto al primero, se le interrogó y si bien no directamente en cuanto a la cita referida, pues fue oído antes de la indagatoria del procesado, sí en otros aspectos, sin que aunque manifestó haberse enterado de los hechos, hiciera manifestación alguna en cuanto a la enemistad referida, o amenazas; la mujer mencionada, no fue oída; no obstante cabe anotar que estas citas no aluden al desarrollo de los hechos, sino a situación anterior y citada como antecedente, sin que frente a las comprobaciones existentes en cuanto a la forma ocurrieron aquellos, puede reconocérsele efecto definitivo, en relación con la nulidad alegada.

"Ratifican las anteriores consideraciones, la de que ni el procesado ni su defensor, fuera de lo expresado, pidieran en oportunidad alguna la práctica de tales pruebas, el primero hizo en el término probatorio del juicio una solicitud de pruebas extemporánea, que no comprendía las mencionadas, posiblemente por no entenderlas sustanciales; y el señor defensor de oficio, no obstante su meritoria labor y posteriores peticiones, tampoco formuló en las oportunidades procesales correspondientes, como fueron el término del juicio o aún después para su práctica en la audiencia, la solicitud de tales pruebas, posiblemente por no considerarlas necesarias o imprescindibles; y sólo producido el veredicto, presentó solicitud de nulidad con la misma base, negada por el juzgado con argumentos y fundamentación que comparte este Despacho..."

Se considera:

La inobservancia de los artículos 335 y 392 del Código de Procedimiento Penal la señala el actor como constitutiva de nulidad de rango constitucional, o sea, nulidad jurisprudencial, razón por la cual apoya su demanda en la causal cuarta de casación (art. 580-4 del C. de P. P.), pues en su concepto la omisión de esas disposiciones procedimentales vino a conculcar formas propias del juicio en cuanto comprenden el debido proceso y el derecho de defensa.

Sostiene que el artículo 335 que ordena que el funcionario de instrucción "...debe investigar con igual celo" los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado "...sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen..." no se cumplió en este proceso pues se dejaron de recibir los testimonios de Pablo Alfonso Rodríguez, José Israel Ospina, Maribel Ospina, Angelito N. y Luis Cubillos. Del mismo modo asevera que el artículo 392 que manda la verificación "...con urgencia..." de las citas que hiciere el procesado en su injurada "...para comprobar sus aseveraciones...", también se dejó de cumplir porque los testimonios de Alfonso Vega y de la señora "...que hace los aseos en los juzgados..." no se recepcionaron.

En criterio del impugnante la inobservancia de estos artículos impidió recoger la prueba demostrativa de que el procesado obró en legítima defensa.

La negativa de practicar pruebas o la omisión en recaudarlas puede constituir nulidad supralegal. Pero, no toda negativa u omisión de pruebas tiene ese carácter. Tanto la negativa como la omisión deben significar: La primera, una forma de obstaculizar el ejercicio de la defensa y, la segunda, una inercia censurable de los jueces. Es necesario, por consiguiente, que tales circunstancias afecten de manera grave y ostensible el derecho de defensa. Esta exigencia se alcanza si las pruebas que se niegan u omiten son sustanciales porque apuntan a la responsabilidad del procesado para excluirla o atenuarla. No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas, es fundamental que emerja de la investigación la probabilidad de que tienen un contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado. Sólo sobre bases conocidas en el proceso que revelan esa capacidad transformadora procede alegar la nulidad constitucional que se invoca. De lo contrario, el intento resultará fallido.

No se ha demostrado ni se podrá demostrar por el demandante que las personas cuyo testimonio echa de menos iban a aportar datos con capacidad para cambiar sustancialmente el resultado de este proceso al comprobar con ellos el planteamiento de legítima defensa que hizo el acusado y que rechazó el jurado.

Esta afirmación surge con toda nitidez de las observaciones sobre los testimonios que no se recibieron y que se consignan a continuación:

A Pablo Alfonso Rodríguez se le cita en diligencia de levantamiento del cadáver como persona que pudo tener conocimiento de los hechos, pero se ignora en qué sentido vendría a declarar.

A los hijos menores de la dueña de la tienda donde se consumó el crimen, José Israel y Maribel Ospina, Angelito N. y Luis Cubillos, se les cita como circunstantes y la única presunción que los cobija es la de que informarían lo mismo que han relatado los demás.

A Alfonso Vega y a "la aseadora de los juzgados", se les cita por el procesado en su indagatoria como persona que sabían que el occiso lo tenía amenazado de muerte; sin embargo, Vega que ya había rendido testimonio no puso de presente esa situación, y la aseadora no fue identificada, ni su nombre suministrado posteriormente.

De modo que aseverar que con estas pruebas se hubiera puesto en evidencia la legítima defensa del procesado, es lanzar una conjetura o una simple apreciación personal carente de todo fundamento.

Si, finalmente, el procesado y menos la defensa pidieron la práctica de esos testimonios, si no insistieron en ellos, se debe concluir que éstos no tenían la capacidad transformadora que se les atribuye en este recurso extraordinario.

En consecuencia, no se obstaculizó en momento alguno la defensa del acusado ni hubo inercia censurable de los jueces intervinientes en el proceso. No se vislumbra, entonces, violación de las formas propias del juicio o del derecho de defensa.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Tercero De-

legado en lo Penal, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, *No casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 16 de diciembre de 1983, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INDICE DE LAS PROVIDENCIAS PUBLICADAS EN LA GACETA JUDICIAL DE 1984

Págs.

ABUSO DE CONFIANZA. HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA (arts. 351 y 358 del C. P.). DIFERENCIAS. En aquél la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslaticio de dominio", vale decir, que en ese delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor. *Sentencia. Casación. 17 de enero de 1984.* No casa el fallo proferido contra Luis Fernando Franco Herrera. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 7

TIPOS PENALES. CLASIFICACION. a) Básicos; b) Especiales; c) Subordinados. Los primeros describen de manera autónoma determinado hecho punible, los segundos describen comportamiento ya plasmado fundamentalmente en un tipo básico, pero lo hacen con ciertas precisiones referidas a uno cualquiera de sus elementos integradores y los terceros cuya característica esencial es la de que señalan aspectos secundarios o circunstancias modales, temporales o especiales, predicable de un tipo básico o de uno especial; estos últimos tipos se denominan subordinados o circunstanciados porque no tienen autonomía en cuanto no es posible subsumir en ellos de manera directa e inmediata un determinado comportamiento humano. *Sentencia. Casación. 17 de enero de 1984.* No casa el fallo proferido contra Ciro Alfonso Suárez Becerra, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 19

CAUSALES DE INCULPABILIDAD. No es responsable quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Es el clásico error de interpretación que tiene validez jurídica como causal de inculpabilidad en la medida en que siendo insuperable haya impedido al actor darse cuenta de la típica antijuridicidad de su comportamiento y, por lo mismo, actuar con conciencia de su ilicitud. *Auto. Segunda instancia. 24 de enero de 1987.* Confirma el llamamiento a juicio contra la doctora Floralba Muñoz Basave, Juez Promiscuo Municipal de Falan, por el delito de detención arbitraria y revoca por el delito de prevaricato. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 24

Págs.

POSIBILIDAD DE CONCURSO DE FALSEDAD Y ESTAFA EN DOCUMENTO PRIVADO CONFORME AL NUEVO CODIGO PENAL. El uso natural del documento privado no produce concurso con estafa, pero el uso calificado del mismo con obtención de un provecho económico origina el concurso de ambas infracciones. La Corte ratifica su doctrina. *Sentencia. Casación. 24 de enero de 1984.* No casa el fallo proferido contra Jorge Eliécer Millán Quiroga. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 29

Salvamento de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria. 35

HOMICIDIO IMPERFECTO. VEREDICTO. Su existencia. Mientras no se logre una respuesta del jurado que sirva de sustento adecuado a un fallo, absolutorio o condenatorio, debe reclamarse la intervención de éste cuantas veces sea necesario y hasta que se logre este cometido. La Corte cambia su doctrina. *Sentencia. Casación. 25 de enero de 1984.* Casa el fallo recurrido y decreta nulidad de la audiencia pública. debiéndose reponer la actuación en la causa seguida contra Eugenio Mosquera y otro. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 40

Salvamento de voto: Doctor Fabio Calderón Botero. 49

ARTICULO 163 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. APLICABILIDAD. Para ser viable una solicitud del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el solicitante debe presentar al juez sus motivos de orden legal que prediquen la existencia de una cualquiera de las causales que consagra la norma para su aplicación, los cuales deben aparecer objetivamente demostrados en el proceso. *Auto. Segunda instancia. 14 de febrero de 1984.* Confirma la providencia que se abstuvo de abrir proceso contra el doctor Jaime Vélez Paternina, Juez 12 de Instrucción Criminal de Barranquilla. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 52

UNIDAD PROCESAL. ARTICULO 167 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. EXCEPCIONES. La omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes. La unidad procesal no opera, en los casos en que uno de los procesados tenga fuero (inciso 2º del art. 39 del C. de P. P.) cuando al proferirse enjuiciamiento o sobreseimiento definitivo se hagan cargos contra otra persona; cuando la tramitación contra los distintos sindicados deba separarse por haber sido alguno llamado a juicio y otro u otros sobreseídos temporalmente; cuando entre los copartícipes en delitos cuyo juzgamiento corresponda al jurado de conciencia no todos ellos sean imputables. *Sentencia. Casación. 4 de febrero de 1984.* Casa la sentencia recurrida y condena a Vitaliano Nieves Fajardo, a la pena de 12 meses de prisión por el delito de estafa, condena a las accesorias. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 59

Págs.

FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO. USO DEL MISMO POR QUIEN REALIZO SU ALTERACION. CODIGO DE 1936. DECRETO 100 DE 1980. El artículo 234 (Código de 1936) regulaba de manera autónoma el uso del documento público falso sin distinguir si el usuario había intervenido en su falsedad o era ajeno a ella. El nuevo Código Penal, en cambio, no solamente separó las formas de falsedad material e ideológica de documento público por empleado oficial (arts. 218 y 219) sino que luego de describir en el inciso 1º del artículo 222 la conducta de quien usa documento público que otro ha falsificado, se ocupa en el segundo inciso de esa misma norma del comportamiento de quien habiéndolo falsificado lo utiliza, caso en el cual prevé un incremento punitivo. *Sentencia. Casación. 23 de febrero de 1984.* No casa el fallo proferido contra Germán Franco Angulo. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 72

Salvamento de voto: Doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 79

PROCESADO. IDENTIDAD. La tarea de identificación e individualización del autor y de los partícipes es imprescindible, porque el proceso penal tiene un destinatario que eventualmente puede sufrir las consecuencias punitivas previstas en la disposición sustancial violada y tales consecuencias sólo pueden inferirse cuando haya plena prueba de la responsabilidad, esto es, cuando exista certidumbre sobre la persona respecto de quien se formula ese juicio de responsabilidad. *Sentencia. Casación. 23 de febrero de 1984.* Casa la sentencia impugnada. Declara nulidad y también que la acción penal se halla prescrita en las diligencias seguidas contra Pedro Potes. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 82

DEMANDA ANTITECNICA. La falta absoluta de técnica en el manejo del recurso extraordinario se presenta por cuanto el actor acusa la sentencia por violación de la ley sustancial, sin cumplir con el deber de señalar si esa violación fue directa o indirecta y sin mencionar siquiera la disposición sustancial que estime violada. *Sentencia. Casación. 24 de febrero de 1984.* Desecha la demanda de casación presentada por los procesados Javier Antonio Acevedo Velásquez y José Faber Aristizábal Ramírez, por el delito de homicidio y lesiones. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 89

RECURSO DE CASACION. ADUCCION DE CAUSALES INCOMPATIBLES. El censor debe cuidarse de aducir causales que por ser incompatibles tienen el poder de anularse, porque su alegación simultánea pugna con el principio de la no contradicción ante la inutilidad de invocar una subsidiaria de pedimentos impropia del recurso extraordinario, en el cual cada causal o motivo conserva su autonomía y el condicionar la aceptación de uno al rechazo de otro denota duda y ausencia de claridad y de precisión en la proposición de la censura. *Sentencia.*

Págs.

Casación. 28 de febrero de 1984. No casa el fallo proferido contra Jaime de Jesús Muñoz Moreno. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 94

Salvamento de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 100

TECNICA DE CASACION. Los múltiples defectos de la demanda y la total ausencia de técnica en la sustentación del recurso hacen que éste sea nugatorio. *Sentencia. Casación. 1º de marzo de 1984.* No casa el fallo proferido contra Jorge Ricardo Bejarano y otros. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 101

Salvamento de voto: Doctores Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez. 105

CAUCION. PRENDARIA. JURATORIA (Ley 2ª de 1984). SUSTITUCION. El pensamiento de los redactores del proyecto de ley fue el de reservar la caución juratoria para aquellas personas que carecieran de medios económicos para constituir la otra que se proponía, que era la prendaria. *Auto. Casación. 13 de marzo de 1984.* Sustituye por caución juratoria la prendaria para poder disfrutar de libertad provisional a Martha Cecilia Barrera Tocarruncho. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 106

VEREDICTO. AMINORANTE DEL ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL. Tal agregado es inane en el veredicto si no hay antecedentes atendibles en el proceso que hayan permitido su invocación. *Sentencia. Casación. 27 de marzo de 1984.* No casa el fallo proferido contra Luis Rafael Larrada Sotillo. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. ... 111

1º DELITOS PRETERINTENCIONALES. DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO. DIFERENCIAS. Las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, éste no adquiere tal carácter sino que es apenas una consecuencia del hecho inicial que merece un mayor reproche, por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho. La diferencia específica estriba en el hecho de que en los primeros el segundo resultado, aun cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el ilícito mientras que en los otros ese segundo resultado pasa a ser la conducta punible en la norma penal. 2º DELITO PRETERINTENCIONAL. NUEVO CODIGO PENAL. Son elementos del delito preterintencional: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado delictivo que exceda la intención del agente, que le pueda ser atribuido a título de dolo indirecto o eventual, o según algunos a título de culpa; c) La existencia de una perfecta relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido; d) Que el objeto material sobre el cual se realiza la conducta sea el mismo

Págs.

objeto material que padece el resultado mayor; e) La expresa consagración legal de la figura. *Sentencia. Casación 13 de abril de 1984.* Casa el fallo proferido contra Conrado de Jesús Noreña Tamayo y declara la nulidad del proceso desde el auto calificatorio inclusive. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 173

Salvamento de voto: Doctores Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Alvaro Luna Gómez y Fabio Calderón Botero. 184

LA PRENSA Y SUS RELACIONES CON LA JUSTICIA. En su labor de censor la prensa tiene imperativos éticos que le impiden llegar al extremo de interferir la soberanía de los poderes públicos. Los desvíos de los medios de comunicación en la manera de informar generan desprestigio para la administración de justicia. *Concepto. Cambio de radicación. 3 de mayo de 1984.* Favorable en las diligencias contra Miguel Fabio Abisambra Márquez. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 116

CAUSAL 4ª, ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. SENTENCIA EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD. El no conceder la palabra al defensor en la primera de las dos ocasiones previstas por la ley (con intervención del jurado de conciencia) no está prevista como causal de nulidad en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal y si tal motivo no lesionó el derecho de defensa (art. 26 de la C. N.) tampoco se da la de origen supralegal. *Sentencia. Casación. 8 de mayo de 1984.* No casa el fallo proferido contra Ariel González, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 119

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 4ª, ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Entre los medios de defensa a que puede acudir un procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de la investigación y su participación en él. Pero si se acude a este recurso defensivo, débese igualmente asumir los riesgos y consecuencias que de él se deriven, sin que se pueda, luego, pretender alegar como ausencia de defensa esa actitud que conscientemente se asumió. *Sentencia. Casación. 8 de mayo de 1984.* No casa el fallo impugnado por Jaime Ceballos. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 123

DEFENSOR DE OFICIO. INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION. Es de su competencia representativa introducir alegación en la segunda instancia y ejercer la impugnación extraordinaria. *Auto. Unica instancia. 10 de mayo de 1984.* Revoca decisión del Tribunal y concede el recurso de casación interpuesto por Hugo Ospina Gaitán. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 146

CAUSAL 3ª, ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. VEREDICTO POR MAYORIA. POR UNANIMIDAD. Esto no quiere decir que cada jurado no pueda señalar individualmente su respuesta, quitándole al juez, en estos casos, la valoración definitiva de esa múltiple contestación, para ver si las mismas expresan un criterio concordante sin excepciones o por el contrario deduce más bien, una

Págs.

admisible respuesta de mayoría. *Sentencia. Casación. 15 de mayo de 1984.* No casa el fallo proferido contra Omar de Jesús Arango Muñoz, por homicidio. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 151

FACTORES QUE PUEDEN AFECTAR LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. La exacerbación partidista, ciertamente, es uno de los factores que más pueden afectar la correcta administración de justicia y que menos se corrige con medidas meramente procesales, cuando la intervención judicial se mantiene en el propio ámbito de la agitación banderiza. *Concepto. Cambio de radicación. 17 de mayo de 1984.* Desfavorable en las diligencias seguidas contra Felipe Herrera y otros. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 156

RECURSO DE CASACION. ARTICULO 580-2ª-4ª DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. El ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, Ley de la República, instituye que esta jurisdicción conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación de orden público o conmoción interior. *Sentencia. Casación 22 de mayo de 1984.* No casa el fallo proferido contra Juan Gómez Durán, por homicidio. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 159

AUTO INHIBITORIO. El recurso de hecho no sólo faculta al superior del funcionario que ha negado el de apelación para concederlo en su lugar, sino, además para determinar el efecto en que debe serlo. *Auto. Unica instancia. 29 de mayo de 1984.* Se abstiene de iniciar proceso contra el doctor Edgardo Pupo Pupo, Gobernador del Cesar. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 166

CAMBIO DE RADICACION. La formación profesional del juez debe constituirlo en persona apta para afrontar riesgos y vicisitudes en la delicada misión de administrar justicia. *Concepto. Cambio de radicación. 5 de junio de 1984.* Desfavorable en las diligencias seguidas contra Alberto Adarme Muñoz. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 170

1º EL EXSECRETARIO COMO DEFENSOR. La validez de las actuaciones cumplidas por el Secretario que fue del juzgado, ya como defensor del procesado, no impide, sin embargo, que se las considere violatorias de la ética profesional del abogado, por disponerlo así la prohibición contenida en el artículo 40 del Decreto 196 de 1971, conforme al cual en ningún caso podrá el abogado actuar en relación con asuntos en los cuales hubiere intervenido en ejercicio de funciones oficiales. 2º PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA. Cuando modifican o revocan totalmente la del *a quo,* deben ser motivadas en forma razonada. *Sentencia. Casación. 13 de junio de 1984.* No casa el fallo proferido contra José Ariel Garcés y Alfredo Robinson Giraldo. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 188

Págs.

Salvamento de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 197

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 4ª, ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Lo que la Corte ha elevado a rango de nulidad supralegal o de origen constitucional no es la reticencia o indiferencia del procesado respecto del ejercicio de su derecho a designar a un defensor de su confianza, sino al arbitrario desconocimiento por parte del juez de su facultad para designarlo, o la indebida sustitución del escogido por el reo en otra persona, sin consentimiento suyo o el mantenimiento del nombrado de oficio, a pesar de haber sido designado luego, otro de confianza. *Sentencia. Casación. 26 de junio de 1984.* No casa el fallo impugnado por Rodrigo Calderón Ortiz. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 199

RECURSO DE CASACION (causales 1ª y 2ª del art. 580 del C. de P. P.). Cuando el jurado de conciencia se ocupa de una circunstancia de agravación del homicidio no considerada en el auto de proceder, ni en el cuestionario correspondiente, la adición que al respecto formule el jurado, carece de trascendencia y efecto, por lo cual el juez de derecho está en la obligación de desecharla, al valorar la respuesta acordada por el jurado, si tal supresión no desarticula el veredicto y este puede recibir una apreciación lógica y justa. *Sentencia. Casación. 27 de junio de 1984.* No casa el fallo impugnado por Antonio María Gómez Parra. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 207

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. NULIDAD DE ORIGEN CONSTITUCIONAL. Para poder llegar a tal conclusión (nulidad supralegal por violación del derecho de defensa) se precisa establecer que se presentó una total carencia de representación o de actuación, traducidas en una desprotección absoluta de los derechos del procesado. *Sentencia. Casación. 4 de julio de 1984.* No casa el fallo proferido contra Gladys Palacio Usma, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 213

TENTATIVA. ACTUAL ESTATUTO. La nueva codificación no distingue entre actos de ejecución y de consumación, de modo que la tentativa existe desde el momento en que se da principio a la ejecución. *Sentencia. Casación. 4 de julio de 1984.* No casa el fallo proferido contra Nevio de Jesús Rojas Giraldo, por tentativa de homicidio. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 223

RECURSO DE CASACION. ARTICULO 580-2 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. No puede plantearse esta causal cuando no hay desarmonía entre el pliego de cargos y la sentencia y sólo porque el juzgador en ejercicio de sus atribuciones hizo pronunciamiento definitivo sobre la no responsabilidad del procesado. *Sentencia. Casación. 10 de julio de 1984.* No casa la sentencia absolutoria proferida en favor de Jorge Ospina Mejía. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 228

Págs.

RECURSO DE CASACION. CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. NULIDAD DE ORIGEN CONSTITUCIONAL. PROHIBICION A LOS JURADOS (art. 561 del C. de P. P.). La ley señala a cada uno de sus componentes (jurado) rotundas prohibiciones, como aquella de no comunicarse con nadie sobre la materia que deben juzgar. Esa violación lo hará incurrir en el delito de prevaricato. *Sentencia. Casación. 12 de julio de 1984.* Casa el fallo recurrido y decreta la nulidad a partir del auto que ordenó el sorteo total de jurados. Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez. ... 232

IMPEDIMENTOS. ENEMISTAD. PROCESADO LLAMADO A JUICIO. Si el procesado libremente ha cambiado de defensor, aunque no haya tomado posesión material de su cargo y en estricto sentido no tenga la calidad de parte, se genera la causal de impedimento invocada. *Auto. Colisión. 17 de julio de 1984.* Se devuelve el proceso al Juzgado Primero Penal Municipal del Distrito Judicial de Cúcuta. Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez. 247

DENUNCIA. OMISION. Cuando el comportamiento no configure hecho subsumible en un tipo delictivo, su omisión de ponerlo en conocimiento de la autoridad, no genera abuso de autoridad. *Auto. Segunda instancia. 24 de julio de 1984.* Confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor de la doctora Liliam Pájaro de Silvestre, Juez 10 Civil del Circuito de la misma ciudad. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 252

JUECES SUPERIORES DE ADUANAS. COMPETENCIA POR RAZON DE LA CONEXIDAD. EXCEPCION. Cuando está presente la investigación del ilícito de contrabando y también la posibilidad de otros u otro, es el Juzgado Superior de Aduanas el competente; constituyendo excepción el que alguno de los ilícitos requiera para su juzgamiento intervención del jurado de conciencia. *Auto. Colisión. 24 de julio de 1984.* Dirime el conflicto suscitado entre los Juzgados Superior de Aduanas de Cúcuta y 3º Superior de la misma ciudad, asignándole la competencia al primero de ellos. Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez. 254

ELEMENTO INTENCIONAL, PRETERINTENCIONAL O CULPOSO. INSERCION EN EL CUESTIONARIO. Se evita en algunos casos propicios a la confusión, controversias e incertidumbre. *Sentencia. Casación. 21 de agosto de 1984.* No casa el fallo proferido contra Francisco Antonio Restrepo Molina y otros. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 259

SUMARIO. RESERVA. Ha de tratarse (violación reserva sumarial) de datos con valor probatorio sobre la licitud o ilicitud del hecho investigado o respecto de la inocencia o responsabilidad de la persona a quien se atribuye. *Auto. Segunda instancia. 24 de agosto de 1984.* Confirma la

Págs.

providencia que se abstuvo de iniciar sumario al Juez 10 Superior de Medellín, doctor Gustavo Zuluaga Serna. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 270

RECURSO DE CASACION. ARTICULO 580-4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. NULIDAD. Cuando el acto nulo no encadena con otros que le anteceden o vienen después basta su destrucción sin reposición alguna. *Sentencia. Casación. 30 de agosto de 1984.* No casa el fallo proferido contra Alvaro López Paredes. Magistrado ponente Doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 273

ESTAFA. Cuando una o varias personas utilizando maniobras engañosas acrecientan su patrimonio económico con beneficio personal y perjuicio ajeno, mediante el ingreso a él de dineros o cualquiera otra clase de bienes muebles, no es dable sostener válidamente que cometen al propio tiempo delito de estafa y hurto por cuanto el provecho económico logrado como resultado de las maniobras engañosas consistió precisamente en la apropiación de cosa mueble ajena. En tales casos surge concurso apenas aparente entre los tipos de estafa y hurto, que ha de resolverse con la aplicación del primero de ellos en cuanto el provecho ilícito obtenido por efecto de las maniobras engañosas se concretó en el apoderamiento de cosa mueble ajena. *Sentencia. Casación. 6 de septiembre de 1984.* Casa la sentencia contra Ramón Bolaños Erazo y otro, por falsedad documental, estafa y hurto. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 278

Salvamento parcial de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria. 286

RECURSO DE APELACION. LEY 2ª DE 1984. SUSTENTACION. Es presupuesto indispensable para la admisibilidad del recurso de apelación, la previa y oportuna sustentación hecha por el apelante o su representante ante el funcionario que dictó la providencia interlocutoria que se objeta. *Auto. Segunda instancia. 11 de septiembre de 1984.* Declara inadmisible el recurso. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 291

EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACIA (ERROR SOBRE EL TIPO). No cometen abuso de autoridad los empleados del orden judicial y del Ministerio Público cuando toman su propia representación en diligencias prestacionales de carácter oficial y en asuntos puramente administrativos, donde no hay ni puede haber disputa de intereses entre partes. *Sentencia. Unica instancia. 13 de septiembre de 1984.* Absuelve al doctor William Uribe Garcés, Magistrado del Tribunal Superior de Manizales. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 294

DOCUMENTOS. Determinar si un documento es público o privado es hacer un juicio de valor. La equivocación en ese propósito constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad. *Sentencia. Casación.*

Págs.

18 de septiembre de 1984. No casa el fallo proferido contra Jaime Charry Trujillo, por falsedad y estafa. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 301

RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACCION O LA OMISION Y EL HECHO PUNIBLE. Debe ser consecuencial, esto es, debe ser el resultado de aquellas, de las que depende su existencia. *Sentencia. Casación. 18 de septiembre de 1984.* No casa el fallo recurrido proferido contra Johnathan Kennedy por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 311

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. INDIGENA NO CIVILIZADO. El reciente ordenamiento penal no menciona en forma expresa la situación del indígena no civilizado para atribuirle la condición de inimputable relativo, no obstante al señalar las medidas de seguridad dispone en su artículo 96 "que cuando se trata de un indígena inimputable por madurez sicológica, la medida consistiría en la reintegración a su medio ambiente natural". *Sentencia. Casación. 20 de septiembre de 1984.* No casa el fallo proferido contra Luis Evaristo Mancipe Rodríguez, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 317

CUESTIONARIO UNICO. NULIDAD. A pesar de la existencia del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal (formulación separada de cuestionarios), idéntico al 561 del Código de Justicia Penal Militar por este aspecto, la inclusión en cuestionario único de preguntas sobre delitos diferentes no constituye nulidad sino irregularidad censurable. *Sentencia. Casación. 30 de octubre de 1984.* No casa el fallo proferido contra Jorge Barinas Pérez y otros, por los delitos de secuestro extorsivo y homicidio. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 324

FALSO TESTIMONIO. VIOLACION DEL JURAMENTO. En Colombia se continúa sancionando como modalidad del delito de falso testimonio la consciente y voluntaria violación del juramento como garantía para determinadas actuaciones judiciales o administrativas, aun cuando su autor sea persona interesada en los resultados de las mismas, pues si tiene derecho para defender sus pretensiones, no lo tiene para engañar a la justicia empeñada en establecer la verdad. *Sentencia Casación. 1º de noviembre de 1984.* No casa el fallo proferido contra José Rubén Salazar Salazar, condenado por falso testimonio. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 332

TECNICA DE CASACION. CAUSAL PRIMERA. Violación indirecta de la ley sustancial por error manifiesto de hecho. Falso juicio de identidad. Su naturaleza. *Sentencia. Casación. 6 de noviembre de 1984.* No casa el fallo proferido contra Eliseo Ramírez Bermúdez, por el delito de acceso carnal abusivo. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 343

Págs.

SENTENCIA. MOTIVACION. Si el proceso es la respuesta que el Estado da a la realización de hechos supuestamente delictivos es obvio que la sentencia que es su conclusión, debe hacer un estudio de la realidad probatoria que acredita esos hechos y su atribución al procesado y el examen jurídico indispensable para encontrar la correspondencia entre los hechos y el ordenamiento. *Sentencia. Casación. 28 de noviembre de 1984.* No casa el fallo proferido contra Elí Pardo Pardo, por el delito de falsedad documental. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 347

TRASTORNO MENTAL PREORDENADO. EN QUE CONSISTE. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. Quien preordena su trastorno mental responde como imputable por dolo o por culpa, pues se coloca *ipso facto* por fuera de cualquier causa de inimputabilidad. *Sentencia. Casación. 28 de noviembre de 1984.* No casa el fallo proferido contra Jesús Antonio Marín Cañas, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 354

DERECHO DE DEFENSA. Negativa u omisión de practicar pruebas, sólo constituye nulidad cuando están encaminadas a obstaculizar la defensa o revelan una inercia censurable de los jueces. La capacidad transformadora de la prueba como criterio rector. *Sentencia. Casación. 29 de noviembre de 1984.* No casa el fallo proferido contra Alvaro Garzón Espinosa, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 360

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial Penicentral de Colombia en el mes de octubre de 1989.

BOGOTA, D. E. - COLOMBIA